

ISSN 2526-2114 (ONLINE)

Jurisvox



Revista Jurídica do Centro Universitário de
Patos de Minas

NÚMERO 18 / DEZ. 2017

UNIPAM | Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor

Milton Roberto de Castro Teixeira

Pró-reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão

Henrique Carivaldo de Mirando Neto

Pró-reitor de Planejamento, Administração e Finanças

Renato Borges Fernandes

Coordenadora de Extensão

Adriana de Lanna Malta Tredezini

Diretora de Graduação

Maria Marta do Couto Pereira Rodrigues

Coordenadora do Núcleo de Editoria e Publicações

Elizene Sebastiana de Oliveira Nunes

A Revista **Jurisvox** é um periódico acadêmico e científico, editado anualmente, destinado à publicação, por discentes e docentes, de artigos científicos, resenhas, ensaios, traduções, jurisprudência comentada, editoriais e apresentações com tema central necessariamente vinculado à área jurídica.

Catálogo na Fonte
Biblioteca Central do UNIPAM

J959 JURISVOX: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas [recurso eletrônico]. – Dados eletrônicos. – Vol. 1, n. 1 (ago. 1999)-. – Patos de Minas : UNIPAM, 1999-

Anual: 1999-2012. Semestral: 2013-2015. Anual: 2016-
Disponível em: <<https://revistas.unipam.edu.br>>
ISSN 1516-778X (impresso)
ISSN 2526-2114 (on-line)

1. Direito – Periódicos. 2. Ciências jurídicas I. Centro
Universitário de Patos Minas. II. Título.

CDD 340.5

Centro Universitário de Patos de Minas

Rua Major Gote, 808 – Caiçaras

38702-054 Patos de Minas-MG Brasil

Telefax: (34) 3823-0300 web: www.unipam.edu.br

NEP | Núcleo de Editoria e Publicações

Telefone: (34) 3823-0341

<http://nep.unipam.edu.br>

Jurisvox

Revista do Centro Universitário de Patos de Minas

ISSN 2526-2114

Número 18/dez. de 2017

Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, n. 18: 1-216



Centro Universitário de Patos de Minas



Núcleo de Editoria e Publicações

Editor

Luiz Henrique Borges Varella (UNIPAM)

Conselho Editorial Interno

Alexandre Máximo Oliveira (UNIPAM)
Helen Correa Solis Neves (UNIPAM)
Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães (UNIPAM)
Guilherme Caixeta Borges (UNIPAM)
Joamar Gomes Vieira Nunes (UNIPAM)
Morisa Martins Jajah (UNIPAM)
Wânia Alves Ferreira Fontes (UNIPAM)

Conselho Consultivo

Alexandre Walmott Borges (UFU/MG)
Carlos Alberto Molinaro (PUC/RS)
Edilton Meireles (UFBA)
Elpídio Donizetti (TJMG)
Francisco Satiro de Souza Júnior (USP)
Fredie Didier Júnior (UFBA)
Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UERJ)
Humberto Theodoro Júnior (UFMG)
Ivo Teixeira Gico Júnior (UCB/DF)
Jorge Luiz Fontoura Nogueira (UNICEUB/DF)
Jorge Miranda (Universidade de Lisboa/Portugal)
José Herval Sampaio Júnior (UERN)
Lígia Mori Madeira (PUC/RS)
Luiz Carlos Figueira de Melo (UFU/MG)
Maria Alexandra de Sousa Aragão (Universidade de Coimbra/Portugal)
Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)
Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP)
Pedro Caldas Neto (FCTMC/RN)
Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNITOLEDO)
Rogério Greco (MP/MG)
Roland Hasson (PUC/PR)
Yara Maria Pereira Gurgel (UFRN)

Sumário

Seção Doutrina

Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual.....07

Antônio Carvalho Filho

Os direitos fundamentais das minorias sexuais e de gênero: análise de viradas paradigmáticas no panorama jurídico da Índia, Paquistão e Nepal.....15

Hidemberg Alves da Frota

Análise do permissivo de aborto decidido no HC 124.306 do STF.....32

Ulisses de Oliveira Simões

Rol taxativo do art. 1015 do Novo Código de Processo Civil e a efetividade processual.....40

Ana Luíza R. F. Moreira

Mateus Carvalho Soeiro

Noções basilares acerca do controle administrativo, judicial e legislativo da Administração Pública.....52

Luciana Cecília Morato

O direito penal do inimigo e sua repercussão no sistema penal brasileiro.....62

Flávia Couto Mundim da Fonseca

Gilmar Batista Silva

A (in)admissibilidade da hipnose como meio de prova.....78

Alexandre Máximo Oliveira

Luana Jessey de Oliveira Brito

Seção Ensaio Jurídico

O Estado de Coisas Inconstitucional e a falência do sistema penitenciário do Brasil.....100

Fernando Bemfica Nunes

Saberes insurgentes nos processos judiciais patenses: uma análise sob a ótica foucaultiana.....119

Laura Alves de Araújo

Helen Corrêa Solis Neves

Paulo Sérgio Moreira da Silva

Efetividade da proteção da criança e do adolescente sob amparo normativo de norma infraconstitucional.....128

Maria Laura de Melo Sousa

Análise do Parlamentarismo à luz das cláusulas pétreas da Constituição do Brasil.....142

Daniele Coelho de Souza

Helen Correa Solis Neves

Vitimologia no Direito Penal brasileiro: aplicação prática específica.....159

Fernando Wesley Gotelip Florenzano

Abordagem constitucional do interrogatório no Direito Penal Militar e seu reflexo no processo administrativo disciplinar mineiro.....181
Gustavo Lúcio Rocha Alves

A recepção da Teoria Da Ponderação pelo STF nos conflitos entre intimidade e liberdade de imprensa.....198
Rayane Figueiredo da Silva

Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual

We need to talk about the processual instrumentalism

Antônio Carvalho Filho

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Processo Civil pela Universidade de Coimbra, Especialista em Direito Internacional Público e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra e Instituto Ius Gentium Conimbrigae, Professor de Direito Processual Civil nos cursos de especialização da UNISUL, CESUL, Toledo-Prudente, EBRADI e UFP, Parecerista da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro) Membro-Fundador e Diretor de Comunicação Social da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e Juiz de Direito no TJPR.
E-mail: antoniocarvalho@triumfare.com.br

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo realizar reflexões necessárias acerca do alcance da escola da instrumentalidade do processo, especialmente impulsionada pela obra do professor Cândido Rangel Dinamarco no final década de 80. A partir de um foco garantista, fundado nas matrizes do Estado Democrático de Direito, buscou-se alertar para os perigos decorrentes da denominada “instrumentalização do processo”.

Palavras-chave: Instrumentalidade do processo. Garantismo processual. Estado Democrático de Direito.

Abstract: The present work aims to make necessary reflections about the scope of the school of the instrumentality of the process, especially driven by the work of Professor Cândido Rangel Dinamarco in the late 1980s. Based on a guarantor focus, based on the headquarters of the Democratic State of Law, it was sought to alert to the dangers arising from the so-called “instrumentalization of the process”.

Keywords: Instrumentality of process. Procedural guarantees. Democratic State of Law.

Brasil, 11 de Outubro de 2017. Tempos estranhos e angustiantes nos rodeiam e transformam a nossa existência em um emaranhado de aflições, indecisões, debilidades e insuficiência. Em cada jornal, *site* e rádio, temos notícias escabrosas acerca da imoralidade política-corruptiva na qual estamos enlameados. Clama-se por justiça, brada-se por punições, exige-se o “*fim da impunidade*”. Esses são o “*sentimento social*” e a “*exigência moral*” que hoje movem a nossa sociedade.

É nesse cenário que devemos entender o instrumentalismo processual. Inspiro-me na obra de Lionel Shriver, *Precisamos falar sobre o Kevin*, um interessante thriller psicanalítico verídico, que apresenta a história do adolescente *Kevin Khatchadourian*, que aos 16 anos promoveu uma chacina na qual matou sete colegas de escola, uma professora e um servente em um colégio nos Estados Unidos. O livro discute temas dos mais relevantes, tais como casamento, maternidade, família etc. Kevin foi criado em uma família com mãe depressiva sem tratamento, que estava sempre a ponto de explodir, e com um pai ausente, a química perfeita para a formação de “assassinos mirins em série” ou “*pitboys*”.

Antes de iniciar o nosso “diálogo”, faço uma advertência: leia este texto com a “cabeça aberta”. Se estiver preso a *pré-conceitos* e a convicções plasmadas em rochedo “dogmatossauro” sequer prossiga. Certamente serão 6 minutos de aflição, dor e sofrimento. Alerto, ainda, não vai aqui qualquer crítica à magistratura e tampouco pessoal ou pontual a qualquer magistrado, tanto que sou juiz de direito: a crítica é voltada essencialmente à nossa doutrina e, principalmente, à epistemologia do processo. Feitas essas considerações e advertências e, se estiver de acordo com esses termos, prossiga e seja apresentado, quiçá, à *Matrix do processo*.

Durante o período de redemocratização do Brasil, Cândido Rangel Dinamarco, impulsionado pelos ideais da igualdade material, da justiça social, da preocupação com os pobres, da colaboração, da prevalência do social sobre o individual, da solidariedade e da planificação estatal¹, lança, em 1987, a sua obra-prima, considerada por muitos a “bíblia”² do “processo moderno”: *A instrumentalidade do processo*.

Dinamarco propõe a [re]leitura dos institutos processuais, com a jurisdição no centro gravitacional da ciência processual, passando o “processo” a ser mero *instrumento da jurisdição* (=poder)³. O processo, por conseguinte, deve ser visto como uma ferramenta a serviço do poder jurisdicional, com a finalidade de atender a três escopos, quais sejam: (a) o escopo social; (b) o escopo político e (c) o escopo jurídico.

O escopo social seria o mais relevante, pois objetiva a resolução dos conflitos para a “*pacificação com justiça*” e a “*educação*” dos jurisdicionados através da decisão judicial.

¹ Todos atributos do movimento da *new left*. Cf por todos: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial, in: Revista Brasileira de Direito Processual : RBDPro. – ano 21, n. 82, (abr./jun. 2013) – Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 208.

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?, in Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo, José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra, Elie Pierre Eid (coords.), Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz [livro eletrônico], 1. ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, tópico 1.2. A instrumentalidade do processo. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo, 5. ed., São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 17-30. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 440-441. YARSHELL, Flávio Luiz. Curso de Direito Processual Civil, vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 39-40. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de Direito Processual Civil: volume único, 8. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 21 e 22. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, in Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fuz, Nelson Nery Jr, Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), p. 680-683. AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier; NALINI, José Renato. Manual de Processo Penal [livro eletrônico], 1. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, tópico 1.1. O conceito de “justitia”.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo. 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 77-82.

Constrói-se, a partir daí, um modelo de juiz: um representante do povo, que possui legitimidade democrática tal qual um parlamentar⁴ (poder legislativo), que deve estar atento aos anseios e às motivações da própria sociedade. É o juiz-antena⁵ (ou juiz formiga-atômica), capaz de receber, ler e decifrar os impulsos sociais e os clamores majoritários de justiça e moralidade⁶. “*Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado*”⁷. O juiz é, senão, o “*gerente nato do bem-comum*”, o jungido para ser “*a providência de seu povo*”⁸. A justiça é, para Dinamarco, o “*escopo-síntese*”, pois expressão do “*bem comum*”⁹ (*welfare state*). A esperança depositada pela escola instrumentalista do processo é, em um juiz onisciente, “*magnânimo e preparado*”¹⁰.

A instrumentalidade do processo, de cariz *bülowiana-liebmaniana*, surgiu como solução “*mágica*”¹¹ através da mitificação do “*bom*” juiz, derivando outras respostas, também “*mágicas*”, como a “*efetividade*”, a “*celeridade*”, a “*deformalização*”, a “*plasticidade*”, a “*cooperação*”, o “*eficientismo*” etc., presentes no CPC/15, todas com vistas a hipertrofiar os poderes judiciais, na verdadeira tradição do processo kleiniano, caindo no cadafalso do *panprincipiologismo*¹².

O movimento angariou adeptos por todos os cantos e formou (e ainda forma) gerações de bacharéis de direito, atores processuais e professores de processo. Através dela, o processo é colocado a serviço da jurisdição. A publicização processual é alçada a níveis hiperbólicos, ganhando o Juiz um protagonismo heroico de “*salvador da pátria*”.

Contudo, passados 30 anos do lançamento da instrumentalidade de Dinamarco, estamos longe de um processo efetivo e célere como prometido – advirta-se, desde já, o processo, *per se*, não é capaz de solucionar problemas tão graves de estrutura, falta de profissionalização de gestão de pessoas, recursos e tarefas etc.

A aposta no fortalecimento da figura e dos poderes do juiz, o que debilitou (e debilita) as partes e suas funções processuais, falhou gravemente, seja porque as

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo. 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 159.

⁵ NALINI, José Renato. A rebelião da toga, 3. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 248.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo, 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 195-201.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo, 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 161.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo, 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 88.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo, 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 156.

¹⁰ Conforme acentua em tom crítico LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 137.

¹¹ Cf. por todos a crítica de PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 102/2001, Abr - Jun / 2001, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 55 - 67.

¹² Para um rol exemplificativo: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 5. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 524-548.

promessas não foram cumpridas, seja, principalmente, porque esse modelo de juiz-instrumentalista vem, dia a dia, açoitando as garantias processuais e violando a Constituição da República.

As garantias processuais – e o próprio processo tido por garantia – passaram a ser [re]lidas a partir da visão instrumental do publicismo processual. O processo é visto como “um mal necessário” para a obtenção da “tutela jurisdicional” em “tempo adequado”, com “satisfação integral”, custe o que custar¹³. Os princípios do devido processo legal, em sua perspectiva processual (*procedural due process*), da imparcialidade, da imparcialidade e da ampla defesa são paulatinamente solapados a partir da perspectiva do processo como ferramenta nas mãos do juiz para o exercício do poder jurisdicional, para a pacificação social através da justiça.

A mitificação da figura do juiz-antena, como sujeito capaz de captar a justiça pelos impulsos morais da sociedade, representa um inarredável sofisma. Em primeiro lugar, porque é simplesmente impossível que alguém consiga reunir em si essa condição de síntese dos influxos de justiça a partir de uma sociedade tão plural quanto a nossa¹⁴. No máximo, o juiz, como qualquer pessoa, pode a partir de sua visão de mundo (*Weltanschauung*), passar a ler todos os demais acontecimentos por essa lente. Note, contudo, que isso não corresponde ao próprio “sentimento da sociedade” e sua “lente sobre o mundo” será sempre parcial e tendenciosa a partir das suas convicções e ideologias apriorísticas. Isso corresponde a dizer que a atuação judicial-instrumentalista a partir da justiça para a pacificação é a porta aberta para o voluntarismo (=juízo a partir da vontade), decisionismo (=escolhas judiciais a partir de preferências pessoais) e o solipsismo (=juízo a partir da verdade revelada por ente superior a partir de suas convicções ou o “absolutismo do saber solitário”), todos esses fenômenos cada vez mais presentes em nosso judiciário, principalmente nos tribunais superiores, que, ao que parece, estão longe de extinção.

Em segundo, o juiz-antena tem um problema grave de ordem normativa. Ele massacra o direito a partir da moral, em nome de uma “legitimidade” social, para a obtenção da paz. É dizer, estando o direito em confronto com a justiça (=aquilo que o juiz pensa que seja justiça), que tombe o direito e seja realizada a justiça. Isso subverte totalmente o sistema jurídico-constitucional brasileiro, que é baseado na supremacia da lei. A prevalecer a metáfora do juiz-antena, o direito se amoldaria àquilo que o intérprete quer que ele seja¹⁵, e não ao que ele é. Nesse ponto, vale lembrar da lição, que deveria já ter sido compreendida por todos, a respeito das seis hipóteses nas quais a lei não será aplicada: a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*); d) quando

¹³ Ver por todos a crítica de SOUZA, Diego Crevelin. Teremos um Ano novo? (uma reflexão sobre e para a doutrina). Empório do Direito, disponível em <<https://goo.gl/Qy9Bei>>, acesso em 05.10.17.

¹⁴ Neste sentido: ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 242/2015, Abr. / 2015, p. 21 – 47.

¹⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 187.

aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigeklarung ohne Normtextreduzierung*); e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto e f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio¹⁶.

Ainda nesse ponto, é necessário desmitificar o juiz.

A um, porque ele não é ser superior dotado de inteligência especial ou capacidades metafísicas de compreensão da sociedade e atuação volitiva para atendimento dos seus anseios. Desse modo, qualquer alegoria que o messianize é, ao mesmo tempo, o próprio veneno da sua existência, porque jamais o juiz terá condições de atender a todas essas prescrições. Os próprios motivos para a criação do instrumentalismo serão o seu calvário. Dirão alguns: “isso é enfraquecer o juiz”. Pelo contrário, juiz hipertrofiado não caracteriza Estado-Juiz constitucionalmente forte. É necessário humanizar o juiz para a sua condição própria de falibilidade-humana. É dizer que ele, interpretando o personagem Estado-Juiz, não possui autorização republicana ou democrática para se colocar no “Monte Sinai” e passar a julgar com base em “*justiça*” os conflitos que lhe são submetidos¹⁷.

A dois, por conta da função contramajoritária do próprio Poder Judiciário. A contramajoritariedade se sustenta a partir do paradigma da vinculação do juiz ao direito, entendido como o complexo de normas (em uma perspectiva de hermenêutica filosófica gadameriana), a partir dos enunciados normativos da Constituição da República e das leis. É, pois, o direito quem constrange e limita a todos, inclusive ao juiz. É com base nisso que a formação da norma através da interpretação, *grosso modo*, não pode passar pela via da moral. O seu trânsito deve ser pela via jurídico-normativa. O texto legal (*lato sensu*) é quem baliza a formação da norma e impede as inflexões morais de seu conteúdo. Fazer ceder o direito frente a moral em julgamentos judiciais é o mesmo que aniquilar a contramajoritariedade, garantia constitucional decorrente do devido processo legal. Portanto, deve o juiz estar blindado das pressões sociais (e morais) da maioria (e porque não dizer da minoria), exercendo com altivez republicana a sua independência judicial e julgar com base no direito. A função contramajoritária é, senão, o *contra-juiz-antena*, como o é a própria Constituição da República que há pouco completou 29 anos de vigência. Dito de outro modo, ao contrário dos outros poderes da república, o Poder Judiciário não tem qualquer compromisso com a maioria¹⁸, mas com o direito. Caso contrário, sucumbindo o direito, vencerá o árbitro, triunfará a barbárie da suposta maioria e se exaltará a figura heroica do juiz, pronto para salvar o seu povo débil e carente.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. As seis hipóteses de que fala lenio streck em sua teoria da decisão. Disponível em <<https://goo.gl/2WSQHV>>. Acesso em 05.10.17. Para aprofundamento: STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

¹⁷ As qualidades pessoais do julgador, mesmo as mundanas, não devem qualificar o seu agir institucional. Neste sentido: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo Constitucional e estado democrático de direito. 2. ed. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2012, p. 128.

¹⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial, in: Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro. – ano 21, n. 82, (abr./jun. 2013) – Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205.

A três, porque somente o Poder Legislativo ostenta legitimidade popular para apresentar o povo na feitura das leis. O povo, pressionando os parlamentares através da moral, da justiça e da ética (e sua função corretiva¹⁹), exige a criação de leis que vão ao encontro desses valores, passando a ter força vinculativa cogente por ser integrante do direito. Uma vez criadas as leis, é defeso ao juiz interpretá-las a partir da moral ou de critérios de justiça. Possibilitar, em outras palavras, a participação da moral (ou da justiça) na análise do direito é reunir no mesmo titular as figuras do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, o que acarreta o exercício arbitrário do poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos, o que se verifica até mesmo nas lições de Montesquieu²⁰. A fonte de legitimação do Estado-Juiz não é aquela político-representativa, mas a sujeição à lei²¹.

Contudo, vemos todos os dias a moral triunfar frente ao direito. Garantias fundamentais são solapadas em comportamentos flagrantemente autoritários, decorrentes da melhor filosofia “*dateniana*” (=visão popularesca do “*pau no réu*” e não apenas nele). O juiz se vê na qualidade de guardião da sociedade, de último bastião da justiça e de soldado a serviço da guerra contra a impunidade, do combate à corrupção e como verdadeiro agente da segurança pública.

O instrumentalismo processual catequisou (e catequisou) gerações de bacharéis de direito e introjeta como premissa de qualquer estudo sobre o processo o dogma da pacificação com justiça a partir dos anseios da sociedade. Com isso, o juiz, enquanto pessoa exercente do poder jurisdicional, passa a construir uma “*visão de si*” e uma “*visão que a sociedade tem de si*” a partir das agendas dos formadores de opinião dessa sociedade – o “*palpitariado*” (a classe falante da imprensa e da sociedade civil).

Nesse mundo de criminalidade intensa, de “*corrupção-sistêmica*” e de tempos líquidos de instantaneidade²², o juiz se vê com a “*missão*” de fazer justiça, mesmo que não seja através do direito, mesmo que em violação à Constituição da República. Formam-se, a partir desse paradigma, os “*pitjudges*”, julgadores-totais, que passam a atuar em funções típicas de partes (violando a imparcialidade), que produzem prova “na busca da verdade real”, que decretam prisões de ofício, que subvertem o sistema de cautelares penais, que condenam mesmo com pedido de improcedência do Ministério Público, tudo para dar as respostas que a sociedade quer (=as respostas que o juiz pensa que a sociedade quer) e para que fiquem com a consciência,

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários, *in* Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 7, 2010, disponível em <<https://goo.gl/gu8VJm>>, acesso em 03.10.17, p. 25.

²⁰ MONTESQUIEU. Do espírito das leis, São Paulo: Martin Claret, p. 166. BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado, 3. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p.159.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 70; CIPRIANI, Franco. El proceso civil italiano entre revisionistas y negociacionistas, *in* Proceso civil e ideología, Juan Motero Aroca (coord), Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 59.

²² BAUMAN, Zygmunt. Tempos Líquidos. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, *passim*.

solipsisticamente, tranquila. São comportamentos tipicamente ativistas que se caracterizam como uma falha no “agir como judiciário” (*act “like a judiciary”*)²³.

Vivemos o momento do império-do-instrumentalismo. Há, praticamente, um consenso sobre a visão publicista-instrumentalista do processo, essencialmente como utensílio do poder jurisdicional pelo agigantamento dos poderes judiciais. Mas é necessário advertir: Direito não é consenso. A instrumentalidade do processo e seu “*publicismo-estatólatra*”²⁴ demonstrou-se uma ilusão (prestidigitação)²⁵. Mas todo espetáculo de “magia” tem um tempo de duração e a hora do desencantamento.

O desencantamento chegou! Estamos no raiar de uma reviravolta (de 180º) no processo. É tempo de vê-lo, definitivamente, como uma “instituição de garantia”²⁶, verdadeiro “DNA do processo”²⁷, que impõe limites (e não apenas controle) ao exercício do poder jurisdicional e, conseqüentemente, ao juiz em favor das partes.

O devido processo legal²⁸ (*procedural due process*) deve ser relido e densificado a partir das garantias constitucionais do processo²⁹. Precisamos responder a quem serve o processo. E digo, com toda convicção de certeza, que ele serve às partes! Processo não está a serviço da jurisdição. O processo tem sua dimensão essencialmente desenhada no plano jurídico-normativo e tem por função garantir a liberdade das partes durante o debate na jurisdição. É essa macro-garantia do processo que dirige a atividade legislativa para a criação de micro-garantias no procedimento como forma de preencher a cláusula do devido processo legal – ou do processo devido que decorre da lei.

Essa releitura força o juiz – pessoa natural exercente do poder – a compreender que o personagem Estado-Juiz está limitado (=Estado Liberal) a partir de balizas constitucionais³⁰ e legais intransponíveis (*under the rule of law*), devendo julgar os conflitos a ele submetidos a partir do direito, evitando-se a discricionariedade

²³ Nesse mesmo sentido: ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 242/2015, Abr. / 2015, p. 21 – 47.

²⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial, in: Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro. – ano 21, n. 82, (abr./jun. 2013) – Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 211.

²⁵ Cf. por todos a crítica de PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal, Revista de Processo [versão eletrônica], vol. 102/2001, Abr - Jun / 2001, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 55 - 67.

²⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia, in Revista Conjur, disponível em <<https://goo.gl/LdiZWh>>, acesso em 07.10.17.

²⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa. Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos, in Revista Conjur, disponível em <<https://goo.gl/hDj7KA>>, acesso em 09.10.17.

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal, 12. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 108-119.

²⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 13. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 158-186.

³⁰ LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise, Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 142-149.

judicial³¹. É necessário, portanto, que o juiz recupere o seu estado de serenidade republicano-democrática. O juiz não é super-herói, não é antena da sociedade, não julga a partir da maioria ou dos anseios sociais. A sua referência é o Direito! Isso é aplicar ao processo uma visão constitucionalizada e constitucionalizante, dando normatividade à hierarquia superior e fundante de todo o sistema da nossa Carta Magna.

Essa é uma das propostas dessa acepção publicista-garantista³² do processo, que continua sendo ramo do direito público, porém com vocação para a garantia das partes. É chegada a hora de derrubar o instrumentalismo processual em toda sua perversidade, antes que ele se torne o “Kevin” do Estado Democrático de Direito. Por isso, precisamos, de uma vez por todas, falar sobre o instrumentalismo processual.

³¹ ABOUD, Georges. Discricionariade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, *passim*.

³² Para aprofundamento: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal, Disponível em <<https://goo.gl/jvBZgB>>, acesso em 03.10.17; RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate, *in* Ativismo judicial e garantismo processual, Fredie Didier Jr, José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (orgs.), Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 273-286.

Os direitos fundamentais das minorias sexuais e de gênero: análise de viradas paradigmáticas no panorama jurídico da Índia, Paquistão e Nepal

The fundamental rights of sexual and gender minorities: analysis of turning points in the legal contexts of India, Pakistan, and Nepal

Hidemberg Alves da Frota

Pós-Graduado (Especialista) em Direito Público: Constitucional e Administrativo pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas (MP/AM).

E-mail: hidemberg1982@yahoo.com.br

Resumo: Examina-se o acórdão da Suprema Corte indiana, em *National Legal Services Authority v. Union of India and Others*, cotejando-o com o posicionamento da Suprema Corte paquistanesa, em *Dr. Muhammad Aslam Khaki & Another v. Senior Superintendent of Police (Operation), Rawalpindi & Others* (direitos fundamentais das comunidades transgêneras tradicionais do subcontinente indiano), e o aresto da Suprema Corte nepalesa, em *Sunil Babu Pant and Others v. Nepal Government and Others* (direitos fundamentais das minorias sexuais), a par dos dispositivos a respeito na Constituição nepalesa de 2015. Constata-se a proibição constitucional à discriminação à identidade de gênero e à orientação sexual. Infere-se que assiste às minorias sexuais e de gênero se identificarem como homens, mulheres, pessoas do terceiro gênero ou pessoas sem gênero determinado, independente de intervenção cirúrgica e de congruência do seu psiquismo com os caracteres biológicos de nascimento. Propõe-se que espaços abertos ao público se adaptem ao acolhimento de minorias sexuais e de gênero. Depreende-se que as políticas públicas de cotas e as demais ações estatais de inclusão social devem abarcar a parcela das minorias sexuais e de gênero que se encontra, em consequência da sua identidade de gênero e orientação sexual, em vulnerabilidade socioeconômica. Preconizam-se atividades estatais preventivas e repressivas de assédio e de violência de gênero. Aventa-se a destinação de cotas a representantes de minorias sexuais e de gênero no Poder Legislativo e em órgãos colegiados do Poder Executivo.

Palavras-chave: Minorias sexuais e de gênero. Direitos fundamentais. Índia, Paquistão e Nepal.

Abstract: This paper examines the judgment by the Supreme Court of India in *National Legal Services Authority v. Union of India and Others*, comparing it to the decisions rendered by the Supreme Court of Pakistan in *Dr. Muhammad Aslam Khaki & Another v. Senior Superintendent of Police (Operation), Rawalpindi & Others* (fundamental rights of traditional transgender communities of the Indian subcontinent), and by the Supreme Court of Nepal in *Sunil Babu Pant and Others v. Nepal Government and Others* (fundamental rights of sexual minorities), also considering the provisions concerning the matter in the Nepalese Constitution of 2015. It establishes that it is unconstitutional the discrimination against gender identity and sexual orientation. It is inferred that it assists sexual and gender minorities to identify themselves as men, women, third-generation or non-gendered individuals, regardless of surgical intervention and congruence of their psyche with biological birth traits. It is proposed that spaces open to the public adapt to receive gender and sexual minorities. It should be noted that public policies on quotas and other state actions for social inclusion should cover the portion of sexual and

gender minorities that are, as a consequence of their gender identity and sexual orientation, in socioeconomic vulnerability. Preventive and repressive state activities of harassment and gender violence are advocated. The allocation of quotas to representatives of sexual and gender minorities is promoted in the Legislative Branch and in collegiate bodies of the Executive Branch.

Keywords: Sexual and gender minorities. Fundamental rights. India, Pakistan and Nepal.

1 Introdução

Em *National Legal Services Authority v. Union of India and Others* (o chamado caso NALSA¹), a Seção de Litígios de Interesse Público da Suprema Corte da Índia, por meio de órgão fracionário à época composto pelos *Justices* K. S. Panicker Radhakrishnan² e Arjan Kumar Sikri³, conferiu aos integrantes das comunidades transgêneras históricas ou tradicionais, em acórdão lavrado em 15 de abril de 2014, a faculdade de optarem pelas identidades de gênero masculina ou feminina ou, ainda, por se reconhecerem como terceiro gênero, declarando imoral e ilegal⁴ condicionar-se a identidade de gênero de tais pessoas transgêneras à prévia cirurgia de redesignação sexual (CRS)⁵, ao mesmo tempo que incumbiu a União e os Estados-membros de propiciarem serviços públicos diferenciados a esse segmento da sociedade, na condição de grupo vulnerável e *tertium genus* (ÍNDIA, 2016d).

Em outras palavras, a parte dispositiva do aresto (conforme se depreende da análise conjunta dos seus §§ 12 a 18 e 129 a 130) assegurou o direito de *hijras*⁶ e de eunucos de serem tratados como terceiro gênero, apartados da divisão binária de gênero, no que se refere aos direitos previstos quer na Parte III da Constituição da República da Índia⁷ (em que se situa o rol expresso de direitos fundamentais daquela

¹ Na literatura jurídica de língua inglesa, é denominado de *NALSA judgment* (KANG; KRISHNA DAS, 2016, p. 64).

² Nome judiciário: K. S. Radhakrishnan. Aposentou-se em 14 de maio de 2014 (ÍNDIA, 2016b).

³ Nome judiciário: A. K. Sikri (ÍNDIA, 2016c).

⁴ Paulo Roberto Iotti Vecchiatti assevera a crueldade de “condicionar a mudança de prenome e sexo jurídico da pessoa à realização de uma cirurgia altamente invasiva”, levando em conta que, em muitas circunstâncias, a pessoa transexual não está em condições de realizá-la (pode-se aventar, em acréscimo a essa lição doutrinária, as hipóteses em que não se sente preparada do ponto de vista psicológico e/ou não possui recursos financeiros e/ou amparo estatal para tanto), ou não almeja fazê-lo (há o caso emblemático “de travestis, que não desejam realizar a cirurgia de transgenitalização”) (VECCHIATTI, 2015, p. 300).

⁵ Mais conhecida pela sigla em inglês: SRS (*Sex reassignment surgery*) (ÍNDIA, 2016d).

⁶ Uma pessoa *hijra*, indivíduo transgênero de genótipo masculino, castrado ou não, com vaginoplastia e implantes de seios ou não, veste-se com roupas femininas, matiza características masculinas e femininas, vincula-se à comunidade de mesmo nome, segue as normas comunitárias e as orientações de determinado guru, sem se enquadrar na moldura comportamental nem de homem, nem de mulher (CHETTIAR, 2016, p. 752).

⁷ Promulgada em 26 de novembro de 1949, a maioria dos dispositivos da Constituição da República da Índia iniciou sua vigência somente em 26 de janeiro de 1950, conforme se depreende da interpretação conjunta do seu art. 394 (constante da Parte XXII, na qual se encontram suas disposições transitórias) e do seu preâmbulo (ÍNDIA, 2016a).

Carta Magna, ao longo dos seus arts. 12 a 35), quer nos Direitos Legislativos Federal e Estadual indianos, bem como garantiu aos membros das comunidades transgêneras tradicionais da Índia o direito de decidirem qual será a sua identidade de gênero e, por conseguinte, encarregou os Governos Central e Estaduais da Índia de concretizarem essas medidas legislativas e administrativas (concebidas, repara-se, para os transgêneros em sentido estrito, é dizer, os integrantes das comunidades transgêneras históricas) (ÍNDIA, 2016d):

1. O reconhecimento jurídico da *identidade de gênero*⁸ escolhida pelas pessoas transgêneras, *independente* de a escolha recair sobre o gênero masculino, o gênero feminino ou o terceiro gênero.

2. A prestação aos transgêneros de tratamento próprio de quem, na qualidade de cidadãos, sob as ópticas⁹ social e educacional, pertence a *classes desfavorecidas* (“backward classes of citizens”¹⁰) e, por consequência, faz jus a todos os sistemas de reserva de cotas de acesso a instituições educacionais e a cargos públicos.

3. O monitoramento sorológico, *específico* para transgêneros, do Vírus da Imunodeficiência Humana¹¹.

4. A assistência médico-hospitalar ao público transgênero e a criação de dependências *exclusivas* para pessoas transgêneras, à semelhança do que ocorre com indivíduos dos gêneros masculino e feminino, que dispõem, por exemplo, de banheiros públicos privativos.

5. A formulação de políticas públicas (a) de bem-estar social voltadas aos transgêneros, (b) atinentes a questões psicossociais que afligem as pessoas *hijras* e as pessoas transgêneras em geral (tais quais a disforia de gênero¹², a pressão e os estigmas sociais e as tendências comportamentais de medo, de vergonha, de depressão e de

⁸ A identidade de gênero diz respeito à “sensação ou percepção pessoal quanto a qual seja o seu gênero”, de modo independente “da sua constituição física ou genética” (CUNHA, 2015, p. 19).

⁹ Empregou-se a grafia *óptica*, em vez de *ótica*, em respeito ao ensinamento do Prof. José Maria da Costa de que aquela se refere à visão, enquanto esta concerne à audição (COSTA, 2014).

¹⁰ A expressão “backward classes of citizens”, em referência a cidadãos de classes desfavorecidas (marginalizadas), é recorrente na Constituição indiana, a qual comete ao Estado o dever prestacional de promover ações afirmativas em proveito daqueles, sob os prismas social e educacional — art. 15(4)(5) —, em que se inserem as cotas em cargos públicos — art. 15(4) —, incluindo-se no Poder Judiciário — art. 124A(1) — e nos Governos locais — arts. 243D(6) e 243T(6) (ÍNDIA, 2016a).

¹¹ Mais conhecido pela sigla em inglês: HIV (*human immunodeficiency virus*) (DELAMARE, 2002, p. 651-652, p. 1.122-1.123).

¹² A Associação Psiquiátrica Americana — APA, na quinta edição do seu Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), adotou a locução *disforia de gênero*, ao deixar de considerar transtorno mental a ausência de conformidade entre o gênero atribuído pela família e sociedade à pessoa e a sua identidade de gênero. Dessa feita, o DSM-5 define *disforia de gênero* como o “sofrimento que pode acompanhar a incongruência entre o gênero experimentado ou expresso e o gênero designado de uma pessoa”, e ressalta que tal termo “é mais descritivo do que o termo anterior *transtorno de gênero*, do DSM-IV, e foca [*rectius*: enfoca] a disforia como um problema clínico, e não como identidade por si própria”. (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2016; ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA, 2014, p. 451-452, grifo original).

suicídio), (c) de conscientização social, que permitam aos indivíduos transgêneros se sentirem integrados à vida em sociedade, sem serem vistos, de forma pejorativa, como intocáveis¹³, e (d) de resgate do respeito e do lugar que já desfrutaram na tessitura cultural e social da Índia¹⁴ (mesmo em períodos e em espaços geográficos de preponderância islâmica, a exemplo do Império Mogol¹⁵, na Idade Média indiana), até a perseguição penal, desencadeada pelo Império britânico, a partir do século XVIII.

A par disso, estipulou o prazo de seis meses para a análise e a implementação das recomendações de Comitê de Especialistas¹⁶ constituído, em momento anterior a tal julgamento, com o fito de sugerir providências estatais sobre a matéria (ÍNDIA, 2016d).

Ao longo deste artigo jurídico, examinam-se as razões de decidir de índole constitucional invocadas pela Suprema Corte indiana no caso NALSA, cotejando-se tal aresto com julgados paradigmáticos das Supremas Cortes do Paquistão e do Nepal, assim como com a Constituição nepalesa de 2015, tendo-se em mira não só a finalidade de proporcionar à comunidade jurídica de língua portuguesa familiaridade com o estado da arte da proteção dos direitos fundamentais de grupos transgêneros tradicionais na Índia e no Paquistão e de minorias sexuais e de gênero no Nepal, como também o desiderato de propor, em considerações finais, subsídios à promoção dos direitos fundamentais das minorias sexuais e de gênero brasileiras, inspirados nos recentes avanços experimentados nos ordenamentos jurídicos indiano, paquistanês e nepalês.

¹³ Os intocáveis (*dalits*) constituem o extrato mais humilde da pirâmide social indiana, a ponto de não terem casta própria (daí a denominação depreciativa de *párias*). Embora a intocabilidade haja sido abolida pelo art. 17 da Constituição indiana, a qual, em seu art. 15(1)(2), proíbe a discriminação baseada, entre outros critérios, na casta, inclusive para fins de serviço público compulsório — art. 23(2) —, bem como de (ine)elegibilidade e de acesso a cargos públicos e a instituições educacionais — arts. 15(2), 29(2) e 325 —, a violação a direitos humanos, em função do sistema de castas, ainda se faz vigorosa na Índia, sobretudo quanto aos *dalits*, nomeadamente em vilarejos e comunidades rurais, em decorrência da opressão pelas castas superiores, reforçada por autoridades dotadas de poder de polícia ou de fiscalização, privando-os de condições dignas de trabalho, de moradia, de alimentação e de educação, além de mantê-los sujeitos a agressões sexuais e a outras formas de violência, assim como a níveis extremos de miséria e degradação humana (HANCHINAMANI, 2016, p. 15, 18-19, 29; ÍNDIA, 2016d; MAJID, 2012, p. 263-265).

¹⁴ “Na sociedade indiana os transexuais são nominados de hijras, as quais são vistas como uma figura mítica em alguns momentos, mas hoje relegadas a [*rectius*: à] prostituição para sua sobrevivência, em que pese comecem, aos poucos, a livrar-se desta condição de marginalidade, aos quais se permite indicar a letra E, de eunuco, no passaporte no campo reservado ao sexo ou gênero, desde 2005, posicionamento confirmado pela Suprema Corte daquele país [em] abril de 2014.” (CUNHA, 2015, p. 126-127).

¹⁵ Não se confunde com o Império Mongol.

¹⁶ Intitulado de Comitê de Especialistas sobre Questões relacionadas aos Transgêneros (*Expert Committee on Issues relating to Transgender*) (ÍNDIA, 2016d).

2 Os fundamentos constitucionais do acórdão da Suprema Corte da Índia no caso NALSA

K. S. Radhakrishnan (§§ 34, 49, 54, 55, 59, 66, 67, 68 e 75), em seu voto condutor, ao examinar os arts. 14, 15, 16, 19 e 21 da Constituição indiana, (1) alicerçou-se na premissa de que a ordem constitucional, ao se referir aos termos *pessoa(s)*, *cidadão(s)* e *sexo*, no contexto dos destinatários da tutela constitucional dos direitos fundamentais, adota a *neutralidade de gênero*, porque vislumbra *todos* os seres humanos (não só aqueles que se adéquam a categorias convencionais de homens e mulheres, mas também *hijras* e demais transgêneros), e, lado outro, (2) adotou interpretação ampliativa do princípio da igualdade e da proibição constitucional à discriminação sexual, ao divisar, em seu campo de incidência, a interdição a condutas discriminatórias quanto à *identidade de gênero* (enxergou na discriminação de identidade de gênero uma espécie de *discriminação sexual*¹⁷), de maneira que a salvaguarda da dignidade sexual humana implica o respeito à identidade de gênero de cada pessoa, dando-se a primazia ao fator psicológico e a testes psicológicos e, portanto, à autoidentificação, *em detrimento* do sexo biológico e de testes biológicos, do paradigma binário de gêneros masculino e feminino (apesar de abraçado pela legislação infraconstitucional indiana) e da existência ou não de procedimento médico-cirúrgico¹⁸ (ÍNDIA, 2016a; ÍNDIA, 2016d; KANG; KRISHNA DAS, 2015, p. 72; SAHU, 2016, p. 170-173).

Assim, depreende-se do voto condutor (§§ 34, 49, 54, 55, 59, 66, 67, 68 e 75) de Radhakrishnan, sob o ponto de vista do Direito Constitucional Positivo indiano, o seguinte raciocínio (ÍNDIA, 2016a; ÍNDIA, 2016d; KANG; KRISHNA DAS, 2015, p. 72; SAHU, 2016, p. 170-173):

1. O direito fundamental de não sofrer discriminação sexual (arts. 15 a 16 da Constituição indiana) diz respeito à prevenção de atos diretos ou indiretos que

¹⁷ Ao interpretar o art. 3.º, inciso IV, da Constituição brasileira de 1988, Maíra Coraci Diniz desenvolve semelhante exegese ampliativa da proibição constitucional da discriminação sexual, a englobar a interdição à discriminação a respeito da identidade de gênero: “Ao proibir expressamente a discriminação em razão do sexo, o texto constitucional traz um arcabouço que visa [a] proteger as relações de gênero dentro da sociedade brasileira. [...] Portanto, o princípio da não discriminação em razão do sexo ampara o direito fundamental à identidade, pois não permite que se discrimine uma pessoa transexual no seu direito de ver reconhecida a sua identidade de gênero no seu meio social” (DINIZ, 2014, p. 39-40).

¹⁸ Similar pensamento, na literatura jurídica pátria, Hélio Veiga Júnior articula, aos olhos dos direitos da personalidade: “[...] no que se refere à transexualidade, é importante analisar que a condição de transexual decorre de constatação psicológica e não física, uma vez que ocorre a permanência do sexo psicológico sobre o sexo anatômico. Portanto, ainda que não ocorram intervenções cirúrgicas ou hormonais no transexual, as quais visam apenas a [*rectius*: à] mudança anatômica, o seu direito ao gênero como um direito da personalidade deve ser reconhecido. Nesse sentido há que se falar que a realização da cirurgia de transgenitalização não é um requisito de validade para que a transexualidade seja caracterizada ou reconhecida, uma vez que esta não se trata de uma questão de mera sexualidade, mas, verdadeiramente, de identidade. [...] Percebe-se, assim, que a transexualidade transcende ou até mesmo pode prescindir [d]a transgenitalização, pois esta é uma mera forma de se modificar, pela vontade do transexual, o seu sexo” (VEIGA JÚNIOR, 2016, p. 137-138).

acarretem tratamento desfavorável a uma pessoa natural, em virtude dos seus caracteres biológicos ou da sua *identidade de gênero e orientação sexual*¹⁹ (quer considere a si mesma homem, quer considere a si mesma mulher, quer considere a si mesma nem homem, nem mulher) discreparem de generalizações e estereótipos inspirados na separação binária de gênero (esposado pela legislação infraconstitucional indiana, *em contrariedade* à ordem constitucional).

2. A discriminação sexual de *hijras* e demais indivíduos transgêneros, devido não só ao preconceito ante a sua orientação sexual, como também ao não reconhecimento estatal da sua identidade de gênero, redundando em níveis extremados de discriminação²⁰, em graves constrangimentos no acesso ao mercado de trabalho, a serviços de saúde e educação e a locais de convivência social (como restaurantes, *shopping centers* e banheiros públicos), e em propensão a frequentes assédios, atos de violência e abusos sexuais em espaços abertos ao público, em ambientes domésticos, no sistema penitenciário e em face da conduta policial, de que resulta, por sua vez, o menoscabo ao direito fundamental à igualdade perante a lei e à isonômica proteção legal (art. 14 da Constituição indiana), máxime no que concerne a direitos civis e sociais, assim como aos demais direitos fundamentais relacionados ao exercício da cidadania, pois a ordem constitucional franqueia o tratamento igualitário a *todas* as pessoas naturais (o texto constitucional menciona o vocábulo *pessoa* de forma genérica, *sem* restrições no tocante ao gênero).

3. Ao radicar no preceito constitucional (art. 19(1)(a) da Constituição indiana) que agasalha o direito fundamental à liberdade de manifestação e expressão (*freedom of speech and expression*) os valores e os direitos fundamentais alusivos à vida privada

¹⁹ Consubstancia *orientação sexual*, e não opção sexual, porque, dilucida Leandro Reinaldo da Cunha, em sua tese de doutorado sobre identidade e redesignação de gênero, “o indivíduo não efetiva uma escolha por esta ou aquela conduta, apenas tem aquele interesse, desejo ou vontade sexual vinculada para tal ou qual sentido” (CUNHA, 2015, p. 38). A *orientação sexual* se distingue da *identidade de gênero*: aquela concerne à “existência ou não de interesse sexual (no sentido de manutenção de relação sexual), e se tal desejo se destina a [*rectius*: à] pessoa do mesmo gênero ou não”, ao passo que esta constitui uma construção cultural e “uma percepção social que o próprio indivíduo tem de si”. Como exemplo ilustrativo da diferença entre *orientação sexual* e *identidade de gênero*, cita a situação recorrente em que o transexual “apresenta repugnância, ordinariamente, pela relação homossexual, pois responde aos estímulos de outro sexo, já que não se vê como alguém que mantém ou busca manter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo que ele” (CUNHA, 2015, p. 25, 38, 39).

²⁰ Na dogmática brasileira, são dignas de nota as reflexões de Clarindo Epaminondas de Sá Neto e Yara Maria Pereira Gurgel sobre a marginalização das pessoas transexuais: “Não sofrem somente discriminação social, mas também são vítimas de maus-tratos, violações e agressões e, inclusive, homicídios. Como resultado desses prejuízos e da discriminação que as priva de fontes de trabalho, tais pessoas encontram-se praticamente condenadas a condições de marginalização, que se agravam nos numerosos casos de pertencimento aos setores mais desfavorecidos da população, com consequências nefastas para [a] sua qualidade de vida e sua saúde, registrando altas taxas de mortalidade, o que já foi devidamente provado em estudos apresentados pela comunidade científica brasileira e internacional” (SÁ NETO; GURGEL, 2014, p. 82).

(*privacy*)²¹, à autoidentidade, à autonomia e à integridade da pessoa, estende-os aos integrantes das comunidades transgêneras tradicionais da Índia, assegurando a estes o direito de exprimirem a sua *identidade de gênero* de diversas formas e repertórios comportamentais, tais quais suas vestimentas e o modo de se vestirem, sua aparência, suas palavras e ações, como reflexos da personalidade de cada um, a serem respeitados pelo Estado indiano, observada a limitação geral do art. 19(2) daquela Constituição, o qual possibilita o Direito Legislativo restringir, de maneira razoável, as liberdades de manifestação e expressão, bem como de reunião, de associação e de locomoção, em nome da segurança estatal, de relações amistosas com Estados estrangeiros, da ordem pública, da decência ou moralidade, assim como em virtude de *contempt of court*²², difamação ou incitamento a ofensas.

4. Ao enxergar no gênero componente central da identidade humana e da maneira como o ser humano vê a si mesmo, respalda o direito à identidade e à autodeterminação de gênero nos direitos fundamentais à vida e à liberdade pessoal (art. 21 da Constituição indiana, considerado o cerne daquela Carta Magna), desdobrados nos direitos fundamentais de todos os indivíduos à dignidade, inclusive à dignidade da existência humana (“*dignity of human life*”), às autonomias negativa (o direito fundamental de não sofrer indevida interferência de outrem) e positiva (o direito fundamental de decidir sobre si mesmo, o que inclui escolher como se expressará e as atividades que desempenhará nas searas pública e privada), à vida privada, à autoexpressão e aos outros elementos da conjuntura humana, por meio dos quais a pessoa natural atribui sentido ao próprio existir (“*aspects of life which go to make a person’s life meaningful*”).

Em que pese a compreensão tripartite da Suprema Corte da Índia, em *National Legal Services Authority v. Union of India and Others*, acerca da identidade de gênero mostrar sintonia com a definição desta delineada pela Associação Americana de Psiquiatria, no DSM-5, na medida em que a APA a descreve como “categoria de identidade social” referente “à identificação de um indivíduo como homem, mulher

²¹ Em sua tese de doutorado, a postular a identidade de gênero como direito da personalidade, Camila de Jesus Mello Gonçalves infere que assiste à pessoa transexual o direito de ocultar da coletividade e do Poder Público seus caracteres biológicos, exteriorizando, perante o corpo social e o aparato estatal, tão só a sua identidade de gênero: “O elemento biológico, que identifica e caracteriza o aparelho e os órgãos sexuais naturais, porque integrante da vida privada, é ocultado, de modo que apareça somente a identidade de gênero, relacional, construída em interação e, bem por isso, relevante para o grupo” (GONÇALVES, 2014, p. 275). Ao acentuar o mister de “compatibilizar o interesse individual com o coletivo, na consideração de que as normas jurídicas destinadas à identificação dos membros da coletividade são de ordem pública”, obtempera que, “embora o sexo original restrinja-se à intimidade, a individualização de cada pessoa com base em seu nome e estado civil, familiar e político importa ao Estado e à sociedade”, com o fito de que haja a “correta identificação das pessoas, sem a qual não há possibilidade da segurança e certeza necessárias para a vida coletiva” (GONÇALVES, 2014, p. 275).

²² “Pode-se definir o *contempt of court* como a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial” (ASSIS, 2003, p. 20).

ou, ocasionalmente, *alguma categoria diferente de masculino ou feminino*” (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA, 2014, p. 451, grifo nosso), o Poder Judiciário indiano, em tal julgamento, circunscreveu-se, rememore-se, a uma acepção restrita de transgênero, adstrita às comunidades transgêneras históricas do subcontinente indiano e, portanto, *distinta* do seu sentido abrangente, acolhido pelo DSM-5, segundo o qual se cuida de “amplo espectro de indivíduos que, de forma transitória ou persistente, se identificam com um gênero diferente do de nascimento” (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA, 2014, p. 451).

É que a Suprema Corte indiana, por intermédio dos votos de Radhakrishnan e Sikri (§§ 11 a 16, 43 a 44, 46, 70 a 74, 107 a 109), bipartiu o vocábulo transgênero nas acepções *lato sensu*, atinente à parcela de seres humanos cuja identidade, expressão e/ou comportamento de gênero *dissente* do seu sexo biológico (rol indeterminado *a priori*, em que podem ser inseridas pessoas homossexuais, bissexuais²³, transexuais²⁴, travestis²⁵ e *crossdressers*²⁶), e *stricto sensu*, que concerne ao conjunto de grupos transgêneros tradicionais da Índia, inspirados, principalmente (mas não só, conforme atrás realçado), pela cultura e religião de matriz hinduísta (tais quais, *hijras* ou *hijaras*, eunucos, *kothis*, *aravanis* ou *thirunangi*, *jogappas* ou *jogtas* e *shiv-shakthis*²⁷), reservando o

²³ A bissexualidade relaciona-se à “circunstância em que a pessoa sente atração físico-sexual tanto por pessoas que revelam ser do mesmo gênero que ela, como também para com do gênero oposto”, isto é, “apresenta uma atuação dúplice, por vezes agindo como heterossexual, e outras como homossexual, numa conduta que transita por esta ou aquela orientação sexual, com interesse voltado para ambos os sexos” (CUNHA, 2015, p. 42-43).

²⁴ “O transexual possui um psiquismo contrário ao do sexo físico que apresenta, com desejos vinculados aos de quem possui uma condição sexual distinta da que ele apresenta em seu fenótipo, ou então apresenta percepção de que a definição sexual que lhe é atribuída não corresponde com a realidade, não lhe sendo própria, [uma] vez que vítima de um erro da natureza” (CUNHA, 2015, p. 31).

²⁵ “A travestilidade, diretamente, não está relacionada ao desejo e à atração sexual, e são diversos os motivos pelos quais uma pessoa passa a travestir-se. A travesti é aquela pessoa que se veste e se comporta como pessoa pertencente ao outro grupo sexual, mas, intimamente, não deixa de se sentir conforme [o] seu sexo biológico: homem ou mulher, mantendo, portanto, sua identidade de gênero” (SANCHES, 2015, p. 273).

²⁶ “Embora as significações sobre o termo possam variar, grosso modo, uma pessoa que se identifica como *crossdresser* pode ser definida como alguém que eventualmente usa ou se produz com roupas e acessórios tidos como do sexo oposto ao que lhe foi assignado ao nascer” (VENCATO, 2015, p. 369). Por conseguinte, é uma espécie de travestilidade. Sua principal manifestação contemporânea vem a lume em “clubes de indivíduos que compartilham a experiência de se vestirem como alguém do sexo oposto ao de nascimento, sem a reivindicação do pertencimento a ele, sendo imensamente mais comum o *crossdressing* de-homem-para-mulher” (GARCIA *et al.*, 2010, p. 82).

²⁷ *Hijras* ou *hijaras*: pessoas de sexo biológico masculino que se identificam como mulheres, “não homens” ou uma categoria intermediária entre homens e mulheres, perfilhada por homens castrados, não castrados e hermafroditas (pessoas intersexuais). Eunucos: homens emasculados. *Kothis*: pessoas do sexo biológico masculino, com graus diferentes de feminilidade, que nem sempre se identificam como *hijras* ou indivíduos transgêneros. *Aravanis* ou *thirunangi*: *hijras* habitantes do Estado de Tamil Nadu, no Sul da Índia. *Jogappas* ou *jogtas*: servos da deusa *Renukha Devi* (chamada igualmente de *Yellamma Devi*, entre outras denominações), com templos

campo de incidência daquele julgamento, segundo frisado por Sikri (§§107 a 109), aos transgêneros em sentido estrito, com base no entendimento de que as comunidades transgêneras históricas da Índia e de países vizinhos do subcontinente indiano (como Nepal, Paquistão e Bangladesh) possuem o diferencial (ausente em outras regiões do globo) de terem consolidado, no decurso dos séculos, o segmento social do terceiro gênero, chamado na Índia de *hizra* (ÍNDIA, 2016d), fenômeno narrado pelo DSM-5 como o de “culturas com outras categorias de gênero institucionalizadas além de masculino ou feminino” (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA, 2014, p. 458, grifo nosso).

Esse alcance restrito do caso NALSA, em discrepância com o posicionamento contemporâneo da Associação Americana de Psiquiatria, foi reiterado, *a contrario sensu*, em 30 de junho de 2016, pelos *Justices* A. K. Sikri e N. V. Ramana, quando, a propósito da petição incidental protocolizada pela União, assentaram (§ 2.º) não haver necessidade de esclarecimento do acórdão de 15 de abril de 2014, porquanto o aresto impugnado já havia excluído de sua abrangência, de forma nítida, os homossexuais e os bissexuais (o que, de fato, ocorreu), adscrevendo o âmbito de sua aplicação às comunidades transgêneras tradicionais da Índia, a exemplo daquelas formadas por *hijras* e eunucos (ÍNDIA, 2016e).

3 A Suprema Corte do Paquistão na era Chaudhry

Essa tônica da Suprema Corte da Índia no caso NALSA, centrada na proteção de comunidades transgêneras tradicionais, tem como precursora a Suprema Corte do Paquistão, em *Dr. Muhammad Aslam Khaki & Another v. Senior Superintendent²⁸ of Police (Operation), Rawalpindi & Others*, feito no qual, via provimentos jurisdicionais datados de 4 de novembro de 2009, 20 de novembro de 2009, 23 de dezembro de 2009, 22 de março de 2011 e 25 de setembro de 2012, sem se reportar, de molde explícito, à categoria de terceiro gênero, assegurou, capitaneada pelo então *Chief Justice* Iftikhar Muhammad Chaudhry²⁹, tratamento igualitário a eunucos em direitos e obrigações, estipulando correlatos deveres prestacionais dos Governos Federal e Provinciais, de que se sobressaem (PAQUISTÃO, 2016a; PAQUISTÃO, 2016b; REINO UNIDO, 2016, p. 13-14):

situados nos Estados de Maharashtra e de Karnataka, no Oeste e no Sudeste da Índia, respectivamente. Como se trata de comunidade plural, constituída também por pessoas de sexo biológico feminino (*jogtis*) e homens heterossexuais (*jogtas* em sentido estrito), nominam-se de *jogti hijras* os transgêneros do sexo biológico masculino. *Shiv-shakthis*: homens com expressão de gênero feminina e sob a influência espiritual de alguma das deusas hindus, os quais se vinculam, em sua maioria, a normas, procedimentos e costumes de comunidades de mesmo nome, orientados por gurus. Nesse sentido, vide §§ 12 a 16, 43 a 44 e 108 a 110 do aresto do caso NALSA (ÍNDIA, 2016d).

²⁸ Em vez de *Superintendent*, o Poder Público, no Paquistão, optou pela grafia menos usual *Superintendent* (PAQUISTÃO, 2016a; PAQUISTÃO, 2016b).

²⁹ Chaudhry foi *Chief Justice* da Suprema Corte paquistanesa durante três mandatos não consecutivos: de 30 de junho de 2005 a 9 de março de 2007, de 20 de julho de 2007 a 3 de novembro de 2007 e de 22 de março de 2009 a 11 de dezembro de 2013 (WIKIPEDIA, 2016).

1. o direito de terem carteiras nacionais de identidade e dados cadastrais oficiais compatíveis com o seu *status* de eunucos³⁰;

2. o tratamento isonômico relativamente ao direito à vida, ao direito à dignidade, ao direito de propriedade, aos direitos sucessórios relacionados a bens móveis e imóveis, ao direito ao alistamento eleitoral e ao exercício do direito de votar e de ser votado (capacidades eleitorais ativa e passiva)³¹, ao direito ao acesso a instituições educacionais (a partir da infância, alcançando os ensinos superior, técnico e vocacional) e a atividades laborais respeitáveis (usufruindo de políticas públicas similares às ações afirmativas desenvolvidas em favor de pessoas com deficiência);

3. a proteção do aparelho estatal em face de assédios e demais condutas abusivas e discriminatórias (oriundas, entre outros, de agentes públicos, mormente policiais), bem como da atuação de terceiros, que se identificam como eunucos, visando à prática de delitos.

4 A constituição do Nepal de 2015 e o caso Sunil Babu Pant

A vigente Constituição da República Federal Democrática do Nepal de 2015 aproxima-se da orientação jurisprudencial fixada pela Suprema Corte nepalesa, cujo acórdão paradigmático a respeito dessa temática adotou em 2007 enfoque mais dilatado, em contraste com as Supremas Cortes da Índia, em *National Legal Services Authority v. Union of India and Others*, e do Paquistão, em *Dr. Muhammad Aslam Khaki & Another v. Senior Superintendent of Police (Operation), Rawalpindi & Others*, já que o órgão de cúpula do Poder Judiciário nepalês, apesar da sua ênfase na proteção das pessoas de *terceiro gênero*, firmou juízo de valor conclusivo, em sua *ratio decidendi*, em prol, de maneira explícita, do resguardo de *todos* os grupos LGBTI (lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais e intersexuais³²), e não apenas da parcela das comunidades transgêneras

³⁰ Veiga Júnior resplende que a discrepância entre a identidade de gênero e os documentos de identificação pessoal sujeita as pessoas transexuais a frequentes constrangimentos incompatíveis com a dignidade de tais seres humanos e com os seus direitos personalíssimos, notadamente o direito à liberdade sexual, considerando que tais documentos “promovem discriminação, comentários pejorativos e jocosos ou tratamentos involuntariamente errôneos que mitigam a dignidade do transexual”. Exemplifica: “[...] o transexual que se apresenta com sua identidade social, da forma como realmente deveria ser tratado, pelo prenome escolhido e gênero verdadeiro, e em seguida é obrigado a mostrar a um funcionário, público ou privado, seus documentos inalterados, com prenome escolhido de acordo com o sexo morfológico no nascimento, sofre com olhares e comentários aleatórios que apenas promovem a diminuição da dignidade do transexual [...]” (VEIGA JÚNIOR, 2016, p. 150-151). Mesma conclusão a que chega Gonçalves: “É exatamente a apresentação de documentos compatíveis com a aparência que preservará o transexual das situações vexatórias, as quais, diante do constrangimento que causam, colocam a pessoa em situação de vulnerabilidade e exposição, contribuindo para que se torne (e seja mantida) vítima de violência e discriminação” (GONÇALVES, 2014, p. 276).

³¹ Para a contextualização dos conceitos de capacidades eleitorais ativa e passiva, confira-se a lição de Rodrigo López Zilio (ZILIO, 2008, p. 118).

³² “A intersexualidade surge como uma condição genética, física ou anatômica do sujeito, que apresenta um fenótipo que não permite a clara definição entre a conceituação binária homem/mulher, seja por apresentar estrutura genital que não autoriza a sua alocação em um

que desfruta de histórica presença no cenário cultural e religioso do subcontinente indiano (ÍNDIA, 2016d; NEPAL, 2016a, p. 262-286; NEPAL, 2016b; PAQUISTÃO, 2016a; PAQUISTÃO, 2016b; REINO UNIDO, 2016, p. 13-14).

Na esteira desse entendimento pretoriano, a nova Constituição nepalesa, ao situar as *minorias sexuais e de gênero* no elenco de grupos marginalizados, confere-lhes, em seu art. 42, o direito de participarem de órgãos estatais, à luz do princípio da inclusão, a título de desdobramento do direito à justiça social, e, como corolário do direito à igualdade, *veda*, em seu art. 18(3), *qualquer tentativa de obstar* a edição de disposições legais específicas, direcionadas à proteção, ao fortalecimento (“empowerment”) ou ao desenvolvimento daquelas (NEPAL, 2016b).

Em seu art. 12, franqueia àqueles que adquiriram a nacionalidade nepalesa, em razão da ascendência biológica (*jus sanguinis*), o direito à expedição de certificado de nacionalidade em que conste a *identidade de gênero* (NEPAL, 2016b).

A gênese dos arts. 12, 18(3) e 42 da Constituição nepalesa de 2015 foi antecedida pelo julgamento, em 21 de dezembro de 2007, pela Suprema Corte do Nepal, do caso *Sunil Babu Pant and Others v. Nepal Government and Others*, quando, por meio de voto condutor do *Justice Balram K. C.*, a que anuiu o pronunciamento do *Justice Pawan Kumar Ojha*, estendeu os direitos fundamentais da ordem constitucional à época vigente (então catalogados na Parte III, arts. 12 a 32, da Constituição Interina de 2007) às “pessoas com *terceira espécie* de identidade de gênero, outra que não masculina ou feminina, e *diferente* orientação sexual”³³ (grifo nosso), e aos demais componentes do segmento LGBTI, ao acentuar que, sendo *todos* cidadãos do Nepal e pessoas naturais, devem usufruir, *sem* prejuízo da própria *identidade de gênero*, dos direitos estatuídos “pelas leis nacionais, pela Constituição e por instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos”³⁴ (NEPAL, 2016a, p. 262-286, NEPAL, 2016b; NEPAL, 2016c).

Em tal julgado, a Suprema Corte nepalesa concitou a Assembleia Nacional Constituinte a esculpir no elenco explícito de direitos fundamentais da nova Constituição a proibição não só da discriminação sexual, prevista no art. 13(2)(3), 20(1),

dos grupos, ou em face de presença de aspectos da genitália condizentes com os dois conceitos” (CUNHA, 2015, p. 29).

³³ Em 2 de abril de 2014, a Corte Superior da Austrália, em *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*, assegurou a Norrie May-Welby (nascido com o sexo biológico masculino, realizara a cirurgia de redesignação de gênero) a alteração do seu registro civil, para nele constar como de sexo “não específico”. Declarou-se a potestade da Agência de Registros de Nascimentos, Óbitos e Matrimônios do Estado de Nova Gales do Sul de assim proceder, salientando-se que nem todos os seres humanos podem ser classificados como pertencentes ao sexo masculino ou feminino, bem como que a seção 32D da Lei de Registros de Nascimentos, Óbitos e Matrimônios de 1995 permite àquele que sofreu tal procedimento cirúrgico não se vincular ao sexo masculino nem ao feminino e manter o *status* de sexo indeterminado, porquanto tal diploma legislativo não exige a opção entre ambos os sexos (§§ 1.º a 3.º e 36 a 48). Reiterou o seu entendimento consignado em *AB v. Western Australia* (§ 23), de 6 de outubro de 2011: há circunstâncias nas quais o sexo e as características de gênero não são, inequivocadamente, masculinas ou femininas, motivo porque podem ser ambíguas (AUSTRÁLIA, 2016a; AUSTRÁLIA, 2016b; AUSTRÁLIA, 2016c).

³⁴ Tradução livre nossa para o português brasileiro da tradução oficial em língua inglesa.

34(4) e 142(4) e dos itens 7.1.1 e 7.6.1 do Anexo 4 da Constituição Interina, como também das discriminações quanto à *identidade de gênero* e à *orientação sexual* (NEPAL, 2016a, p. 262-286; NEPAL, 2016c).

A despeito da Constituição nepalesa de 2015 estar *aquém* do proposto pela Suprema Corte do Nepal, por *não* encerrar cláusula *expressa* a interditar a discriminação relacionada à *orientação sexual*, alberga normas (1) que proíbem, com clareza solar, a discriminação relativamente à *identidade de gênero* e, por outro lado, (2) que promovem, de forma manifesta, a *igualdade de gênero* (ainda que o foco seja os direitos das mulheres, e não das minorias sexuais e de gênero em geral, cuida-se de evolução, comparada com a predecessora Constituição Interina de 2007).

De fato, além dos indicados arts. 12, 18(3) e 42, cabe citar, nessa matéria, o preâmbulo, o art. 18(4)(5), o art. 19(1), o art. 38(1), o art. 50(1) e o art. 252(6)(a) da atual Carga Magna nepalesa (NEPAL, 2016b):

1. O § 5.º do preâmbulo, ao preconizar a proteção e a promoção da solidariedade de cunho social e cultural, da tolerância e da harmonia e da unidade na diversidade, por meio do reconhecimento das características multiétnicas, multireligiosas, multiculturais e da diversidade regional, estabelece o propósito de se construir uma sociedade igualitária, ancorada nos princípios da inclusão proporcional e da participação, com o fim de propiciar igualdade econômica, prosperidade e justiça social, mediante a eliminação da discriminação estribada em classes, castas, regiões, idioma, religião, *gênero* e nas formas de intocabilidade derivadas do sistema de castas.

2. O art. 18(4) veda a *discriminação de gênero* no que concerne à remuneração e aos benefícios da seguridade social atinentes àqueles que exercem a mesma atividade laboral, ao passo que o art. 18(5) preceitua a *igualdade de gênero* dos descendentes, quanto ao direito de propriedade dos bens herdados dos seus ancestrais.

3. O art. 19(1), entre outras vedações, proíbe que os meios de comunicação façam apologia da *discriminação de gênero*.

4. O art. 38(1) garante às mulheres a *isonomia de gênero* no tocante ao direito de linhagem.

5. O art. 50(1) encastoa, entre os princípios reitores do Estado, o fomento à *igualdade de gênero*.

6. O art. 252(6)(a) enumera, entre as qualificações do cargo de Presidente ou membro da Comissão Nacional das Mulheres, haver dado contribuição de destaque, nos dez anos anteriores, aos direitos ou interesses das mulheres, à *justiça de gênero*, ao desenvolvimento das mulheres ou aos direitos humanos e ao Direito.

5 Conclusão

Conquanto o alcance formal das decisões judiciais adotadas pela Suprema Corte da Índia, em *National Legal Services Authority v. Union of India and Others*, e pela Suprema Corte do Paquistão, em *Dr. Muhammad Aslam Khaki & Another v. Senior Superintendent of Police (Operation), Rawalpindi & Others*, haja se circunscrito a comunidades transgêneras tradicionais ou históricas do subcontinente indiano, os fundamentos jurídicos de tais provimentos jurisdicionais, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, aplicam-se, de forma plena, a *todos* os grupos cuja

vulnerabilidade decorra da sua *orientação sexual e/ou identidade de gênero*, raciocínio inspirado no enfoque ampliativo esposado pela Suprema Corte do Nepal em *Sunil Babu Pant and Others v. Nepal Government and Others* (a contemplar as minorias sexuais em geral) e, de modo menos explícito, ainda assim, significativo, pela Constituição nepalesa de 2015.

Do exame conjunto das orientações jurisprudenciais sedimentadas nas referidas decisões judiciais, pelas Supremas Cortes da Índia, do Paquistão e do Nepal, conjugado, igualmente, com a análise da Constituição do Nepal de 2015 a respeito da matéria, depreendem-se estas conclusões (aplicáveis à contextura brasileira):

(a) A proibição constitucional à discriminação sexual (prevista no art. 3.º, inciso IV, da Constituição brasileira de 1988) importa a interdição não só à discriminação quanto ao sexo biológico, mas também, e sobretudo, no tocante à *identidade de gênero* e à *orientação sexual*.

(b) Como ressonância dos direitos fundamentais à identidade de gênero e à orientação sexual, assiste aos integrantes das *minorias sexuais e de gênero* (grupos minoritários, sob o ângulo da orientação sexual e da identidade de gênero) a faculdade de se identificarem como homens, mulheres, pessoas do terceiro gênero ou pessoas sem gênero determinado, *independente* quer de intervenção cirúrgica, quer de congruência do seu psiquismo com os caracteres biológicos de nascimento (genótipo e fenótipo), em atos de cunho público e privado, inclusive em documentos de identificação pessoal, registros, formulários, bancos de dados e cadastros (*exempli gratia*, passaportes, registros civis de nascimento de pessoas naturais, prontuários médicos e assentamentos funcionais).

(c) À vista da interface entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia (em que se agasalham a igualdade jurídica de todos os seres humanos, em direitos e deveres, e a promoção da igualdade de oportunidades), da justiça social, da fraternidade e da solidariedade, a *acessibilidade* a espaços (estatais e não estatais) abertos ao público deve ser *adaptada* ao acolhimento de minorias sexuais e de gênero (*verbi gratia*, usuários de serviços públicos, agentes públicos, trabalhadores em geral, consumidores e fornecedores de serviços e produtos), mormente das pessoas naturais que não se reconhecem como homens tampouco como mulheres ou, por outros motivos, não se enquadram em tais modelos comportamentais binários, conjuntura ilustrada pela necessidade de banheiros privativos para indivíduos transgêneros.

(d) Com fulcro em tais normas principiológicas, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal devem distender as políticas públicas de cotas que já adotam (e que venham a adotar) à parcela das minorias que se encontra, em consequência da sua identidade de gênero e/ou orientação sexual, em *estado de vulnerabilidade socioeconômica*, a qual faz jus a ações do Poder Público de inclusão social nos campos da saúde, da assistência social e da educação, bem como no que se refere ao acesso a oportunidades de trabalho nos setores público e privado, além de atividades estatais preventivas e repressivas de condutas de assédio moral e sexual e de violência de gênero em ambiências públicas e privadas, incluindo-se a intimidade familiar, a seara laboral, as instituições educacionais, as unidades de saúde e a Administração Pública (a exemplo do Sistema Único de Saúde, do Sistema de Segurança Pública, da Administração Penitenciária e das Forças Armadas). A

ampliação da *igualdade de gênero* no Poder Legislativo e em órgãos colegiados de formulação de políticas públicas do Poder Executivo implica a destinação de cotas a representantes não só de mulheres em geral, como também dos grupos de minorias sexuais e de gênero (tais quais, lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais).

Referências

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Gender Dysphoria*. Disponível em: <<http://www.dsm5.org/documents/gender%20dysphoria%20fact%20sheet.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 28, n. 111, p. 18-37, jul.-set. 2003.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais — DSM V*. Tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento, Paulo Henrique Machado, Regina Machado Garcez, Régis Pizzato e Sandra Maria Mallmann da Rosa. Revisão técnica de Aristides Volpato Cordioli, Christian Kieling, Cristiano Tschiedel Belém da Silva, Ives Cavalcante Passos e Mário Trenago Barcellos. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

AUSTRÁLIA. *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1995*. As at 4 May 2016 - Act 62 of 1995. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/bdamra1995383/>. Acesso em: 9 dez. 2016a.

_____. High Court of Australia. *AB v Western Australia [2011] HCA 42*. AH v Western Australia. 244 CLR 390; 84 ALJR 1233. 6 Oct 2011. Case Number: P15/2011 P16/2011. Before French CJ, Gummow, Hayne, Kiefel, Bell JJ. Disponível em: <<http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2011/HCA/42>>. Acesso em: 9 dez. 2016b.

_____. High Court of Australia. *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie [2014] HCA 11*. 250 CLR 490; 88 ALJR 506; 306 ALR 585. 2 Apr 2014. Case Number: S273/2013. Before French CJ, Hayne, Kiefel, Bell, Keane JJ. Disponível em: <http://www.hcourt.gov.au/cases/case_s273-2013>. Acesso em: 9 dez. 2016c.

CHETTIAR, Anitha. Problems Faced by Hijras (Male to Female Transgenders) in Mumbai with Reference to Their Health and Harassment by the Police. *International Journal of Social Science and Humanity (IJSSH)*, v. 5, n. 9, p. 752-759, Sep 2015. Disponível em: <<http://www.ijssh.org/papers/551-W10007.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

COSTA, José Maria da. Óptica ou Ótica? *Gramatigalhas*, 30 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Gramatigalhas/10,MI199982,91041-Optica+ou+Otica>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DELAMARE, Garnier. *Dicionário Andrei de Termos da Medicina*. 2. ed. São Paulo: Andrei, 2002.

DINIZ, Máira Coraci. *Direito à não discriminação: travestilidade e transexualidade*. São Paulo: Estúdio, 2014. (Coleção para Entender Direito)

GARCIA, Marcos Roberto Vieira; MIRANDA, Silvana Guerra Prudente; BARBOSA, Sandra Carvalho; VICENTE, Cléber Eduardo; PEREIRA, Rodrigo Tadeu; ANTÔNIO, Alessandra Mara Andrioli; OLIVIERA, Mônica de; BOA SORTE, Beatriz de Deus. "De sapos e princesas": a construção de uma identidade trans em um clube para *crossdressers*. *Sexualidad, Salud y Sociedad. Revista Latinoamericana*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 4, p. 80-104, jan.-abr. 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/viewFile/144/383>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e direitos humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

HANCHINAMANI, Bina B. Human Rights Abuses of Dalits in India. *Human Rights Brief*, Washington, D.C., v. 8, n. 2, p. 15, 18-19, 29, Winter 2001. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1486&context=hrbrie>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

ÍNDIA. *Constitution of India (1949)*. Disponível em: <<http://indiacode.nic.in/coiweb/welcome.html>>. Acesso em: 5 nov. 2016a.

_____. Former Judges: *Hon'ble Mr. Justice K.S. Panicker Radhakrishnan*. Disponível em: <http://supremecourtfindia.nic.in/judges/bio/145_ksradhakrishnan.htm>. Acesso em: 5 nov. 2016b.

_____. Sitting Hon'ble Judges: *Hon'ble Mr. Justice Arjan Kumar Sikri*. Disponível em: <<http://supremecourtfindia.nic.in/judges/sjud/aksikri.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2016c.

_____. Supreme Court of India. Civil original jurisdiction. *National Legal Services Authority v. Union of India and Others*. Writ Petition (Civil) No. 400 of 2012 with Writ Petition (Civil) No. 604 of 2013. Disponível em: <<http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=41411>>. Acesso em: 5 nov. 2016d.

_____. Supreme Court of India. *National Legal Services Authority v. Union of India (SC)*: 2016(3) R.C.R. (Criminal) 653: 2016(3) R.C.R.(Civil) 777: 2016(4) Recent Apex Judgments (R.A.J.) 395: 2016(3) Law Herald (SC) 2061. Before: A.K. Sikri and N.V. Ramana, JJ. Interlocutory Application No. 4 of 2014 in Writ Petition (Civil) No. 400 of 2012. D/d. 30.6.2016. National Legal Services Authority - Petitioner Versus Union of India & Ors. – Respondents. Disponível em: <<http://lawfinderlive.com/Judgement.aspx?q=6%5D2016&p=6&pos=11&qType=7>>. Acesso em: 5 nov. 2016e.

KANG, Akhil; KRISHNA DAS, Dipankar. Indian *Hijras* Lost in Space — Lack of Voice in Mainstream LGBT and Queer Movement. *NLUJ Law Review*, Jodhpur, v. 3, n. 1, p. 65-78, 2015. Disponível em: <http://www.nlujodhpur.ac.in/nluj_law_review.php>. Acesso em: 8 nov. 2016.

MAJID, Abdul. Future of Untouchables in India: A Case Study of Dalit. *South Asian Studies: a research journal of South Asian studies, Lahore*, v. 27, n. 1, p. 263-285, jan.-jun. 2012. Disponível em: <http://pu.edu.pk/images/journal/csas/PDF/17.%20Mr.%20Abdul%20Majid_January-June%202012.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2016.

NEPAL. Supreme Court Division Bench. Hon'ble Justice Mr. Balram K.C. Hon'ble Justice Mr. Pawan Kumar Ojha. Order. Writ No. 917 of the year 2064 BS (2007 AD). Translated into English by Mr. Yadav Pokharel and reviewed by Mr. Shree Prasad Pandit. *NJA Law Journal*, Kathmandu, v. 2, n. 1, p. 262-286, Jan.-Dec. 2008. Disponível em: <http://njanepal.org.np/index.php?option=com_rokdownloads&view=folder&Itemid=157>. Acesso em: 8 nov. 2016a.

_____. *The Constitution of Nepal*. Date of Publication in Nepal Gazette: 20 September 2015 (2072.6.3). Disponível em: <http://www.nepalembassy-germany.com/pdfs/Constitution_full_english.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016b.

_____. *The Interim Constitution of Nepal 2063 (2007)*. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/np/np006en.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016c.

PAQUISTÃO. Supreme Court of Pakistan (Appellate Jurisdiction). Constitutional Petition No. 43/2009. Date of hearing: 04.11.2009, 20.11.2009 and 23.12.2009. *Dr. Muhammad Aslam Khaki & Another v. Senior Superintendant of Police (Operation), Rawalpindi & Others*. Disponível em: <<http://www.icj.org/sogicasebook/khaki-v-rawalpindi-supreme-court-of-pakistan-12-december-2009/>>. Acesso em: 21 nov. 2016a.

_____. Supreme Court of Pakistan (Original Jurisdiction). Constitutional Petition No. 43/2009. Date of hearing: 22.3.2011. *Dr. Muhammad Aslam Khaki & Another v. Senior Superintendant of Police (Operation), Rawalpindi & Others*. Disponível em:

<http://www.supremecourt.gov.pk/web/user_files/file/const.p_43_of_2009.pdf>.
Acesso em: 21 nov. 2016b.

REINO UNIDO. *Country Information and Guidance. Pakistan: Sexual orientation and gender identity. Version 2.0.* April 2016. London: Home Office, 2016. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/517270/CIG_Pakistan_SOGI_2016_04.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de; GURGEL, Yara Maria Pereira. Caminhando entre a (in)visibilidade: uma análise jurídica sobre o Projeto de Lei n. 5.012/2013 — Lei de Identidade de Gênero. *Revista Direito e Liberdade (RDL)*, Natal, v. 16, n. 1, p. 65-85, jan.-abr. 2014. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade>. Acesso em: 8 dez. 2016.

SAHU, Manjeet Kumar. Case Comment on National Legal Services Authority v. Union of India & Others (AIR 2014 SC 1863): A Ray of Hope for the LGBT Community. *BRICS Law Journal*, Tyumen, v. 3, n. 2, p. 164-175, jul.-dec. 2016. Disponível em: <<http://www.bricslawjournal.com/>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

SANCHES, Patrícia. A pessoa transgênera e a promoção do direito à identidade de gênero no nome e no sexo civil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. Cap. 4, p. 271-279.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tutela jurídica de travestis e transexuais que não se submetaram à cirurgia de transgenitalização. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. Cap. 4, p. 280-306.

VEIGA JÚNIOR, Hélio. *O direito de pertencer a si mesmo: a despatologização do transexualismo e sua regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VENCATO, Anna Paula. Entre “reais” e “virtuais”: noções sobre risco e verdade em um clube brasileiro para *crossdressers*. *Cadernos Pagu*, Campinas, v. 22, n. 44, p. 367-390, jan.-jun. 2015. Dossiê: percursos digitais: corpos, desejos, visibilidades. Disponível em: <<http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/issue/archive>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

WIKIPEDIA. *Iftikhar Muhammad Chaudhry*. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Iftikhar_Muhammad_Chaudhry>. Acesso em: 15 dez. 2016.

Análise do permissivo de aborto decidido no HC 124.306 do STF

*Analysis of permissive abortion decided in the HC 124.306 of the Supreme
Brazilian Court*

Ulisses de Oliveira Simões

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho/RJ – UGF e em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia/MG - UFU. Advogado Público efetivo da Procuradoria-Geral do Município de Patrocínio/MG. Professor de Direito Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente no Centro Universitário de Patos de Minas/MG – UNIPAM.

E-mail: ulisses@unipam.edu.br

Resumo: As discussões sobre a ampliação das hipóteses legais de aborto geraram duas importantes decisões recentes no Supremo Tribunal Federal. A última delas, decidida no final de 2016 no HC 124.306, fixou o entendimento de que o aborto realizado no primeiro trimestre da gestação não é considerado crime, concedendo a liberdade para o médico e a gestante acusados do delito. Foram alegados como argumentos os direitos e as garantias fundamentais das mulheres, respeitando, principalmente, a sua autonomia. O avanço do debate sobre eventual descriminalização do delito de aborto e os seus argumentos mais atuais são os temas da análise dessa decisão, tratados neste artigo.

Palavras-chave: Aborto. Permissivo. Direitos Fundamentais. Descriminalização.

Abstract: The discussions on expanding the legal hypotheses of abortion have generated two important recent decisions in the Brazilian Federal Supreme Court. The last one, decided at the end of 2016 in HC 124.306, established the understanding that the abortion performed in the first trimester of gestation is not considered a crime, granting freedom to the doctor and the pregnant woman accused of the crime. The basic rights and guarantees of women were argued as arguments, respecting mainly their autonomy. The advancement of the debate on the eventual decriminalization of the crime of abortion and its most current arguments are the themes of the analysis of this decision, discussed in this article.

Keywords: Abortion. Permissive. Fundamental Rights. Decriminalization.

1 Introdução

O aborto, enquanto interrupção da vida intrauterina, traz consequências de ordem moral, física e psíquica à mãe que por ele opta. Não só, a sociedade e o ordenamento jurídico também são atingidos, uma vez que a conduta ainda está tipificada em nosso Código Penal.

A própria Constituição Federal garante a proteção integral da vida humana, mesmo que não de forma absoluta (legítima defesa, estado de necessidade, permissivos legais do aborto, pena de morte em determinados crimes de guerra). A proteção da vida vem de antes do nascimento, ainda durante a gestação.

Não parece temerário afirmar que o processo abortivo, por si só, já é algo terrível que deveria ser evitado. Porém, não parece possível também se cegar diante a realidade dos mais de 500.000 abortos realizados durante o ano de 2015, segundo estudo desenvolvido pela UnB.

O debate sobre a descriminalização dessa conduta não é novo. Ao longo de décadas, decisões geraram precedentes e, inclusive, permissivos legais. Discussão recente é a do HC 124.306 de origem do Rio de Janeiro, votado pela 1ª Turma do STF no dia 29 de novembro de 2016, sob presidência do Ministro Luís Roberto Barroso.

O ministro considerou que a criminalização do aborto no 1º trimestre da gestação violaria vários direitos fundamentais das mulheres, além do princípio da proporcionalidade. Entre os direitos atingidos, destacam-se a autonomia, a integridade física e psíquica, a igualdade de gênero e os direitos sexuais e reprodutivos. Assim sendo, o colegiado deferiu HC para afastar a prisão preventiva do médico e de outros réus envolvidos no caso.

É o que se pretende discutir no presente trabalho, apresentando, ao final, considerações acerca os argumentos constitucionais elencados para se permitir o aborto em uma hipótese ainda não prevista como exclusão do crime no Código Penal. Utilizar-se-á, para tanto, a metodologia teórico-descritiva, com revisão bibliográfica e análise legal e jurisprudencial.

2 Permissivos legais do aborto

Por razões de política criminal, convencionou o legislador em apenar mais brandamente o aborto do que o crime de homicídio. Não por entender que aquela vida vale menos do que a outra, mas por considerar o ser humano após o nascimento como um “ser social” que foi retirado do convívio da sociedade. O feto ainda detém a sua proteção vital intrauterina, sendo punida a tentativa e a consumação de sua expulsão.

Porém, há hipóteses em que a lei penal autoriza o cometimento do aborto, assim elencados no Código Penal Brasileiro:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Ou seja, é permitido o *aborto terapêutico*, com vistas a salvar a vida da gestante, e o *aborto sentimental*, quando a gravidez é decorrente de uma situação de estupro. Essas hipóteses são bastante conhecidas, inclusive pela população em geral que não necessariamente atue na área do Direito, tamanha é a sua repercussão social.

Deve-se atentar ao fato de que, na primeira hipótese, o aborto como meio para salvar a vida da gestante pode ocorrer em dois momentos: *terapêutico*, quando o risco de morte da gestante é atual, e *profilático*, quando se age de maneira preventiva e o risco de morte da gestante é iminente. Nesses casos, o consentimento da gestante não é

relevante, desde que o médico haja em estrito cumprimento do dever legal, no sentido de salvar a sua vida.

Já na segunda hipótese, é necessário o consentimento da gestante, uma vez que o aborto sentimental também é conhecido como *humanitário* ou *ético*, e tem por consectário não obrigar a mulher vítima de um crime de estupro a gerar o fruto dessa terrível violência, cujas lembranças seriam permanentes.

Essa segunda hipótese aparenta ser aquela que rascunhou decisões atuais, no sentido de se respeitar a autonomia da gestante e a sua integridade física e psíquica, como se verá a seguir.

De todo modo, os atuais permissivos são os únicos legalmente previstos no nosso ordenamento jurídico, como hipóteses de exclusão do delito de aborto.

3 Decisões de tribunais superiores estendendo as hipóteses legais de aborto

3.1 Aborto de feto anencefálico (ADPF 54)

Apesar de figurar no Código Penal apenas duas hipóteses de abortos permitidos – necessário e sentimental – há uma terceira hipótese, não prevista em lei, mas de amplo reconhecimento jurisprudencial e também pela sociedade: o aborto de feto anencefálico.

O feto anencefálico caracteriza-se pela ausência do encéfalo e da calota craniana, devido à malformação do tubo neural. Inexistente a atividade cerebral, a medicina considera a anencefalia como uma absoluta impossibilidade de vida do recém-nascido.

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) pelo Supremo Tribunal Federal pacificou a questão ao decidir “não constituir crime de aborto a interrupção da gestação em tais casos”.

Para o Ministro Marco Aurélio Mello (BRASIL, 2012, p. 17), “o anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos”.

Ainda, segundo Mello (BRASIL, 2012, p. 23), “aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. (...) Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida”.

Considerando os aspectos éticos e humanitários, Mello (BRASIL, 2012) pontuou, ainda, diversas questões que servem como basilares para a análise posterior. São elas:

o sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencefalo. (...) Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencefalo, no mais das vezes, reinam

sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito. (p. 33)

Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para por fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. (p. 36)

Vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. Ao Estado não é dado intrometer-se. (p. 35)

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. (...) somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. (p. 38)

Portanto, da análise do voto, extrai-se que não existe a possibilidade de o feto anencefálico se tornar uma pessoa humana. Assim sendo, não surge justificativa para a reprimenda penal. Com maior razão, quando essa reprimenda confronta com direitos fundamentais da mulher, devendo a conduta ser considerada atípica.

3.2 Aborto até o terceiro mês de gestação (HC 124.306)

Já no ano de 2016, a comunidade jurídica e a sociedade foram surpreendidas com mais uma hipótese de permissão para o aborto, decidida pela Suprema Corte.

A 1ª Turma do STF, com voto do presidente Ministro Luís Roberto Barroso, decidiu que a criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação violaria direitos fundamentais das mulheres, entre eles: a autonomia, a integridade física e psíquica, a igualdade de gênero e os direitos sexuais e reprodutivos; além de ferir o princípio da proporcionalidade.

Assim, com o deferimento do *habeas corpus*, aquela turma afastou a prisão preventiva dos réus envolvidos no caso. Segundo Barroso (BRASIL, 2016, p. 1-2),

a criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de

fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

É de se ressaltar que, no presente voto, considerou-se também o impacto da criminalização do aborto sobre as mulheres pobres, já que o tratamento criminal conferido pela lei brasileira, para Barroso (BRASIL, 2016, p. 2) “impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis”. Assim sendo, multiplicam-se os casos de automutilação, de lesões graves e de óbitos.

Essa ideia já vem sendo discutida no âmbito da Bioética e do direito comparado. Verifica-se que diversos países democráticos e desenvolvidos não consideram a interrupção da gravidez durante o primeiro trimestre como aborto, como EUA, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

Considerou, ainda, Barroso (BRASIL, 2016, p. 2) que a tipificação penal viola o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam, quais sejam:

- (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro;
- (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas;
- (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

O confronto com o princípio da autonomia parece evidente, uma vez que é dada à mulher a liberdade de se fazer aquilo que a lei não proíba. A difícil decisão de ter ou não um filho compete a ela, não devendo o Estado intervir.

De igual forma, a integridade física e a psíquica da mulher também são violadas. São claramente perceptíveis as mudanças de caráter físico e psicológico que a mulher pode sofrer, gerando uma gravidez não desejada.

Na seara dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, de aspectos bioéticos, também restam violados ao se criminalizar o aborto, uma vez que deve ser dada a autonomia de quando e se a mulher deseja ter filhos. Durante séculos, essa decisão foi dada aos homens, e o machismo proveniente disso deve ser rechaçado.

No mesmo sentido, esbarra-se na igualdade de gênero. O aborto tem sido reconhecido como crime, uma vez que são as mulheres que engravidam. Se biologicamente fosse possível aos homens engravidarem, muito provavelmente essa conduta já teria sido descriminalizada.

Por último, o impacto social é evidente, uma vez que as grandes vítimas de abortos clandestinos são as mulheres pobres, que não detêm condições de procurar

clínicas especializadas que, apesar de agirem na clandestinidade, ainda possuem um aparato abortivo comparado à estrutura de grandes hospitais. A criminalização retira da mulher a chance de ter um procedimento seguro.

Quanto à proporcionalidade, o Código Penal mantém, desde 1940, mesmo com inúmeras atualizações posteriores, a mesma redação nos crimes de aborto (arts. 124 a 128). Essa defasagem legislativa em relação a valores atuais foi externada na decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos.

Nesse sentido, demonstra a necessidade de que a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez necessita ser revista proporcionalmente à Constituição de 1988. Nesse sentido, para Barroso (BRASIL, 2016, p. 12), a tipificação penal do crime de aborto só estaria justificada se:

- (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

Todavia, por mais convincentes que sejam os argumentos ministeriais, não é dada, ao Poder Judiciário, a prerrogativa de se criar um novo permissivo legal para um crime tão complexo e polêmico. A questão deve ser debatida no Congresso Nacional, a quem é dada a prerrogativa de legislar sobre matéria Penal.

3 Conclusão

Trata-se, obviamente, de tema polêmico sobre o qual as opiniões, na maioria das vezes, são estritamente pessoais, seguindo valores éticos, religiosos, sociais e jurídicos de cada um, que devem ser respeitados. Porém, buscou-se, nesta análise, um viés jurídico, no sentido de se confrontar a tipificação penal com a realidade contemporânea.

Perdeu-se, quando da decisão da ADPF 54, a possibilidade de se incluir mais um inciso (III) ao art. 128 de exclusão do crime de aborto, cuja redação se sugere: “se constatada por laudo médico a anencefalia do feto e a impossibilidade total de vinda extrauterina, precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de sua representante legal” (p. 14); lembrando que o *caput* do artigo determina que seja o procedimento realizado por médico.

Difícilmente o Congresso Nacional estaria apto ou disposto a incluir mais um permissivo ao crime de aborto, tamanha é a discussão e até mesmo o conservadorismo envolvendo o tema. Essa “terceira” hipótese de aborto de fetos anencefálicos, amplamente aplicada pelos tribunais, ainda não foi reconhecida pelo Poder Legislativo. Quanto menos a “quarta” hipótese ventilada pelo HC 124.306 de aborto durante o primeiro trimestre de gestação.

O aborto é sim um procedimento terrível, que dificilmente alguém levantará uma bandeira incentivando a fazê-lo. Não é possível imaginar o que se passa pela

mente da mulher até ela tomar essa pesadíssima decisão. Mais ainda, as consequências depois. Por isso, a ela deve ser dado esse poder de escolha.

Da mesma forma, o Direito Penal protege a vida, e o aborto ainda continua sendo crime, fora as exceções legais. Porém, o caráter punitivo da pena nunca funcionou como inibidor da prática, ou seja, o medo da sanção penal nunca foi “o” motivo para uma mulher decidir ou não abortar. Inclusive, pode ser o último pensamento que passa pela sua cabeça, quando pondera todas as questões antes dessa decisão. Isso, se passar.

Portanto, trata-se de uma norma penal inócua no sentido da efetividade. Quantos julgamentos pelo Tribunal do Júri já foram vistos do crime de aborto? Ou seja, não inibe a conduta e, pior ainda, por ser um crime ocorrido na clandestinidade, a ausência de regulação gera consequências ainda mais graves, como lesões e mortes também das gestantes.

O ideal previsto pela Constituição Federal é o de proteger toda e qualquer forma de vida. Da mesma forma, deve garantir outros direitos e garantias fundamentais, principalmente da mulher.

O desejado seria não existirem abortos. Assim como seria ideal que toda gravidez fosse planejada, que todos os métodos contraceptivos funcionassem, que todos tivessem condições de criar um filho e que todas que engravidassem quisessem, realmente, ter uma criança, e não apenas gerar e criar porque “aconteceu”. Todavia, não é o que se observa, e abortos sempre existiram e existirão. Além dos fetos, quantas mulheres ainda precisarão morrer em decorrência de procedimentos abortivos ilegais para que essa visão mude?

Em que pese a preguiça legislativa reinante em nosso Congresso Nacional, preocupados ordinariamente com outras questões, não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir quando começa efetivamente a vida, sendo que há discussões desse estágio temporal, inclusive, na medicina. Porém, a ele cabe o papel de pontuar a questão, para que seja decidida no âmbito legislativo a inclusão de mais esse permissivo, ou até mesmo a descriminalização total.

Conclui-se que, com os fundamentos apresentados, a decisão de abortar ou não ainda cabe à mulher, que é quem vai sofrer as consequências dessa dolorosa escolha pelo resto da vida.

Referências

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

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF*. Relator: Marco Aurélio. Publicado em 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Voto-Vista do Ministro Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus nº 124.306/RJ*. Relator: Marco Aurélio. Publicado em 29/11/2016. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>.
Acesso em: 23 abr. 2017.

Rol taxativo do art. 1015 do Novo Código de Processo Civil e a efetividade processual

Taxative role of Art. 1015 of the New Code of Civil Procedure and the procedural effectiveness

Ana Luiza R. F. Moreira

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 1º/2016. Atualmente advogada no escritório “Arnaldo Lima & Barbosa Moreira – Advogados e Consultores”, atuante na área Cível. Aluna da Disciplina Isolada 1º/2017 “Direito Processual Civil Comparado”, do Programa de Pós-Graduação “Stricto-Sensu” da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com aulas ministradas pelo Professor Doutor Dierle Nunes.
E-mail: anarfigueiredo93@gmail.com

Mateus Carvalho Soeiro

Graduado pela Faculdade de Direito Milton Campos, 2º/2013. Atualmente Advogado do escritório Rolim, Viotti e Leite Campos Advogados. Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos tributários – IBET. Aluno da Disciplina Isolada 1º/2017 “Direito Processual Civil Comparado”, do Programa de Pós-Graduação “Stricto-Sensu” da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com aulas ministradas pelo Professor Doutor Dierle Nunes.
E-mail: mateusoeiro@gmail.com

Resumo: O Novo Código de Processo Civil (NCPC), em vigor desde março de 2016, trouxe consigo diversas alterações para o ordenamento processual civil. Perante as novas determinações propostas pelo NCPC, análise que se mostra pertinente é o estudo do rol taxativo do art. 1.015. Neste breve estudo, será demonstrado em que sentido e em que medida as alterações do recurso de Agravo de Instrumento constantes no novo diploma legal podem influenciar na marcha processual, cuidando, ainda, de trazer para o presente estudo críticas e soluções propostas por operadores do direito e, também, decisões dos Tribunais de 2ª instância, em relação à redação do art. 1.015, especificamente no que concerne ao rol *numerus clausus*. Por fim, serão apresentados exemplos de situações práticas, em que a supressão do recurso de Agravo de Instrumento se mostra como ataque frontal à garantia de duração razoável do processo, afetando, inclusive, seu resultado útil.

Palavras-chave: Processo Civil. Recursos. Agravo. Efetividade.

Abstract: The new Code of Civil Procedure (NCPC), in force since March 2016, brought with it several amendments to the civil procedural law. Given the new determinations proposed by the NCPC, an analysis that is relevant is the study of the taxative role of art. 1.015. In this brief study, it will be demonstrated in what sense and to what extent the changes in the appeal of the Instrument of Incurrence in the new legal instrument can influence the procedural progress, taking care to bring to the present study criticisms and solutions proposed by law operators and, also, decisions of the Courts of lower instance, regarding the writing of art. 1,015, specifically regarding the role *numerus clausus*. Finally, examples of practical situations will be presented, in which the suppression of the appeal of the Instrument of Appeal is shown as a frontal assault on the guarantee of a reasonable length of the process, affecting even its

useful result.

Keywords: Process Civil. Resources. Effectiveness.

1 Introdução

Em março de 2015, passou a vigorar no Brasil o Novo Código de Processo Civil (NCPC), revogando a Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

O novo Código é a primeira grande regulamentação brasileira sobre Processo Civil aprovada na constância de um período democrático, e as mudanças por ele geradas serão objeto de estudo nos próximos anos.

A nova legislação tem por objetivo dar maior celeridade e simplificar o processo judicial sem, contudo, torna-lo fonte de decisões arbitrárias, ininteligíveis e padronizadas. O que se pretende é maior efetividade na tutela de direitos, e não apenas maior efetividade numérica, a fim de dar vazão à excessiva litigiosidade atual, o que se verificou ser a realidade das reformas feitas no CPC de 1973.

Diversas foram as alterações trazidas pelo NCPC, que antes mesmo de entrar em vigor, sofreu novas alterações pela Lei nº 13.256 de 04 de fevereiro de 2016.

Durante o processo legislativo que culminou na promulgação da nova legislação processual, muitos foram os estudos e debates promovidos pela comunidade jurídica, haja vista a relevância do Código de Processo Civil para o Direito brasileiro e para a sociedade.

O Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que deu origem ao NCPC, viria a modificar sensivelmente a sistemática recursal, inserindo a possibilidade de arbitramento de honorários de sucumbência na esfera recursal, a consolidação dos poderes do relator, a unificação dos prazos recursais – à exceção dos Embargos de Declaração – a extinção dos Embargos Infringentes e do Agravo Retido, entre outras alterações.

Novidade relevante foi a alteração da sistemática do Agravo de Instrumento, que passou a contar com hipóteses para sua admissibilidade (art. 1.015), que resulta em uma volta ao sistema do Código de 1939, considerado por parte da doutrina um grave equívoco (CHUEIRI JUNIOR; CHUEIRI, 2016).

Apesar do intuito do legislador de promover alterações positivas na legislação processual, que fossem de encontro com o modelo constitucional de processo, preconizando as garantias fundamentais, percebe-se que a sua redação não abarca solução para todos os impasses processuais decorrentes de decisões interlocutórias, mormente as que tratem de questões urgentes.

Ocorre que a taxatividade das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, prevista no art. 1.015 do NCPC, vem sendo objeto de debates e críticas de grande parte da comunidade jurídica, apoiada em pesquisas, reflexões doutrinárias, reflexões práticas, que vem se posicionando, em considerável escala, pela retomada da cláusula geral permissiva do agravo. Assim, revela-se necessária, para a adequada compreensão do tema proposto, uma análise da nova redação dada ao recurso de Agravo de Instrumento, previsto no art. 1.015 do NCPC.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar em que sentido e

em que medida as alterações do art. 1.015 podem influenciar na marcha processual.

Para tanto, analisar-se-á a nova redação processual e seus resultados práticos, desde o início de vigência, com base em reflexões doutrinárias, aliado, ainda, com decisões proferidas pelos Tribunais a respeito da interposição de agravo em situações que não constam na sua redação.

2 Rol taxativo e o Novo Código de Processo Civil

De início, no que concernem às mudanças abarcadas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, cumpre salientar que, antes mesmo da sua entrada em vigor, já se debatia sobre as suas alterações e em que medida estas afetariam o judiciário e a advocacia como um todo.

No que diz respeito às alterações trazidas pelo NCPC, é necessário salientar que a nova redação de Processo Civil não pode ser tratada como solução para todos os óbices processuais. Nesse sentido, ensina o professor Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 38-41), ao afirmar que “não se crê que a nova legislação trará a resolução para todos os problemas de um sistema jurídico como o brasileiro”.

Entre as múltiplas alterações feitas pela redação do NCPC, recurso que sofreu grande modificação pela nova redação, foi o de Agravo de Instrumento.

O referido recurso na legislação revogada era utilizado conforme previsão do art. 522 do Código de Processo Civil de 1973, que previa que: “ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento”.

Assim, anteriormente, era possível a parte recorrer de todas as decisões através do manejo de agravo retido – regra – ou de instrumento – exceção – previsão que era excetuada conforme arts. 504 e 513 (BRASIL, 2016), apenas aos despachos, dos quais não era possível interposição de recurso e em relação às sentenças, em que o recurso cabível era a Apelação.

Assim, conforme explicita Eduardo Talamini (2016, s.p.),

o CPC/15 alterou a diretriz antes estabelecida, de recorribilidade ampla e imediata das interlocutórias na fase de conhecimento. Em princípio, se a parte pretende impugnar uma decisão interlocutória nessa fase, deverá aguardar a prolação da sentença, para então formular sua insurgência. Nesse sentido, em regra, as decisões interlocutórias são irrecorribéis de modo autônomo e imediato.

O novo diploma legal não contempla, em sua redação, a modalidade do Agravo Retido, como anteriormente exposto, e, por conseguinte, alterou o regime das preclusões, diferindo-o para momento posterior, já que agora as decisões que antes eram sujeitas a essa modalidade recursal – prevista no CPC/1973 – devem ser impugnadas em sede de preliminar no recurso de apelação ou em contrarrazões, nos termos do art. 1.009, §1º do NCPC (BRASIL, 2016).

Em relação ao Recurso de Agravo, a nova redação, artigo 1.015 do NCPC (BRASIL, 2016), prevê que:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III- rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV- incidente de desconconsideração da personalidade jurídica;

V- rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI- exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII- rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X- concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI- redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.¹

A opção do legislador foi utilizar-se do texto para elencar todas as hipóteses possíveis para manejo do Agravo de Instrumento, redigindo um rol taxativo para admissibilidade do recurso nos Tribunais.

Quanto à limitação imposta pelo NCPC, Theodoro Júnior (2016, p. 37-38) apresentou pertinente crítica, pela qual sustenta o seguinte entendimento:

cria-se um modelo nada coerente ao se restringir a recorribilidade das interlocutórias às hipóteses expressamente previstas, no procedimento comum, e permite uma recorribilidade ilimitada das interlocutórias via agravo em determinados procedimentos/fases.

(...) O anteprojeto e o Projeto de Lei do Senado 166/2010 viriam modificar sensivelmente a disciplina do recurso de agravo de instrumento, ao estabelecer hipóteses *numerus clausus* (taxativas). E a crítica a tal proposta, naquela época inicial de tramitação, vinha embasada nos dados colacionados em pesquisa empreendida pela UFMG e UFBA, subsidiada pelo Ministério da Justiça, intitulada: “Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC” A partir da pesquisa era possível depreender que a técnica legislativa casuística ou regulamentar, posta no anteprojeto e mantida no Senado não se adaptaria adequadamente à hipótese, sendo mais conveniente a manutenção da cláusula geral permissiva do agravo, eis que o modelo de rol casuístico de hipóteses de cabimento não abarcaria todas as situações que evitariam a futura anulação da sentença, criando retrabalhos procedimentais que contrariariam a própria premissa de máximo aproveitamento

¹ Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235291,81042-O+agravo+de+instrumento+e+o+rol+do+art+1015+do+novo+CPC+taxatividade>>. Acesso em: 25 jul. 2017,

processual do projeto.

Perceba-se que a crítica exposta vai além de uma mera suposição doutrinária, isso porque o entendimento do doutrinador está baseado em pesquisa de dados, que termina por endossar sua conclusão de que seria mais conveniente manter a cláusula geral permissiva do agravo.

Ainda no que diz respeito à taxatividade do art. 1.015, leciona Daniel Amorim Neves (2016, p. 1687) que,

num primeiro momento, duvido seriamente do acerto dessa limitação e das supostas vantagens geradas ao sistema processual. A decantada desculpa de que o agravo de instrumento é o recurso responsável pelo caos vivo na maioria dos nossos tribunais de segundo grau não deve ser levada a sério. Há tribunais que funcionam e outros não, e em todos eles se julgam agravo de instrumento. Como se pode seriamente considerar que em determinados Estados da Federação as partes interponham agravos de instrumento em número significativamente maior do que em outros, fica claro que referido recurso não é culpado pela morosidade dos tribunais de segundo grau. E ainda que assim fosse, não é possível sustentar-se o cerceamento do direito de defesa das partes com a justificativa de diminuir o trabalho dos tribunais e assim melhorar seu rendimento. Essa fórmula é flagrantemente violadora dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Os tribunais de segundo grau precisam melhorar sua performance, disso não há dúvida, mas não se pode admitir que isso ocorra às custas de direitos fundamentais das partes.

É possível perceber, em que pese as críticas que pairaram quando da redação do artigo, que o legislador não optou por levá-las em consideração, já que manteve seu rol *numerus clausulus*.

Embora redigido com o intuito de reduzir o número de recursos e permitir maior celeridade processual, cumprindo por fim a duração razoável do processo², garantido ainda a efetividade da prestação jurisdicional, o art. 1.015 do NCPC, em uma análise prévia, não atinge o objetivo pretendido.

Quanto ao aspecto prático da disposição legal, é possível perceber que a taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento pode

² Sobre duração razoável do processo, ensina o professor Ronaldo Brêtas: (...) O devido processo legal, a partir daí, sob interpretação lógico sistemática do texto constitucional, com o acréscimo do inciso LXVIII ao seu artigo 5º (ver também artigos 93, incisos IX e XIII, 133 e 134), se caracteriza como um bloco aglutinante e compacto de vários outros direitos e garantias fundamentais ostentados pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam: a) – direito de amplo acesso à jurisdição, prestada de forma eficiente, dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) – garantia do juízo constitucional; c) – garantia do contraditório paritário; d) – garantia da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito ao advogado ou ao defensor público (artigos 133 e 134); e) – garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal (artigo 93, incisos IX e X); f) – garantia de um processo sem dilações indevidas. (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 206-207.)

gerar efeito pernicioso ao andamento processual, em sentido contrário ao imaginado durante a tramitação do Projeto de Lei.

Como uma suposta alternativa para o embaraço causado pelo legislador, parte da doutrina tem sustentado a possibilidade da interpretação extensiva aos incisos do art. 1015 do NCP, mesmo ante a previsão *numerus clausus*.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier (2016, p. 549-550) leciona:

a opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, à luz do CPC de 1973, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa.

No mesmo sentido, ensina Daniel Amorim Neves (2016, p. 1688):

(...) a melhor doutrina vem defendendo uma interpretação ampliada das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, com utilização do raciocínio analógico para tornar recorrível por agravo de instrumento decisões interlocutórias que não estão expressamente no rol legal.

A ampliação do rol de hipóteses do Agravo de Instrumento, em que pese ser defendida por grande parte da doutrina como uma possível solução à taxatividade, pode culminar na insegurança jurídica, já que, se assim considerar, o advogado jamais saberá quando deverá interpor o recurso.

Portanto, é nítido que a nova redação adotada pelo Código de Processo Civil não se adapta a todas as hipóteses práticas, criando retrabalhos que vão contra o máximo aproveitamento processual, um dos objetivos precípuos do novo Código (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 38).

3 Rol taxativo e efetividade da prestação jurisdicional

Analisando o rol taxativo sob a ótica da efetividade da prestação jurisdicional, é possível identificar situações que evidenciam que a restrição das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento tem pouco a contribuir para o deslinde processual de forma mais célere ou eficaz. Fato é que, ao limitar as hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento, o objetivo do legislador era desafogar os tribunais, que supostamente tinha o referido recurso como uma das principais causas da morosidade da tramitação processual em segunda instância, nos termos como destacado por Daniel Amorim Neves (2016, p. 1691):

essa radical modificação do sistema, apesar de manter o cabimento do agravo de instrumento em situações essenciais, não deve ser aplaudida. O agravo de instrumento vem há muito tempo sendo apontado como o grande vilão da morosidade dos tribunais de segundo grau, que, abarrotados de agravo de instrumento, não conseguem julgá-los em tempo razoável, prejudicando também o

juízo das apelações, que, sem a preferência do julgamento que têm os agravos de instrumento demoram cada vez mais pra ser julgados.

A proposição de um rol taxativo para o recurso de Agravo de Instrumento confronta com as diretrizes (NUNES, 2012, p. 41) do projeto de lei que teve como resultado o NCPC. Segundo a exposição de motivos do projeto, sua elaboração se orientou precipuamente por cinco objetivos:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Isso porque a redução das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento culmina em “odiosas idas e vindas processuais, com ataque frontal à garantia constitucional da duração razoável do processo”, conforme sustenta Dierle Nunes (2014), indo em confronto com o objetivo de rendimento processual constante na exposição de motivos do Projeto de Lei do NCPC, afetando ainda o resultado útil do processo.

Com o modelo constitucional de processo, o que se busca é uma atenção que vai além de meras garantias processuais, já que estas devem ir de encontro com os princípios constitucionais. Nesse sentido, leciona Dierle Nunes (2012, p. 41):

procura-se uma estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado Democrático de Direito.

Conforme já dito anteriormente, por óbvio que o NCPC não iria trazer solução para todos os óbices processuais, mas o que não se esperava era a supressão de direitos do jurisdicionado, já que, além de todos os confrontos que a referida norma do art. 1.015 encontra, esta ainda vai contra a premissa participativa/cooperativa do projeto³.

Fato indiscutível é que o *numerus clausus* (taxatividade) da norma prejudica as partes, eis que, em muitas situações, faz-se necessária a contraposição à determinada decisão considerada prejudicial à parte e, inclusive, ao equilíbrio processual, todavia

³ Pontue-se, ainda, que tal mudança irá contra a premissa participativa/cooperativa do projeto que induz, entre seus efeitos, a responsabilização de todos os sujeitos processuais por suas escolhas e, nesses termos, a omissão da parte em se contrapor a uma decisão interlocutória que a prejudicasse, no momento próprio, seria passível de ser corrigida e/ou ressuscitada tempos após a prolação do provimento, na apelação, chancelando sua atecnia ou, mesmo, sua má-fé (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 39).

nada pode ser feito, por ausência de amparo legal.

Exemplos existem e a prática judicial os tem revelado em considerável quantidade, como será pontuado oportunamente.

É certo que o novo sistema recursal, quando não cabível a interposição do recurso de Agravo de Instrumento, difere a preclusão para momento posterior ao da decisão interlocutória, mais precisamente para a oportunidade da apresentação de Apelação ou Contrarrazões.

A referida solução deve ser entendida como parcialmente salutar, pois permitiu a extinção do Agravo Retiro e de seu procedimento próprio, que exigia a ratificação da interposição do recurso em sede de julgamento de Apelação, o que não raro era negligenciado pelas partes, resultando em prática de ato processual desnecessário, que apenas tinha como resultado o tumulto do processo e a ampliação do tempo de tramitação.

Ademais, como já ressaltado, transferiu-se a preclusão de determinadas matérias, consideradas de menor relevância processual e menor urgência, para o fim do processo, não sendo admissível a devolução de matérias desse jaez para o conhecimento e manifestação dos Tribunais.

Ocorre, no entanto, que a crítica à reforma da sistemática do Agravo de Instrumento reside no fato de serem extremamente limitadas as hipóteses de cabimento, ao passo que afasta-se a efetiva prestação jurisdicional em casos nos quais seria necessária a adoção de medidas urgentes.

4 Exemplos da necessária extensão do rol taxativo

Conforme anteriormente levantado, a prática processual aliada à doutrina tem permitido a promoção de diversos debates acerca da necessidade e possibilidade da interpretação extensiva do rol previsto no art. 1.015 do NCPC, sobretudo em busca da maior efetividade da prestação jurisdicional.

O primeiro debate que culminou no entendimento pela interpretação extensiva do rol do art. 1.015 trata do cabimento do recurso de Agravo de Instrumento em face da decisão de declínio de competência, utilizando-se do permissivo do inciso III do citado dispositivo, haja vista a previsão de cabimento em face da decisão que rejeita a alegação de cláusula de compromisso arbitral.

O entendimento favorável a essa tese funda-se na semelhança das situações, haja vista tratarem ambas as hipóteses de discussão de competência *lato sensu*. Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0000.16.083074-1/001⁴.

⁴ TJMG. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE VERSA SOBRE COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO INC. III DO ART. 1.015 DO NCPC . CONTRATO BANCÁRIO. CAUSA DE MENOR COMPLEXIDADE. JUSTIÇA COMUM OU JUIZADO ESPECIAL. OPÇÃO DO AUTOR. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO CASSADA. - Admite-se a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que versa sobre competência, mediante interpretação extensiva do inc. II do art. 1.015 do NCPC, pois se trata de situações semelhantes e, por isso, devem ser tratadas da mesma forma, em razão do princípio da igualdade. - É opção do autor

Outras são as hipóteses que possibilitam maior discussão acerca da necessidade de extensão do cabimento do recurso de Agravo de Instrumento. Como destacado por José Rogério Cruz e Tucci (2017), há matérias que não deveriam ter sua análise relegada para o momento da Apelação, sob pena de violação ao princípio da duração razoável do processo, cuja observância compete a todas as partes do processo.

Segundo o doutrinador, a inserção de mecanismos que prezem pela celeridade processual não pode acarretar prejuízo ao princípio do devido processo legal, razão pela qual advoga a tese de que

(...) é acertada a interposição de agravo de instrumento quando a matéria importar imediato exame, mesmo que não conste da enumeração tida como taxativa. Não se pode, com efeito, interpretar literalmente a aludida regra legal e deixar o procedimento fluir, depois de considerável tempo, para só então ser reexaminada, por exemplo, a arguição de ilegitimidade de parte ou de prescrição, ao ensejo do julgamento da apelação (TUCCI, 2017, s. p.).

Outro ponto que suscita amplo debate é a inexistência de previsão de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento em face da decisão em matéria probatória. Nesse ponto, há que se ressaltar que tanto o deferimento quanto o indeferimento de provas pode gerar grandes controvérsias no processo a ensejar a imediata análise pelo Tribunal.

Inicialmente, pode-se citar a hipótese de indeferimento da produção de determinada prova requerida, considerada por uma das partes como essencial para a comprovação do fato constitutivo do seu direito ou para o exercício da ampla defesa. Veja-se que a fase probatória é, sem dúvidas, momento crucial para a formação do convencimento do magistrado e, em regra, demanda considerável tempo da marcha processual. Eventual indeferimento de prova poderá acarretar o cerceamento de defesa do jurisdicionado e, conseqüentemente, a anulação da sentença a ser proferida, fazendo o processo regredir os estágios até então calcados para retomar a produção de prova anteriormente negada à parte, o que é inteiramente contrário aos princípios da celeridade e duração razoável do processo.

A segunda hipótese, entre muitas que poderiam ser levantadas apenas no tema concernente à produção de provas, resulta do indevido deferimento de prova pleiteada por uma das partes. Suponha-se que, intimadas para especificarem as provas que pretendem produzir, uma das partes o faz de forma intempestiva, portanto, após ter se operado a preclusão temporal sobre seu direito. O curso da marcha processual

ajuizar ação no Juizado Especial Estadual ou na Justiça Comum, conforme dispõe o artigo 3º, §3º da Lei 9.099/1995, ainda que se trate de causa de menor complexidade, não sendo admitida, por isso, o declínio de ofício da competência. - V.v.p.: Segundo a sistemática adotada pelo Novo Código de Processo Civil, o elenco de decisões suscetíveis de impugnação por agravo de instrumento é restritivo (artigo 1.015, do Código de Processo Civil de 2015). - A decisão que declina da competência não se amolda a nenhuma das hipóteses de cabimento desse recurso previstas no Novo Código de Processo Civil. (Des. Luiz Carlos Gomes da Mata) (TJMG - Agravo de Instrumento- Cv 1.0000.16.083074-1/001, Relator(a): Des.(a) Luiz Carlos Gomes da Mata , 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/06/2017, publicação da súmula em 23/06/2017).

acarretará a nulidade processual, em razão da evidente ilegalidade não observada pelo julgador de primeira instância, o que também resultará na cassação da sentença e no atraso na tramitação processual que deveria visar, antes de tudo, a decisão de mérito, e não decisões sobre o próprio processo.

Importante ressaltar que, durante a tramitação do Projeto de Lei no Congresso Nacional, a questão probatória, inicialmente não abarcada pela sistemática do Agravo de Instrumento, foi ganhando destaque e espaço no rol taxativo do art. 1.015, como exposto por Fernando Rubin (2016, p. 134):

aliás, se examinarmos o histórico do Projeto, desde o Senado Federal, vamos ver que a matéria probatória foi aos poucos sendo inserida nesse dispositivo que regula as hipóteses específicas em que cabe o recurso de Agravo de Instrumento: na primeira versão do Senado Federal, 166/2010, não existia nada a respeito; na versão final, 8046/2010, aparecia a previsão envolvendo “exibição de documento ou coisa”; no Relatório Barradas da Câmara Federal, além dessa primeira previsão, veio a segunda: “inverter o ônus de prova”; e, finalmente no Relatório Paulo Teixeira da Câmara Federal, são confirmadas as duas hipóteses mencionadas, sendo cogitada de uma terceira: “indeferimento de prova”.

No entanto, a redação final deixou de abarcar hipótese de cabimento relevante para a prática processual, qual seja a do indeferimento de prova, o que acarretará uma série de inconvenientes à prática processual e atentados aos princípios orientadores do NCPC, como os da celeridade e da duração razoável do processo.

Há doutrinadores que sustentam, nesses casos, como Fernando Rubin (2016, p. 611-625), a adoção de “medida mais enérgica e célere da defesa dos seus interesses”, afirmando, ainda, que “será o caso de se utilizar do Mandado de Segurança, medida excepcional que pode sim se converter em importante instrumento do procurador da parte para que se evite prejuízo a direito líquido e certo do seu constituinte”.

No entanto, reconhece que “corre-se o sério risco de ser resgatada a utilização em massa de mandados de segurança contra ordens arbitrárias do juízo de primeiro grau, o que seguramente trará mais demora na tramitação da causa” (RUBIN, 2016, p. 611-625), o que certamente implicará em prejuízo à efetividade da prestação jurisdicional.

Embora a adoção de medidas como a interposição de Mandado de Segurança ou, ainda, interpretação extensiva ao rol taxativo de cabimento de Agravo de Instrumento nitidamente amenize eventuais falhas do sistema resultantes da reforma processualista, não é ela a melhor solução para todas as hipóteses em que se afigura necessária a adoção de uma medida urgente. Isso porque o cabimento do recurso estaria exclusivamente atrelado ao subjetivismo do julgador, passando a ocupar posição diametralmente oposta àquela pretendida pelo legislador, a qual foi adota, em certa medida, justamente para coibir a carga de subjetivismo existente da sistemática processual do CPC/1973 (RUBIN, 2016, p. 611-625), que deixada ao critério do julgador a análise da existência ou não de urgência e perigo de dano.

5 Considerações finais

As alterações promovidas no sistema processual pelo Novo Código de Processo Civil, embora busquem conferir maior celeridade ao processo e sanar problemas históricos dos Tribunais, principalmente quanto ao excesso de demandas e recursos, podem, ao final, inviabilizar a execução das pretensões do legislador.

Precisamente quanto à reforma do sistema recursal, não há dúvidas que esta seja salutar à prática processual, haja vista as alterações que, entre outras, possibilitaram o arbitramento de honorários de sucumbência na esfera recursal, a consolidação dos poderes do relator, a unificação dos prazos recursais – à exceção dos Embargos de Declaração – a extinção dos Embargos Infringentes e do Agravo Retido, tornando mais eficiente a tramitação dos recursos. No entanto, conforme exposto no presente trabalho, não são todas as alterações promovidas no sistema processual que merecem louvores por parte da doutrina ou dos atores processuais, haja vista a implicação que estas podem ter na prática processual em confronto com os princípios orientadores da reforma processualista.

Nesse contexto, insere-se a alteração promovida no recurso de Agravo de Instrumento, que tem gerado diversas críticas por parte da academia, que enxerga na nova sistemática uma excessiva restrição à possibilidade de imediata rediscussão das decisões interlocutórias passíveis de gerar maiores prejuízos às partes, ainda que eminentemente processuais, além da possibilidade de desnecessária dilatação da marcha processual, caso se reconheçam nulidades processuais no momento do julgamento da Apelação.

Assim, é evidente a necessidade de maior aprofundamento do debate acerca do tema da extensão das hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento, sobretudo considerando-se que alterações no rol taxativo devem ser promovidas a fim de abarcar uma maior quantidade de hipóteses, visando ao alcance da promoção da maior celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, sob pena de tornar o processo meio para discussão de questões meramente processuais a despeito da discussão do mérito.

Referências

BRASIL, *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento nº 1.0000.16.083074-1/001*. Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª Câmara Cível. Julgamento em: 22 de jun. de 2017, publicação da súmula em 23 de jun. de 17. Inteiro teor disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.16.083074-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 25 jul. 2017.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Anotações sobre o Sistema

Recursal no Novo Código de Processo Civil. In: MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). *Novo CPC doutrina selecionada*. v.6: Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 405/421.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1. ed. (ano 2008), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012.

RUBIN, Fernando. Cabimento do Agravo de Instrumento em Matéria Probatória: Crítica ao Texto Final do Novo CPC (Lei nº13.105/2015, art. 1.015) in: MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). *Novo CPC doutrina selecionada*. v.6: Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais., , Salvador: JusPodivm, 2016, p. 611-625.

TALAMINI, Eduardo. *Agravo de instrumento: hipóteses de cabimento no CPC/15*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046-Agravo+de+instrumento+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016..

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. *Temas Essenciais do Novo CPC, Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro, de acordo com a Lei 13.256/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento. *Revista Conjur*, 18 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

Noções basilares acerca do controle administrativo, judicial e legislativo da Administração Pública

Basic notions about the administrative, judicial and legislative control of the Public Administration

Luciana Cecília Morato

Advogada e Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

E-mail: lucianaceciliamorato@hotmail.com

Resumo: O presente estudo objetiva introduzir noções basilares acerca do controle realizado na Administração Pública, seja ele feito através de si mesmo, pela função executiva (autocontrole), através da função judicial ou, ainda, pela função estatal legislativa, demonstrando as competências, as atribuições e as limitações de cada espécie de controle da Administração Pública. Para tal abordagem, os métodos de procedimento foram o bibliográfico e o jurisprudencial.

Palavras-chave: Controle Administrativo. Controle Judicial Controle Legislativo. Administração Pública.

Abstract: The present study aims to introduce basic notions about the control carried out in the Public Administration, be it done by itself, by the executive function (self-control), through the judicial function, or by the state legislative function, attributions and limitations of each type of control of the Public Administration. For this approach, was used the bibliographic and jurisprudential methods.

Keywords: Administrative Control. Judicial Control Legislative Control. Public Administration.

1 Introdução

A temática do presente estudo refere-se aos mecanismos de Controle da Administração Pública e objetiva introduzir noções basilares acerca do controle realizado na mesma, seja ele feito através de si mesmo, pela função executiva (autocontrole), através da função judicial ou, ainda, pela função estatal legislativa, demonstrando as competências, as atribuições e as limitações de cada espécie de controle da Administração Pública.

Para a consecução dessa investigação, iniciou-se o primeiro tópico com a explanação acerca da teoria da tripartição das funções estatais, erroneamente denominada pela grande comunidade jurídica e sociedade de “separação/tripartição de poderes”, a fim de que o leitor possa se situar em qual esfera de atuação estatal aquele método de controle da Administração Pública atua.

Posteriormente, a temática trabalhada, “Controle da Administração Pública”, foi dissecada considerando a seara estatal trabalhada, dessa maneira, foi feita explanação acerca do autocontrole, feito na esfera excetiva; explanação referente ao controle judicial, feito na esfera jurisdicional e, ainda, por último, exposição

concernente ao controle legislativo e à atuação na função estatal legislativa com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Tendo sido fixadas premissas basilares acerca da temática e estabilizados os conceitos, as competências, as atribuições e as limitações de cada mecanismo de controle, expõe-se, então, a conclusão.

2 Teoria da tripartição das funções estatais

Nada mais lógico do que capitanear o estudo da Administração Pública e seus mecanismos de controle iniciando a presente pesquisa com a explanação acerca da teoria da tripartição das funções estatais.

O primeiro ponto importante a ser ressaltado é quanto à própria nomenclatura que denomina as funções do Estado de “Poderes Estatais”, expressão esta erroneamente ensinada e convictamente afirmada nos cursos de bacharelado em Direito, por profissionais jurídicos, por telejornais, pela sociedade e, até mesmo, por brilhantes acadêmicos e estudiosos do Direito, profundamente arraigados na dogmática jurídica.

Dessa forma, respeitando a técnica da nomenclatura, trabalhar-se-á, nesta investigação, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário como funções estatais, e não como “Poderes” passíveis de desmembramento, trazendo à tona, para tanto, a gênese do surgimento dessa tripartição, quem seja Montesquieu, embasado na doutrina contratualista de John Locke.

O Estado deve ser entendido como ordem jurídica detentora de poder uno e indivisível, não comportando, dessa forma, a tripartição (*sic*) do poder, motivo pelo qual nomear as funções estatais de “poderes” sugere uma cisão que, em um Estado Democrático de Direito, subsiste impossível.

Nesse sentido, ao analisar a obra de Montesquieu, no original, discorre Ronaldo Brêtas (2015, p. 19-20):

realmente, ao se ler a obra de Montesquieu, que o vem imortalizando por séculos, publicada em 1748, depois de lhe consumir vinte anos de grande trabalho, percebe-se que aquele autor não concebeu uma teoria de separação absoluta ou rígida dos poderes do Estado, mas desenvolveu o pensamento de que as três espécies de poder fossem distribuídas de forma obediente ao princípio do equilíbrio, com o objetivo de ser garantir a liberdade individual. [...] Com esta finalidade, Montesquieu sugeriu uma distinção dos poderes do Estado, discorreu sobre a liberdade política do cidadão e estabeleceu as bases de um direito político, com esboço na distribuição dos poderes do Estado, mas sem falar em separação de poderes [...].

A utilização da nomenclatura de forma técnica, no que tange à tripartição das funções estatais, é de suma importância quando do estudo acerca do controle estatal jurisdicional, conforme explica Brêtas (2015, p. 22):

este ponto é fundamental para se combater a afirmativa muitas vezes divulgada de que juízes e tribunais integram o entendido Poder Judiciário e, quando exercem a

jurisdição, sob delegação do Estado, o fazem na qualidade de órgãos da sua soberania, como se o erroneamente nominado Poder Judiciário pudesse ser considerado um poder estanque do Estado e o exercício da atividade jurisdicional um dos privilégios da soberania em nome do povo, da comunidade política. E o exercício do poder pelo Estado é limitado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que integram seu ordenamento jurídico, legitimado e definido pelo intransigente respeito aos direitos e garantias fundamentais, uma das importantes marcas do Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, sendo o poder uno, soberano e indivisível – e ainda levando em consideração a Teoria dos Freios e Contrapesos – a observação exposta acerca da atecnia quanto à utilização da expressão “tripartição de poderes” ou, ainda, “separação de poderes”, ganha especial relevância, proficuamente, quando da análise do controle exercido pela função jurisdicional, partindo da premissa de que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são funções estatais hierarquicamente isonômicas, não havendo grau ou nível de poder a maior ou a menor para cada uma delas, sendo seu exercício limitado, de forma sistêmica, por todas as normas integrantes do ordenamento jurídico.

3 Controle da Administração

A Administração Pública, ao fim e ao cabo, atua visando à tutela dos interesses da coletividade e, de modo geral, do interesse público, mesmo que sejam esses conceitos jurídicos indeterminados/indetermináveis.

Dessa maneira, partindo da premissa de que a Administração Pública objetiva atender os anseios sociais diuturnamente volúveis, exsurge a necessidade de atender a essas postulações de maneira rápida, efetiva e eficaz, atribuindo, portanto, à legislação infra e constitucional, competências aos agentes públicos – que, conseqüentemente, impõem limites aos mesmos – a fim de que, ao povo, seja garantido o respeito aos seus direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, esse clamor por uma resposta célere e efetiva aos reclamantes da comunidade pela Administração, a dinamicidade, o exercício sem intermitência e a poderosa outorga de competências atribuídas à mesma abrem possibilidade de atuação fora do defeso em lei, não raramente, indo em contramão ao que entende-se como interesse coletivo ou público, praticando arbitrariedades advindas da discricionariedade administrativa.

Nesse sentido, Edimur Faria (2011, p. 201) explica os dois *main* princípios que fazem a Administração Pública nadar contra a correnteza da norma jurídica, afirmando que

o primeiro e mais frequente reside justamente no fato de o agente ter que agir com presteza e precisão, num campo complexo e dinâmico, envolvendo interesses os mais variados. Nesse mister, a Administração busca atender os reclames sociais, que são mutáveis, num processo ampliativo, requerendo sempre e sempre a presença estatal. É da Administração, enfim, o dever de garantir os direitos fundamentais, os individuais e os de caráter geral, também denominados difusos,

ou coletivos *stricto sensu*. Ante esse conflito de interesses, e a necessidade do pronto atuar e atender aos reclames, pode a Administração, como não é raro ocorrer, praticar atos em desconformidade com o Direito ferindo direitos alheios ou interesses sociais.

O outro motivo que leva a Administração a proceder fora do primado da lei prende-se ao fato de que o administrador, com certa frequência, deixa-se levar pelo poder, excedendo os limites de suas competências. Esse transbordamento, quando se verifica, configura, entre outros, o favorecimento, a corrupção e o descuido com o patrimônio público. Nessas hipóteses, o agente atua doando ou permitindo o uso de bem público ou de verbas públicas, segundo sua própria vontade e não a da lei, afastando dos princípios e procedimentos que regem a matéria.

Dessa maneira, visando coibir o exposto, para que sejam impostos limites à Administração Pública, o ordenamento utiliza de alguns instrumentos jurídicos para que se proceda à fiscalização da atuação da Administração, quais sejam: o controle administrativo (autocontrole), o controle judicial e o controle legislativo, a seguir explanados.

3.1 Controle administrativo (autocontrole)

O controle administrativo é o controle interno no âmbito da própria administração, podendo ser realizado por meio de provocação da parte interessada ou de ofício, em que, nesta última, é prescindível a manifestação do interessado, como nos casos de instauração de processo disciplinar para a apuração de falta praticada por funcionário público, decorrente de sua função.

Conceituando e traçando os objetivos dessa autofiscalização da Administração Pública, afirma Seabra Fagundes (1984, p. 87):

o controle administrativo é um autocontrole dentro da Administração. Tendo por objetivo os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o no interesse geral, e enseja a reparação a direitos ou interesses individuais, que possam ter sido renegados em consequência de erro ou omissão na aplicação da lei.

A Constituição Federal determina que haja o autocontrole em cada uma das funções estatais ao positivá-lo, no art. 74, que os (sic) Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno.

Nesse mesmo íterim, as Súmulas 367 e 473 do Supremo Tribunal Federal afirmam, respectivamente, acerca da autotutela, que “a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” e

a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Nesse mesmo sentido, acerca dos processos administrativos em tramitação na Administração Pública Federal, o art. 53 da Lei nº 9.784/99 regulamenta que “a administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Dessa maneira, concluindo acerca do controle administrativo, afirma Edimur Faria (2011, p. 203) que, “em síntese, pode-se afirmar que a Administração busca, como o controle de si mesma, resguardar-se a si própria, e corrigir os erros que porventura venha a cometer contra indivíduos ou interesses sociais”.

3.2 Controle judicial

O controle judicial impescinde sempre de manifestação do reclamante interessado, podendo ser promovido por meio de ações constitucionais e, ainda, passível de serem interpostas antes ou após a realização do ato administrativo.

Em face da adoção no Brasil do sistema de jurisdição una, extraído do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, o controle judicial é exercido a partir da função jurisdicional, em que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Acerca do controle judicial, afirma Alexandre Mazza (2014, p. 807) que

o controle judicial das atividades administrativas é realizado sempre mediante provocação, podendo ser prévio ou posterior. Como o Brasil adota o modelo inglês da jurisdição uma, e não o modelo francês do contencioso administrativo, todas as causas são decididas pelo Poder Judiciário, mesmo aquelas que envolvam interesse da Administração.

A Constituição Federal institui mecanismos de fiscalização e controle popular da própria Administração Pública pelo administrado, quem seja, o particular, de maneira solitária ou representado por um órgão/instituição/associação ao qual foi constitucionalmente outorgada competência para tanto.

Dessa maneira, entre várias outras, as mais importantes ações judiciais de controle da Administração Pública são:

1. Habeas corpus: a Constituição prevê, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII “conceder-se-á ‘habeas-corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”;
2. Habeas data: a Constituição prevê, em seu artigo 5º, inciso LXXII “conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”;
3. Mandado de segurança individual: a Constituição prevê, em seu artigo 5º, inciso LXIX, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito

- líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”¹;
4. Mandado de segurança coletivo: a Constituição prevê, em seu artigo 5º, inciso LXX, “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”²;
 5. Mandado de Injunção: a Constituição prevê, em seu artigo 5º, inciso LXXI, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”;
 6. Ação popular: a Constituição prevê, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”³;
 7. Ação civil pública: a Constituição, ao discorrer acerca das funções atribuídas ao Ministério Público, afirma, em seu art. 129, III, que “são funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”⁴.

Segundo Edimur Faria (2011, p. 214), “a Constituição vigente, além de ampliar os órgãos do Poder Judiciário, oferece ao cidadão, instrumentos novos, por meio dos quais se pode pretender o desfazimento de ato inquinado de vício”.

Esses novos instrumentos trazidos pela Constituição Federal, portanto, podem (devem) ser utilizados tanto pelo particular, em caso de lesão efetiva - ou ainda na hipótese de ameaça a direito ou a interesse do mesmo - como também por meio de órgão/instituição/associação ao qual foi constitucionalmente outorgada competência para tanto, a fim de que, embasados no interesse público e coletivo, sejam salvaguardados os direitos e as garantias fundamentais de toda a sociedade.

3.3 Controle legislativo

O controle legislativo é exercido por meio de órgãos auxiliares da função estatal legislativa, abrangendo, para tanto, o controle político sobre o próprio exercício da função administrativa e o controle financeiro sobre a gestão de gastos públicos das três

¹ Vide também Lei do Mandado de Segurança, nº 12.016/2009.

² Vide também Lei do Mandado de Segurança, nº 12.016/2009.

³ Vide também Lei da Ação Popular, nº 4.717/1965.

⁴ Vide também Lei da Ação Civil Pública, nº 7.347/1985.

funções estatais, quais sejam, legislativa, executiva e jurisdicional (CARVALHO FILHO, 2009, p. 953)

A Constituição Federal ampliou significativamente a interferência da função legislativa na atividade administrativa, uma vez que inúmeros atos que antes competiam exclusivamente à Administração passaram, depois de promulgada a Lei Maior, a depender do Legislativo, com exclusividade ou de maneira coparticipada (FARIA, 2011).

É importante, ainda, a observação de Edimur Faria (2011, p. 206), ao afirmar que “essa participação do legislativo na elaboração e fiscalização dos atos do Poder Executivo é consequência do Estado Democrático de Direito instituído pela nova ordem jurídica”.

Isso porque, quando se fala em controle legislativo, parte-se da premissa de que é o primeiro tipo de fiscalização que a sociedade exerce dentro de um Estado de Direito, através do sufrágio universal, possibilitando, portanto, esse controle prévio, feito por meio do processo legislativo, se conscientemente exercido pela comunidade, a boa estruturação das duas demais funções estatais.⁵

A autora que aqui escreve, em outra publicação, nos mesmos termos da constatação exposta de Edimur Faria, afirma que,

portanto, conclui-se que a participação do povo no processo legislativo se dá, inicialmente, pelo sufrágio universal e espera este mesmo povo, que os representantes por ele eleitos editem, elaborem e consolidem normas respeitando-se os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, efetivando-se, assim, o devido processo constitucional legislativo.

Todavia, caso não haja a observância irrestrita a tais preceitos e seja omitido ou mal feito o controle de constitucionalidade prévio não judicial, são colocados à disposição do povo os procedimentos de controle judicial de constitucionalidade – seja pela jurisdição difusa ou concentrada – afim de que se resguardem os direitos fundamentais constitucionalmente previstos e não devidamente observados quando da elaboração do ato normativo pelo processo legislativo. (MORATO, 2017, p. 374)

Os mais importantes mecanismos de controle legislativo estão constitucionalmente previstos em diversos dispositivos, podendo ser aqui citados: art. 48, X, CF (competência do Congresso Nacional em legislar sobre criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública); art. 49, V, CF (competência de sustação de atos normativos da função executiva pelo Congresso Nacional); art. 50, CF (competência da Câmara dos Deputados, Senado Federal ou de suas comissões de convocar Ministros de Estado ou titulares de órgãos); art. 58, §3º (dispõe acerca das comissões parlamentares de inquérito); art. 71, §1º, CF (sustação de execução de

⁵ Constatação óbvia, porém necessária, é a de que, se o controle prévio legislativo é exercido com qualidade pela sociedade através do sufrágio universal, conseqüentemente, a médio-longo prazo, a necessidade de utilização da função estatal jurisdicional para controle da Administração Pública diminuirá substancialmente com o decurso do tempo, em razão da qualidade, da efetividade e da eficiência dos atos praticados pelas funções estatais legislativa e executiva.

contratos administrativos); e art. 52, I, CF (julgamento do Chefe da função estatal executiva, no Senado Federal, por crime de responsabilidade).

De grande importância é a observação que faz Alexandre Mazza (2014, p. 803), ao afirmar que “convém lembrar que o controle legislativo sobre as atividades da Administração somente pode ser realizado nas hipóteses taxativas previstas na Constituição Federal, sob pena da violação da Tripartição de Poderes”. Dessa forma, será feita explanação, a seguir, brevemente, sobre o controle previsto constitucionalmente exercido pelo Tribunal de Contas.

3.4 *Tribunais de Contas*

Erroneamente denominados de “tribunais”, por não fazerem parte da função jurisdicional, os Tribunais de Contas são órgãos especializados na análise das contas públicas dos diversos outros órgãos da Administração Pública, atuando na fiscalização, na inspeção, na análise e no controle de contas públicas em todo o território nacional.

Atuam, nesse cenário, o Tribunal de Contas da União (TCU), os Tribunais de Contas dos Estados (TCE's), o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) e os Tribunais de Contas dos Municípios (TCM's), entretanto, em alguns estados da federação, o responsável pelas contas daquele estado e de seus municípios é o Tribunal de Contas Estadual.⁶

Acerca da estrutura administrativa e de competência dos Tribunais de Contas, explica Wagner Barreto (2016, s.p.):

o Tribunal de Contas, numa leitura genérica, trata-se do órgão responsável pela análise dos gastos públicos, cuja ação fiscalizadora denomina-se "Controle Externo". Cabendo ao Poder Legislativo, que compreende o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas e as Câmaras de Vereadores, exercerem este controle frente aos representantes do Poder Executivo, que por sua vez estão representados pelo Governo Federal, Governos Estaduais e Prefeituras dos Municípios, além dos representantes do Poder Judiciário, que abrangem o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), os Tribunais Regionais Federais (TRF's), os Tribunais Eleitorais (TE's) e os Tribunais de Justiça dos Estados (TJ's), daí dizer da autonomia do Tribunal de Contas, quanto ao auxílio que presta ao Poder Legislativo no sentido de exercer o controle externo fiscalizador dos gastos dos órgãos dos Poderes Executivo, Judiciário e do próprio poder Legislativo. Ademais, além do controle externo, cada Poder tem obrigação da manutenção de um "sistema de controle interno", mas vale ressaltar que, embora seja um tribunal, o Tribunal de Contas não encontra-se circunscrito, nem faz parte do Poder Judiciário, pois seu caráter é de natureza, eminentemente, administrativa (contábil), conquanto, trabalham em regime de parceria e não de subordinação ao Judiciário. Contudo, importa saber que, segundo o Art. 71, *Caput*, da CRFB/1988, o controle externo das contas do país está a cargo do Congresso Nacional, cujo exercício fica sobre controle do Tribunal de Contas da

⁶ Importante salientar que o Tribunal de Contas do Distrito Federal cuida, tão somente, das contas do Distrito Federal, não abarcando sob sua jurisdição nenhuma conta de municípios.

União, assim está distribuído o sistema de análise das contas públicas perante os órgãos da Administração Pública direta e indireta e os agentes governantes.

Os Tribunais de Contas, portanto, são órgãos de natureza político-administrativa e não integram a estrutura das funções legislativa, executiva ou judiciária, sendo, em verdade, órgãos diretamente ligados à entidade federativa, sem pertencer a nenhuma das três funções (BRITTO, 2001).

Entretanto, embora não pertençam a nenhuma das três funções estatais, os Tribunais de Contas tiveram aspectos do seu regime jurídico constitucionalmente aproximados a órgãos da função jurisdicional, é o que se abstrai da simples leitura do art. 73, caput e §3º, CF, ao garantir aos ministros do Tribunal de Contas da União as mesmas prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, no que couber (MAZZA, 2014).

Dessa forma, embora exsurja aqui a discussão acerca do controle judicial das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, problemática esta não concernente à presente pesquisa, vislumbra-se que há uma certa paridade e simetria de regime entre os Tribunais de Contas e a função estatal jurisdicional.

Dessa forma, tendo sido expostos todos os mecanismos de controle da Administração Pública, introduzindo suas premissas basilares, expor-se-á, em seguida, a conclusão da presente investigação.

4 Conclusão

O primeiro método de controle exercido pela sociedade é o legislativo, através do sufrágio universal, sendo, portanto, esse controle prévio, se exercido pelo povo com qualidade e consciência, hábil, em médio-longo prazo, diminuirá substancialmente a necessidade de utilização da função estatal jurisdicional para controle da Administração Pública, em razão da qualidade, efetividade e eficiência dos atos praticados pelas funções estatais legislativa e executiva.

Entretanto, igualmente importante é o controle que a própria Administração faz de si mesma, o autocontrole, a fim de que a mesma busque resguardar-se a si própria e corrigir os erros que porventura venha a cometer em desfavor do interesse público, coletivo e particular.

No que tange ao controle judicial da Administração Pública, cumpre concluir que, com o advento da Carta Magna em 1988, à sociedade foi disponibilizada uma gama de ações judiciais cabíveis aptas a defender lesão ou ameaça de lesão ao ente particular ou coletivo, conforme determina art. 5º, XXXV da CF.

E, por último, retornando ao controle legislativo exercido, dessa vez, em caráter posterior, ou seja, pós sufrágio universal, cumpre ressaltar que este é exercido por meio de órgãos auxiliares da função estatal legislativa, abrangendo, para tanto, o controle político sobre o próprio exercício da função administrativa e o controle financeiro sobre a gestão de gastos públicos das três funções estatais, quais sejam, legislativa, executiva e jurisdicional, sendo um importante órgão auxiliar, autônomo, não pertencente a nenhuma das esferas funcionais estatais, o Tribunal de Contas.

Dessa forma, conclui-se que, em um Estado Democrático de Direito, em que o poder outorgado ao povo e pelo povo é uno, soberano e indivisível, vislumbra-se que, para que não sejam cometidas arbitrariedades em desfavor dos direitos e das garantias fundamentais constitucionalmente previstos, é de singular importância que a sociedade disponha de mecanismos de controle dos atos exercidos pelas funções estatais.

Referências

BARRETO, Wagner da Silva. Tribunais de contas: conceito, funções, competências, histórico, natureza jurídica e acórdão do TCU em anexo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 149, jun. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17384>. Acesso em: set. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, n. 9, Salvador, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*. Belo Horizonte: Editora Forense, 2011.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORATO, Luciana. O processo constitucional e a legitimidade democrática dos atos legislativos e jurisdicionais. In: FREITAS, André Vicente; DINIZ, Fernanda Paula (orgs.) *Estudos avançados em Direito*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

O direito penal do inimigo e sua repercussão no sistema penal brasileiro

The enemy's criminal law and their repercussion in the brazilian criminal system

Flávia Couto Mundim da Fonseca

Aluna do 8º Período do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: fla.coutofonseca@gmail.com

Gilmar Batista Silva

Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
Orientador da pesquisa

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo investigar os aspectos do direito penal do inimigo e sua existência no sistema penal brasileiro tendo como ponto de partida a incessante busca da legislação penal em conter o crescimento acelerado da criminalidade e impunidade vivenciadas pela sociedade moderna. Para isso, serão trazidos à baila os fundamentos filosóficos e constitucionais, consubstanciados na violação à norma constitucional, e apresentadas as principais características que embasam o direito penal de terceira velocidade, para, posteriormente, analisar seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro e verificar a constitucionalidade desse modelo penal em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Inimigos. Constitucionalidade. Garantias Fundamentais. Expansionismo Penal.

Abstract: The present research aims at investigating the aspects of the criminal law of the enemy and its existence in the Brazilian penal system, starting with the incessant search of criminal legislation to contain the accelerated growth of crime and impunity experienced by modern society. For this, the philosophical and constitutional foundations, embodied in the violation of the constitutional norm, will be brought to the fore, and the main characteristics that underpin the third speed criminal law will be brought to the fore, in order to later analyze its reflexes in the Brazilian legal system and verify the constitutionality of this criminal model in a Democratic State of Law.

Keywords: Enemies. Constitutionality. Fundamental Guarantees. Criminal Expansionism.

1 Considerações iniciais

Com o aumento acelerado da criminalidade na sociedade moderna e, ao mesmo tempo, a carência estatal em impedir esse avanço da violência e impunidade, surge espaço para uma reflexão quanto à necessidade de alterações na seara do direito penal.

Nesse cenário, o modelo penal adotado pelo ordenamento brasileiro, denominado direito penal mínimo, fruto de uma conquista estendida por longos anos, fundamentado em assegurar todas as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, passa a dar espaço ao direito penal baseado no autor dos fatos. Tal sistema pretende, inicialmente, dar uma resposta à sociedade que se amedronta diante de crimes de alta reprovabilidade, na medida em que tal modelo penal trata o autor como

inimigo do Estado, e este tem alguns de seus direitos e garantias fundamentais restritos.

Diante desses aspectos, insta salientar que é de suma importância a compreensão desse novo modelo penal, que vem ganhando espaço no sistema penal brasileiro, já que, por afrontar diretamente alguns direitos fundamentais, é, sem dúvida, uma teoria norteadada por críticas no mundo jurídico, pelo fato de se considerar que o Brasil é denominado como um Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Dessa maneira, considerando que a atuação estatal deve se pautar na consagração dos direitos humanos, pode-se perceber a complexidade em seguir um modelo que se baseie em restringir os direitos assegurados pela legislação constitucional, já que adotar o direito penal máximo demonstra visíveis conflitos ao desenvolvimento e à efetividade dos direitos humanos, especialmente no que concerne à incessante proteção do princípio da dignidade humana.

Assim, este trabalho tem por objeto verificar os aspectos do direito penal do Inimigo e a sua repercussão no sistema penal brasileiro, de modo a averiguar se a adoção de um modelo penal baseado no autor seria uma medida eficaz no combate à crescente criminalidade vivenciada pela sociedade brasileira atualmente.

Posto isso, discorrer-se-á sobre o tema, apresentando alguns antecedentes filosóficos e uma análise constitucional diante dos fundamentos expostos por Gunther Jakobs (2008, s/p), na defesa do direito penal do inimigo. Logo, a análise será realizada propondo uma reflexão quanto à constitucionalidade em adotar o direito penal do inimigo, mas, especialmente, verificando seus aspectos no sistema penal brasileiro, pois é inquestionável que já se convive com alguns institutos que se remetem a um verdadeiro direito penal baseado no autor.

2 Os inimigos do Estado

A criminalidade organizada vem ganhando força na sociedade moderna e se tornou um mal causador de inúmeras tragédias vivenciadas pelos cidadãos brasileiros. Assim, pode-se notar a figura de um Estado cada vez mais impotente diante das barbáries que vão de encontro à sociedade devido a inúmeros casos de corrupção no que diz respeito à votação de projetos de leis ou no que se refere ao poder de decisão em favor de interesses próprios que não alcançam o bem comum, figurando-se a imagem de uma sociedade desacreditada no poder Estatal.

Nesse diapasão, vários juristas colocaram em análise teorias que se mostrassem interessantes a serem equilibradas com o atual cenário do direito penal. É nesse contexto que ganha espaço a discussão quanto à relevância da teoria do alemão Gunther Jakobs, a qual se afasta visivelmente dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

O direito penal do inimigo tem em seu bojo dar uma “resposta” à sociedade que clama por justiça. Tal teoria está ligada à relativização e, de certo modo, à supressão de alguns direitos fundamentais com a real finalidade de trazer à tona uma sanção penal efetiva que intimide possíveis autores de inúmeros crimes antes mesmo que tais crimes sejam praticados.

Para Meliá (2005, p. 90), Gunther Jakobs caracteriza o direito penal do inimigo em três elementos: “adiantamento da punibilidade, com criação de tipos que punem os atos preparatórios e delitos de mera conduta, previsão de penas abstratas mais altas e relativização ou exclusão das garantias processuais”.

Insta salientar que o direito penal do inimigo, sendo uma teoria baseada no autor, e em suprimir alguns direitos fundamentais conferidos a ele pela norma constitucional, mostra-se um modelo oposto do que é adotado pelo direito penal atual. O direito penal pátrio é considerado um modelo penal minimalista, visto que se baseia em assegurar ao criminoso as garantias penais e processuais, sendo amplamente criticado pelos defensores do direito penal do inimigo, pois os adeptos deste afirmam ser impossível ter uma lei penal eficaz ao mesmo tempo em que é assegurada ao criminoso a observância dos direitos fundamentais previstos na legislação constituinte.

Para se compreender quem são os inimigos, necessário se faz afirmar que, sendo um modelo penal baseado no autor dos fatos, a teoria defendida por Gunther Jakobs o define como um inimigo do Estado, momento em que passa a tratá-lo como uma ameaça à sociedade, instaurando-se uma “guerra” contra o mesmo. Logo, verifica-se que, independente do cometimento do crime e da natureza desse crime, quando considerado inimigo, o autor do fato ganha tratamento diverso, pois, segundo o modelo penal baseado no autor dos fatos, a sociedade se divide em cidadãos e inimigos.

Quanto à figura do inimigo, aquele que atenta contra a vigência da norma demonstrando ser uma ameaça estatal, leciona Zaffaroni (2007, p. 76):

o Direito Penal do Inimigo dirige-se a indivíduos que, por seu comportamento, externam uma pretensão de ruptura ou destruição da ordem normativa vigente e, portanto, perdem o status de pessoa e cidadão, submetendo-se a um verdadeiro direito penal de exceção, cujas sanções têm por finalidade primordial não mais a restauração da vigência normativa, mas assegurar a própria existência da sociedade em face desses indivíduos. O direito penal tem como uma de suas marcantes características o combate a perigos, isso representa, em muitos casos, a antecipação de punibilidade, na qual o inimigo é interceptado, em um estado inicial, apenas pela periculosidade que pode ostentar em relação à sociedade. Para ele não é mais o homem o centro de todo o Direito, mas sim o sistema, puramente sicionormativo.

Como dito, a gravidade do fato não é essencialmente analisada, pois, na medida em que o direito penal do inimigo é baseado no autor dos fatos, a culpabilidade do agente não tem relevância quando aplicada para demonstrar que o fato é reprovável. Lado outro, a teoria baseada no autor dos fatos funda-se na periculosidade do agente tomando por base o perigo que ele representará à sociedade num momento posterior. Segundo a teoria do alemão Gunther Jakobs (2008, s/p), são exemplos de inimigos do Estado: os integrantes de organizações criminosas, os terroristas, os delinquentes, os que atentam contra a ordem econômica, os traficantes de drogas, entre outros.

Importante ressaltar que a classificação de um inimigo deve decorrer de um ato legítimo de soberania do Estado, ou seja, aquele que o poder competente defina como uma ameaça ao Estado deve ser excluído da sociedade, e para ser assim considerado,

não é necessária a prática de qualquer ato, sendo-lhe submetido o status de inimigo pelo perigo que este possa representar em desfavor da manutenção do poder e controle estatais.

É cediço que, estando a sociedade dividida entre cidadãos e inimigos, convive-se no mesmo ordenamento com dois regimes, quais sejam: o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão; só é cidadão quem não é considerado inimigo do Estado, e vice versa. Nota-se que os cidadãos, segundo Gunther Jakobs (2008, p. 26), não são aqueles que sempre se adequam às normas estabelecidas, mas sim aqueles que, mesmo cometendo delitos, não perdem o status de cidadãos e, sendo pessoas, têm seus direitos resguardados. A estes, submete-se um modelo penal de fato, embasado na culpabilidade. Por outro lado, aos considerados inimigos, integrantes da outra parte da população, aplica-se um direito penal de guerra e, no momento em que não possuem mais o status de cidadãos, seus direitos e garantias fundamentais são relativizados.

Por isso, no contexto trazido pela teoria em análise, não é suficiente, para manter a ordem estatal, privar o autor tão somente de sua liberdade de locomoção. Para o modelo penal em análise, é preciso ir além, pois, recaindo o status de inimigo sobre o autor, não lhe cabem mais as regras referentes ao processo penal conferidas aos demais cidadãos.

3 O direito penal do inimigo sob a perspectiva do Contrato Social

Segundo a melhor doutrina, por influência da atual Carta Constitucional, o Brasil do século XXI ganhou o “status” de Estado Democrático de Direito, resultado de grandes conquistas do povo que se voltava contra o antigo modelo vigente na segunda metade do século passado. Nesse sentido, a população como um todo, com o objetivo de promover a ruptura com o modelo autoritário, se rebelava contra a antiga ordem, a fim de promover a liberdade e a igualdade material.

Assim, a sociedade passava a ser regida por um conjunto de leis baseadas em um acordo entre os cidadãos, que atribuíra privilégios e deveres indistintamente àqueles que estivessem inseridos no Estado Democrático de Direito, este que tinha como pressuposto um pacto que regulamentava as relações interpessoais, qual seja: o contrato social. Para Rousseau (2002, s/p), só seria possível promover a segurança e, ao mesmo tempo, resguardar a liberdade do homem por meio de um contrato, que teria como base a soberania da sociedade, ou seja, a vontade e os interesses da coletividade.

Desse modo, o contrato social se mostra como um instrumento de garantia que a sociedade lançou mão, com o objetivo de estabelecer a ordem e romper com um estado de miséria, de desordem, de caos e de violência. Com efeito, exclui aqueles que não se adequam às normas sociais.

Nesse sentido, analisando os fundamentos dos contratualistas é que se esbarra com a teoria em análise, que baseia seus estudos no que diz respeito à aplicabilidade do direito penal do autor em Rousseau e Fichte. Diante disso, é fácil notar que, pertencendo a um Estado Democrático, o inimigo, ao burlar as regras que norteiam a sociedade, acaba por deixar de ser membro do Estado, este último que declara guerra contra o referido inimigo.

Cleber Masson (2011, p. 94) afirma que, para Gunther Jakobs, é considerado inimigo aquele que afronta a estrutura do Estado e adota um modo de vida contrário às normas jurídicas, demonstrando não ser um cidadão, e sim um inimigo do Estado.

Nesse contexto, no momento em que o inimigo se mostra como uma ameaça social, ele abandona o contrato social, deixando de possuir, por conseguinte, todos os direitos e todas as garantias assegurados por tal instrumento.

Para os adeptos do contratualismo, cometendo um crime, o indivíduo está descumprindo o contrato social. Logo, atentando contra tal instrumento, ao criminoso não é mais dado o direito de usar dos benefícios assegurados pelo pacto social, ou seja, tendo caráter de inimigo, o indivíduo deixa de integrar a relação existente entre os demais cidadãos que compõem a sociedade.

Tendo em vista a adesão de Gunther Jakobs às muitas premissas resultantes do contratualismo, verifica-se com clareza que o alemão embasa sua defesa ao direito penal máximo tendo como fundamento as lições de Kant, mas vale ressaltar que o contexto em que analisa o direito penal do inimigo se identifica de forma mais significativa às ideias de Hobbes. Nesse sentido, Thomas Hobbes tratava o indivíduo considerado inimigo como aquele que rompia todo e qualquer laço existente entre si e a sociedade civil, passando a integrar um estado de guerra.

Na concepção de Jean Jacques Rousseau (2002, p. 33), em sua obra *O Contrato Social*, o indivíduo que atua contra as disposições do pacto social deixa de ser membro integrante do Estado, entrando em guerra contra ele, devendo ser aplicada a seguinte resposta: “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”.

No mesmo sentido, Gunther Jakobs (2008, p. 26) embasa seus estudos em Fichte, asseverando que

quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos.

Segundo o modelo penal em análise, em se tratando da divisão que é estabelecida nas relações sociais, estando de um lado aqueles que não se adequam às leis que norteiam as relações sociais (inimigos) e de outro aqueles que mesmo infringindo algumas normas não perdem o status de cidadão, podendo retornar ao convívio social, Gunther Jakobs (2008, p. 26-27) preceitua que

um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo o caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Desse modo, temos que considerar duas hipóteses: uma em que o indivíduo apresenta-se como uma ameaça ao Estado, aquele que se desvia das regras descritas

pelo pacto definido em sociedade, atenta contra a vigência da norma, perdendo, por esse motivo, seu status de pessoa; por outro lado, está o direito penal do cidadão, aplicado contra aqueles que cometem delitos, mas não de maneira reiterada, demonstrando a possibilidade de se adequar aos moldes do contrato social.

Conclui-se, portanto que “o direito penal do cidadão é direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o direito penal do inimigo é direito em outro sentido” (JAKOBS, 2008, p. 29). Assim, a teoria do direito penal máximo encontra considerável suporte nos estudos filosóficos dos contratualistas, segundo o que se considera inimigo aquele que não observa os moldes do Contrato Social. Logo, pertencendo a um Estado Democrático de Direito, o cidadão deve se adequar à norma jurídica estabelecida pelo pacto social, sob pena de ser excluído das relações sociais, caso demonstre a impossibilidade de se portar como sujeito de direitos.

4 Princípios constitucionais contrários à teoria do direito penal do inimigo

Refletindo sobre os aspectos que orientam o direito penal, é notável a relação existente entre o poder estatal, sua soberania, e a importância em observar os direitos humanos. Nesse cenário, a intervenção estatal, oriunda da aplicação da norma penal, deve limitar-se às premissas constantes na Carta Constitucional. Assim, o ordenamento jurídico, em especial o direito penal, deve pautar sua atuação sob os critérios de igualdade, liberdade e fraternidade, objetivando assegurar toda e qualquer garantia, de modo a restringir que estas venham a ser suprimidas pelo intervencionismo estatal. Diante disso, a essência natural do homem deve ser preservada, sendo-lhe garantidas todas as condições de cidadão, pelo fato de o Brasil ser classificado como um Estado Democrático.

É preciso analisar a teoria do direito penal do autor com cautela, pois a relativização das garantias constitucionais acaba por desprestigiar a proteção do ser humano, fazendo com que o mesmo perca seu status de cidadão, uma vez que tal modelo se baseia num estado de guerra, classificando o sistema penal como um modelo penal do autor, e não dos fatos cometidos.

Analisando as premissas que estruturam a tese de Gunther Jakbos e Manuel Cancio Meliá, constata-se que tal modelo não encontra aplicabilidade irrestrita no ordenamento jurídico brasileiro. Cumpre ressaltar que tal tese é rodeada por críticas, sendo considerada visivelmente incompatível com os direitos previstos na Carta Constitucional.

Em se tratando dos princípios diretamente lesionados, em face da aplicação da teoria do direito penal do inimigo, destaca-se o primado da dignidade da pessoa humana, considerado o centro da norma constitucional na sociedade contemporânea, uma vez que, segundo o modelo penal em análise, os indivíduos considerados inimigos do Estado deixam de ser considerados sujeitos de direitos.

Acerca do princípio constitucional da dignidade humana, considerado como instituto máximo da Constituição Federal, asseveram Mendes e Branco (2008, p. 231):

seguem juntos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, ileso às maiorias ocasionais formadas no calor de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

Logo, reconhecer e assegurar a dignidade da pessoa humana é efetivar a norma constitucional e, especialmente, os direitos fundamentais que advêm desse postulado normativo, inerente à condição humana em qualquer seara do direito.

Noutro norte, verifica-se lesão ao princípio da presunção de inocência, já que o modelo penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro não se respalda na periculosidade do agente.

Nesse aspecto, constata-se impossível assegurar ao indivíduo a garantia de ser considerado inocente até que transite em julgado a sentença condenatória sem que o modelo penal adotado se funde na culpabilidade no momento da aplicação da pena. Logo, se a legislação penal adotasse um modelo que tenha como fundamento o perigo ou a ameaça que o indivíduo representa desconsiderando sua culpabilidade, seria desde logo ofender o princípio da não culpabilidade.

Nesse cenário, punindo o autor independentemente do fato cometido por ele, considerando tão somente aquilo que o “inimigo” representa diante do Estado e da vigência da norma no ordenamento jurídico, o direito penal do inimigo vai contra a premissa constitucional de que não há pena sem crime, ou seja, não é possível verificar a presença de uma sanção sem que haja cometimento de um fato criminoso.

Outro princípio suprimido pelo modelo penal baseado no autor é o devido processo legal, pois o direito penal do inimigo não confere a ampla defesa, tampouco o contraditório àqueles que recebem o status de inimigos. Adotando um procedimento de guerra, o direito penal baseado no autor permite que um indivíduo seja processado e acusado sem o direito de ser assistido por advogado e de se manifestar quanto aos fatos imputados, já que não faz sentido conferir tais direitos àquele que não é considerado sujeito de direitos, mas inimigo do Estado.

Por fim, considerando que a tese defendida por Gunther Jakobs trata os cidadãos de forma diferente dos inimigos, inobserva o primado da razoabilidade ferindo também a figura do princípio da isonomia. Isso se justifica pelo fato de que o modelo penal em análise estabelece uma divisão na sociedade em dois grupos, sendo o primeiro formado pelos indivíduos que representam perigo e não se adequam às normas que regem a sociedade e, de outro lado, um grupo formado pelos cidadãos, aqueles que, embora pratiquem crimes, demonstram possibilidade de se adequarem às leis impostas pelo ordenamento.

É relevante analisar a aplicabilidade da teoria do direito penal inimigo como uma tentativa de combate ao crime organizado e aos crimes que atentem contra a ordem estatal e jurídica, mas os princípios em questão não podem ser abolidos. Sendo considerados direitos e garantias previstos na legislação constituinte, não podem ser suprimidos nem tampouco excluídos do sistema, já que se mostram como conquistas árduas do homem em sociedade, e qualquer restrição a eles demonstra gritante afronta à norma constitucional.

5 Aspectos do direito penal do inimigo no sistema penal brasileiro

5.1 Lei da Organização Criminosa e sua relação com a tese defendida por Gunther Jakobs

A nova lei da organização criminosa traz, em tempo, a sua definição legal de forma expressa e positivada em seu texto, dispondo, ainda, acerca dos meios de investigação criminal, obtenção de provas e procedimento específico de investigação de delitos cometidos por tais organizações.

Nesse sentido, a lei 12.850/2013 traz, em seu artigo 1º, § 1º, a definição de organização criminosa. Vejamos:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Analisando as características que norteiam a lei do crime organizado, verifica-se que a mesma adere a alguns aspectos que estruturam a teoria do direito penal do inimigo, considerando que estabelecer regras diferentes no que concerne ao meio de prova e ao procedimento investigatório àqueles que integrem organizações criminosas é atribuir-lhes um tratamento devido ao que representam, e não ao que cometeram, aderindo, nesse sentido, a um modelo penal baseado no autor, e não nos fatos perpetrados por ele.

Outro aspecto que demonstra evidências do modelo penal defendido por Gunther Jakobs é no que diz respeito ao que é estabelecido pela lei, em se tratando da matéria probatória e no mesmo sentido dos procedimentos relacionados à investigação, constata-se que a lei suprime, consideravelmente, algumas garantias processuais. Vejamos o texto do artigo 3º da Lei da Organização Criminosa:

Artigo 3º - Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. § 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de

serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015) § 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

Analisando o teor do artigo, nota-se que medidas como a ação controlada, a quebra de sigilo, captação e interceptação ambiental, entre outras, são hipóteses vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange ao texto da Carta Constituinte, ou seja, são violações diretas ao direito à intimidade. Dessa forma, pode-se notar que, com o objetivo de intimidar e, de certa forma, abolir com as organizações criminosas, o legislador restringiu algumas garantias constitucionais.

No contexto da antiga lei da organização criminosa, o acesso a informações cadastrais, como qualificação, endereço e telefone, encontrava-se resguardado pela garantia constitucional do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, uma vez que quem detinha tais informações deveria pautar o fornecimento das mesmas a uma prévia autorização judicial.

Lado outro, com o objetivo de ampliar os efeitos e a eficácia das ferramentas investigativas, a nova lei da organização criminosa reconheceu a possibilidade da quebra de sigilo de alguns dados cadastrais, feita diretamente pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, estes que não estariam assegurados pela garantia de sigilo de dados prevista na legislação constituinte, objetivando facilitar o acesso a esses dados aos sujeitos envolvidos na investigação das atividades de facções criminosas, independentemente de ordem judicial.

Nesse sentido, é o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira (2013, s/p):

a questão que se põe aqui diz respeito ao nível de tangenciamento da privacidade e da intimidade que estaria contido na nova regra de investigação, na medida em que, apesar de se limitar à informação relativa aos dados pessoais (filiação, qualificação e endereço), o fato é que os órgãos de investigação teriam acesso, desde logo, às informações também de ordem econômico-financeiro, que resultaria do esclarecimento quanto à portabilidade de cartões de crédito e de telefonia, bem como da existência de contas bancárias e/ou aplicações financeiras. E isso, naturalmente, ostenta uma dimensão que vai além da simples informação a respeito de dados pessoais.

Com efeito, com o advento da nova lei de organização criminosa, tem-se a possibilidade da realização de investigações e obtenção dos meios de obtenção de provas disponíveis em qualquer fase do processo penal. A saber, persecução penal é definida por duas fases, sendo uma fase processual, em que atuam as partes do processo, e outra fase considerada extraprocessual, na qual realizam-se as investigações voltadas a desvendar as circunstâncias relacionadas ao crime, indicando, por conseguinte, um possível autor.

Assim, segundo a melhor doutrina, é possível constatar que a nova lei de organização criminosa é tida como um desdobramento do direito penal do inimigo em

alguns aspectos, fundado no fato de que direitos e garantias individuais não poderiam ser assegurados para determinados indivíduos considerados inimigos do Estado. Logo, por não se submeterem às normas que regem a sociedade, demonstrando contrariedade e ameaça à ordem estatal, os integrantes das facções criminosas em questão podem ter algumas garantias processuais penais relativizadas em razão de sua periculosidade.

5.2 Regime Disciplinar Diferenciado como fruto do direito penal do inimigo

Com o advento da Lei nº 10.792 de 2003, que trouxe significativas alterações à lei de Execuções Penais no que se refere à inclusão de um regime carcerário aplicado a determinados presos, surge, no ordenamento jurídico, relevante discussão quanto à inconstitucionalidade do chamado Regime Disciplinar Diferenciado.

Motivado pela crescente onda de criminalidade e pela incidência das organizações criminosas nos presídios das grandes cidades, tais como o Comando Vermelho (CV) no Rio de Janeiro e o Primeiro Comando da Capital (PCC) em São Paulo, o regime instituído pela lei 10.792/2003 trazia em seu bojo a imagem de um sistema baseado no autor, desconsiderando as garantias fundamentais básicas em decorrência do perigo que apresentavam para a sociedade.

Grandes críticas norteiam a existência do Regime Disciplinar Diferenciado, eis que se justifica pela relativização de algumas garantias fundamentais, especialmente no que se refere à humanização da pena e ao princípio da dignidade humana. Paulo César Busato (2005, p. 2), analisando o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, afirma:

assim, fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem(em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito Penal de fato por um modelo de Direito penal do autor.

É notório dizer que não se trata de um expansionismo do direito penal apenas no âmbito legislativo, uma vez que a adoção de um regime baseado no autor dos fatos tem adeptos na doutrina. Tanto é verdade que se pode constatar a relação direta entre a teoria do direito penal do inimigo, com a modificação da Lei de Execuções Penais, e a consequente criação do RDD.

No que diz respeito à modificação que o Regime Disciplinar Diferenciado estabeleceu na Lei de Execuções Penais, é no sentido de que tal regime será atribuído àqueles que apresentem alto risco à ordem prisional, estabelecendo normas mais rigorosas.

Analisando o texto dos parágrafos do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, que trata do Regime Disciplinar Diferenciado, verifica-se a supressão de alguns direitos

fundamentais além do fato de seu conteúdo se relacionar com um modelo penal que considera o autor e o que este representa, e não o fato praticado por ele. Vejamos:

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Embora seja notória a relação com os pressupostos que estruturam o modelo penal em análise, este que pune o autor desconsiderando o fato perpetrado por ele há que se ter em mente que o RDD é um regime pautado no princípio da proporcionalidade, sendo aplicado somente por decisão motivada do juiz da Execução Penal a requerimento do diretor da Unidade Prisional em que se encontra o preso ou outra autoridade administrativa.

Sem querer adentrar a discussão quanto à constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado por se tratar de questão um tanto quanto abrangente que merece ser estudada com cautela, é relevante trazer à baila o que afirma Cezar Bitencourt (2012, p. 162), posicionando-se pela inconstitucionalidade do instituto:

com efeito, à luz do novo diploma legal, percebe-se que às instâncias de controle não importa o que se faz (direito penal do fato), mas sim quem faz (direito penal do autor). Em outros termos, não se pune pela prática de fato, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de quem faz, num autêntico Direito Penal do autor. Nesse sentido, merece ser destacada a percuciente lição de Paulo César Busato, in verbis: "...o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo política-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito penal do fato por um modelo de Direito penal do autor.

Por outro lado, enfrentando o tema como uma ferramenta necessária ao combate das facções organizadas dentro dos presídios e, no mesmo sentido, defendendo sua constitucionalidade, afirma Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 1018) que,

ademais, não há direito absoluto, como vimos defendendo em todos os nossos estudos, razão pela qual a harmonia entre direitos e garantias é fundamental. Se o

preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado a lei, o que não é regra, mas exceção, a sociedade também tem direito à segurança pública. Por isso, o RDD tornou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira. Em lugar de combater, idealmente, o regime disciplinar diferenciado, pensamos ser mais ajustado defender, por todas as formas possíveis, o fiel cumprimento às leis penais e de execução penal.

Assim, o Regime Disciplinar Diferenciado foi um instituto criado como ferramenta no combate à criminalidade atual, objetivando intimidar os criminosos com regras de conduta prisionais mais rigorosas se comparadas àquelas dos estabelecimentos prisionais comuns. Logo, mesmo sendo constitucionalmente reconhecido, pode-se notar que o regime em análise se mostra como um desdobramento do modelo penal baseado no autor defendido por Gunther Jakobs, uma vez que tal regime é direcionado a determinados indivíduos que demonstrem alto risco para a ordem estatal, sendo incapazes de se adequar às normas que regem as relações sociais.

6 Relativização das garantias penais e processuais penais

Ao analisar os contornos de uma sociedade fundada no Estado Democrático de Direito, é impossível não vincular a intervenção estatal às garantias estabelecidas na Constituição Federal. Por esse motivo, é a respeito da supressão das garantias fundamentais asseguradas no texto constitucional que perduram severas críticas acerca da aplicação do modelo penal do inimigo em um Estado Democrático.

Na tentativa de promover mudanças no atual cenário brasileiro, no que tange à falta de efetividade das normas penais e processuais penais, o Poder Público entendeu ser necessário modificar algumas normas, atendendo ao apelo do povo, impondo um poder consideravelmente punitivo para aqueles cidadãos que demonstrassem a impossibilidade de se adequarem às leis que regem a vida em sociedade.

Com efeito, segundo abalizada doutrina, a teoria defendida por Gunther Jakobs desconsidera princípios básicos que regem a aplicação do direito penal em nosso ordenamento, tais como proporcionalidade, intervenção mínima, isonomia, ampla defesa, contraditório, entre outros. O modelo penal baseado no autor dos fatos trouxe em seu bojo a agravação das penas, inobservando a razoabilidade e a proporcionalidade, a punição de atos preparatórios, a generalização de métodos de investigação àqueles que fazem parte de organizações criminosas, o cerceamento de defesa, entre outros.

Dessa maneira, ao buscar a punição com base no autor dos fatos, Gunther Jakobs estabelece a aplicação da pena desconsiderando a culpabilidade do agente, ao passo que o *quantum* deve se dar de acordo com o perigo que o indivíduo apresenta perante o Estado com a quantidade de pena necessária para que a sociedade confie no poder estatal.

Assim, o direito penal do inimigo resulta em agravar a pena dos crimes como, na lei de crimes hediondos, o aumento de punição para alguns crimes viola

diretamente o princípio da proporcionalidade no modelo penal minimalista adotado em nosso ordenamento.

Outro aspecto de grande relevância que levanta sérias críticas é no que concerne à punição dos atos preparatórios do delito, estabelecida pela teoria em análise. Para Gunther Jakobs, o agente seria punido em sua conduta desde o momento dos atos preparatórios, prevendo que, com a simples prática de tais atos, o agente receberia punição como se o crime tivesse se consumado.

Tendo em vista a sensação de impunidade e ao mesmo tempo a descridibilidade da justiça, passou-se a discutir então a possibilidade de o Poder Público tomar medidas que modificassem algumas normas que regem o direito penal, baseando tais mudanças na teoria defendida por Gunther Jakobs, qual seja o direito penal do inimigo.

Nesse sentido, leciona Damásio de Jesus (2008, p. 4) que,

no campo do Processo Penal, mostram reflexos da concepção do indivíduo como “inimigo”:

- 1) A prisão preventiva, medida cautelar utilizada no curso de um processo, funda-se no combate a um perigo (de fuga, de cometimento de outros crimes, de alteração das provas, etc);
- 2) Medidas processuais restritivas de liberdade fundamentais como a interceptação de comunicações telefônica, cuja produção se dá sem a comunicação prévia ao investigado ou acusada e a gravação ambiental;
- 3) Possibilidade de decretação da incomunicabilidade de presos perigosos.

A interceptação telefônica é outra medida utilizada pelo poder judiciário para realizar investigações em situações complexas em que é difícil constatar de imediato a materialidade e autoria do crime, tais como crimes envolvendo facções criminosas ou grandes traficantes de drogas. Com efeito, lançar mão de interceptações telefônicas demonstra que a atuação do Estado é prospectiva estando pautada na teoria do modelo penal do inimigo, pois mostra-se como um instrumento de cerceamento de defesa haja vista que resta evidente a intenção de descobrir possíveis cometimentos de atentados criminosos antes mesmo que tais ocorram por meio dos chamados “grampos telefônicos”, objetivando antecipar a conduta criminosa.

Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 794) demonstra sua opinião quanto à natureza desse tipo de medida investigativa:

em sentido estrito, interceptar algo significaria interromper, cortar, impedir. Logo, interceptação de comunicações telefônicas fornece a impressão equívoca de constituir a interrupção da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia. Portanto, interceptação tem o significado de interferência, com o fito de colheitas de informes.

Não obstante o fato de que as interceptações telefônicas buscam antecipar as ações criminosas desconsiderando à máxima da inviolabilidade do direito à liberdade prevista no artigo 5º da Constituição Federal, é importante destacar que tal medida

investigativa é de extrema relevância e, para que se utilize tal instrumento na investigação de qualquer delito, é imprescindível a autorização do magistrado, devendo tal decisão ser fundamentada, sob pena de banalização da medida.

Por fim, temos a figura da prisão temporária, instituída pela Lei 7.960/1989, que sofreu considerável modificação no texto da Lei dos Crimes Hediondos, tendo seu prazo máximo alargado para 30 (trinta) dias, podendo tal prazo ser prorrogável por igual período, atribuindo tratamento diverso aos crimes hediondos, mostrando-se como uma face do modelo penal defendido por Gunther Jakobs em nosso ordenamento.

Dessa maneira, o alargamento do prazo máximo da prisão temporária na Lei dos Crimes Hediondos é norteador de críticas, uma vez que parte da doutrina, assim como Antonio Lopes Monteiro (2008, p. 171) entende que o artigo 2º da Lei 8.072/90 derogou tacitamente o artigo 10 do Código de Processo Penal que prevê o tempo máximo para a conclusão do inquérito policial o prazo de 10 (dez) dias, uma vez que, estando o acusado preso devido à decretação da prisão temporária, o prazo não mais será de 10 (dez) dias, e sim de 30 ou até 60 dias em se tratando de crimes hediondos.

7 Considerações finais

Diante das ideias expostas, verificou-se, no decorrer do presente trabalho, que o expansionismo penal é uma realidade em nosso ordenamento jurídico, sendo causa do surgimento de algumas teorias baseadas em uma maior intervenção do Estado, em análise, a teoria defendida pelo alemão Gunther Jakobs, denominada como direito penal do inimigo.

Nesse sentido, o modelo penal em questão, por afrontar diretamente alguns preceitos básicos que regem a nossa sociedade, é objeto de críticas, ao argumento de pertencermos a um Estado Democrático de Direito. Desse modo, sua aplicação deve ser feita com muita cautela, sob pena de desconsiderar grandes conquistas no que diz respeito a garantias penais e processuais penais e, por conseguinte, atacar diretamente direitos de caráter constitucional.

Dessa maneira, partindo da premissa de que pertencemos a um Estado Democrático, a teoria do direito penal do inimigo é considerada incompatível com a ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, por permitir a perda do caráter de cidadão, recusando a dignidade humana ao acusado.

Por outro lado, mostra-se incompatível pelo risco que a adoção de um modelo penal baseado no autor transmitiria por permitir que o Estado se torne um Estado autoritário, cada vez mais intervencionista, inobservando um dos princípios que regem a seara do direito penal, qual seja o princípio da intervenção mínima.

Com efeito, não obstante o fato de que o direito penal do inimigo mostre clara incompatibilidade com os preceitos de viés constitucional, tem-se que admitir que a questão quanto à legitimidade ou não da teoria em comento não pode ser esgotada aqui, especialmente porque é notória a existência de resquícios da tese defendida por Gunther Jakobs em nosso ordenamento.

Ademais, não podemos adotar um modelo penal que separe a sociedade em dois grupos, retirando o status de cidadão do indivíduo pelo simples fato deste ser

considerado como “inimigo” do Estado, pois, com a existência de alguns institutos em nosso ordenamento que se baseiam na teoria em análise, aderir a tal tese seria viabilizar o crescimento de um modelo penal aparentemente inconstitucional.

Assim, mesmo admitindo a expansão do direito penal baseado no autor dos fatos em nosso sistema, constata-se que tal teoria não encontra fundamentos quando analisada frente à legislação constituinte, pois, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficaram consagrados os direitos à vida, à igualdade, à liberdade, não podendo estes serem desconsiderados em possível discussão para emenda constitucional em razão de terem *status* de Cláusula Pétreia (art. 60, §4º IV).

Posto isso, é certo que a ineficácia da justiça criminal e dos meios coercitivos presentes no Código de Processo Penal e no Código Penal nos faz ser um tanto quanto pessimistas quanto à repressão dos autores de inúmeros crimes, mas não se pode vislumbrar a aplicação do modelo penal do inimigo em todos os seus termos como uma possível solução para o atual cenário de violência em que nos encontramos.

Logo, pertencendo a um sistema democrático representativo, ao refletir sobre o tema, a realização de ponderações é medida que se impõe, sempre em observância aos preceitos constitucionais, mostrando-se necessária a realização de um controle da atuação Estatal, para que, posteriormente, não estejamos diante de uma política criminal que atenda aos interesses de determinadas categorias.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

BUSATO, Paulo César. *Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: mar. 2015.

JESUS, Damásio de. Breves considerações sobre a prevenção ao terrorismo no Brasil e no Mercosul: opúsculo distribuído no evento. In: *JUSTIÇA CRIMINAL EM TEMPOS DE TERROR*, 2004, São Paulo: Auditório Júlio Fabbrini Mirabete, Escola Superior do Ministério Público, 2008.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manoel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *A Lei de Organizações Criminosas – Lei 12.850/13*. Disponível em: <<http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>>. Acesso em 13 ago. 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. VirtualBooks. Formato: e-book/rb, Código: RCM, ed. eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2002, Trad. Rolando Roque da Silva.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Coleção Pensamento Criminológico nº 14. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A (in)admissibilidade da hipnose como meio de prova

The (in)admissibility of hypnosis as evidence

Alexandre Máximo Oliveira

Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna (UIT/MG), área de concentração Proteção dos Direitos Fundamentais, linha de pesquisa Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ). Professor em Direito Processual Civil no curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM/MG). Advogado.

E-mail: alexandremo@unipam.edu.br

Luana Jessey de Oliveira Brito

Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM/MG).

E-mail: lujessey@gmail.com

Resumo: A hipnose é muito difundida como meio de entretenimento, sendo exposta de forma a trazer dúvidas acerca da sua veracidade e utilidade. No entanto, a hipnose é um método não invasivo, pelo qual, por meio da inibição dos sentidos e do relaxamento, o paciente fica suscetível às sugestões do hipnólogo, podendo este acessar memórias incrustadas em seu subconsciente. No processo penal, a instrução probatória visa à busca da verdade e da justiça, porém encontra impasse quando se trata de provas ilegais, preocupando o ordenamento jurídico por vulnerabilizar os direitos constitucionais. Entretanto, tais vedações são ponderadas em casos excepcionais, visando à proteção de valores mais relevantes do que os transgredidos quando da produção de provas. Assim, no intuito de contribuir para com o avanço científico da matéria em questão, foi elaborado o presente trabalho, com o objetivo de analisar se a hipnose pode ser utilizada de forma lícita como meio de prova no processo penal.

Palavras-chave: Meios de prova. Hipnose. Falsas Memórias.

Abstract: Hypnosis is very widespread as a means of entertainment, and is exposed in order to raise doubts about its veracity and usefulness. However, hypnosis is a non-invasive method, by means of inhibition of the senses and relaxation, the patient is susceptible to the suggestions of the hypnotist, who may access memories embedded in his subconscious. In criminal proceedings, probationary instruction seeks the search for truth and justice, but finds an impasse when it comes to illegal evidence, worrying the legal system for vulnerability of constitutional rights. However, such fences are weighted in exceptional cases, aiming to protect values more relevant than those transgressed when producing evidence. Thus, in order to contribute to the scientific progress of the matter in question, the present work was developed, with the objective of analyzing whether hypnosis can be used lawfully as a means of proving in criminal proceedings.

Keywords: Means of proof. Hypnosis. False Memories.

1 Introdução

As provas no processo penal são utilizadas como os meios pelos quais se reconstrói, de forma aproximada, um fato histórico, visando comprovar sua existência e veracidade, tendo como finalidade influenciar no convencimento do julgador. Tem-se como prova tudo aquilo que possa contribuir para a elucidação dos fatos, atos ou o próprio direito discutido na lide. Assim, não é necessário que todos os fatos sejam provados, mas apenas aqueles que possam influenciar na tipificação do delito ou na exclusão da culpabilidade (LOPES JUNIOR, 2015, p. 419).

Aranha (2006) ensina que a prova origina-se do latim *probatio*, podendo ser traduzida como experimentação, verificação, reconhecimento, confronto, dando origem ao verbo *probare* (probo, as, are). É utilizada em diversos sentidos, sendo comum dizer que significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, existência ou exatidão de uma coisa. Em seu sentido jurídico, representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados. Contudo, em quaisquer de seus significados, representa sempre o meio usado pelo homem para, por meio da percepção, demonstrar uma verdade.

Considerando a presunção de inocência do acusado, cabe à acusação o ônus da prova, não impedindo que a defesa também as produza. Mesmo estando acobertado pela constituição, o direito a prova não é absoluto, existindo limitações acerca tanto do objeto quanto dos meios de produzi-la, no intuito de evitar que elementos vedados pelo ordenamento jurídico adentrem no processo. Essa limitação se configura quando sua obtenção infringe princípio constitucional ou direito material.

Posto que o objetivo da instrução probatória seja a busca da verdade e da justiça, as provas também encontram impasse quando se trata de provas ilegais, que subdividem-se em provas ilícitas e ilegítimas, preocupando o ordenamento por vulnerabilizar os direitos constitucionais. Entretanto, há doutrinadores que vêm ponderando tais vedações em casos excepcionais, visando à proteção de valores mais relevantes do que os transgredidos quando da produção de provas.

Nesse prisma, encarta-se a inclusão da regressão de memória como meio apto a compor as provas passíveis de serem produzidas em juízo no âmbito processual penal, sendo útil tanto à defesa quanto à acusação. Essa prova será produzida por meio da hipnose, técnica esta em que os pacientes são submetidos a um processo de relaxamento e foco mental. Dessa maneira, observa-se que a hipnose atua diretamente nas funções do cérebro, sendo um método não invasivo, pelo qual, através da inibição dos sentidos e do relaxamento, o paciente fica suscetível às sugestões do hipnólogo, podendo este acessar memórias incrustadas no seu subconsciente (GOEDERT, 2015).

A hipnose é muito difundida como meio de entretenimento, o qual a mídia sensacionalista expõe de forma a trazer dúvidas ao espectador acerca de sua veracidade e utilidade. Muito se mostra, em programas, pessoas sob o estado hipnótico comendo uma cebola pensando ser uma fruta saborosa ou até imitando animais, com o intuito de demonstrar o “poder” que o hipnólogo detém sob o hipnotizado. Adiante, restará provado que a hipnose não se trata do domínio da mente de outrem, pois sua

funcionalidade vai muito além do mero entretenimento, já sendo utilizada em diversos ramos, como na medicina, na odontologia, na psicologia e, como averiguaremos, no direito.

Assim, será que a hipnose pode ser considerada um meio de prova lícito no âmbito do direito processual penal? A possibilidade de implantação de falsas memórias impossibilitará o uso dessa técnica? É o que veremos no curso deste trabalho.

O estudo que se desenvolve visa averiguar a possibilidade de se usar a hipnose como meio de prova lícito no processo penal. Para tal, analisar-se-á os aspectos da hipnose e as memórias falsas, no intuito de aferir seu uso como elemento probatório, bem como de conhecer as vicissitudes dos meios de prova. E, por fim, analisar a utilidade das informações levantadas pela hipnose e como elas poderão influenciar o julgador no momento da sentença.

Para a realização do presente trabalho, definiu-se a pesquisa teórica como sendo o principal tipo de abordagem para enfrentar o problema central da pesquisa, pois esta é uma questão eminentemente teórica. Quanto ao método, pretende-se, a partir de estudos bibliográficos e documentais, verificar se é ou não admissível o uso de técnicas hipnóticas como meio lícito de prova no processo penal, sendo, para tanto, indispensável analisar as literaturas para demonstrar os posicionamentos doutrinários acerca do tema, bem como examinar os pontos controvertidos e também o entendimento dos tribunais sobre a utilização desse meio ilícito de prova no processo penal.

2 A evolução da tutela do direito penal

O direito penal acompanha historicamente a evolução da humanidade, sofrendo mutações de tempos em tempos. Na era primitiva, o homem que se valia apenas do seu instinto revidava às agressões de forma fatal, sua intenção, nem sempre observava a justiça e a proporcionalidade.

Posteriormente, surgiu a fase da vingança privada, em que a reação à ofensa era puramente pessoal, sendo a primeira conquista no terreno repressivo. O castigo era delimitado, não podendo mais ser arbitrário ou desproporcional, sendo chamado de pena de talião. Tal pena aparece nas leis mais remotas como o Código de Hamurabi e as leis hebraicas, consagrando, assim, o brocardo “olho por olho, dente por dente” (CAVALCANTE, 2002).

Adiante, na fase da vingança divina caracterizada pela existência de um poder social capaz de impor normas de conduta e castigos para seus descumprimentos, a crueldade já não era mais admitida, entretanto, punia-se com rigor, pois guardava-se relação com a grandeza do deus ofendido. Como exemplo desse seguimento, podemos mencionar o Código de Manu da Índia, que buscava a purificação da alma do criminoso por meio do castigo (CAVALCANTE, 2002).

Objetivando a segurança dos soberanos, surgiu a fase da vingança pública, punindo-se os criminosos de forma severa e cruel, com o fim de intimidar. Esse novo momento não expurgou as demais fases, pois não havia o direito penal (CAVALCANTE, 2002).

Na Grécia Antiga, tinha-se uma divisão entre crimes públicos e crimes privados; no primeiro caso, eram tratados os crimes mais graves e, no segundo, eram tratados os crimes menos graves. Com relação aos crimes mais gravosos, o estado agia, pois atingiam-se interesses sociais relevantes, enquanto nos crimes privados, era dada à vítima ou aos seus familiares a solução do conflito (CAVALCANTE, 2002).

Nessa época, surgiu o processo oral e sua característica pública, dando origem também à denúncia que era direcionada à assembleia que elegia o acusador. Depois, havia a composição de um tribunal popular, em que as partes apresentavam provas testemunhais e, por maioria dos votos, se condenava ou absolvía.

No início da formação jurídica da Roma Monárquica, o direito possuía, em suas bases, o formalismo, a rigidez, a solenidade e os costumes dos clãs e das famílias mais tradicionais. A princípio, direito e religião não haviam sido diferenciados.

Para limitar a vingança privada pelo talião e pela composição, confeccionou-se o primeiro conjunto de leis denominado Lei das XII Tábuas, baseado na redução a escrito dos costumes. Tal lei foi redigida a pedido dos plebeus que se queixavam da arbitrariedade dos magistrados patrícios e suas interpretações pelos pontífices. Revelava-se um estágio de evolução do direito, pois uma de suas previsões era a proibição das guerras privadas, devendo se instituir um processo penal (CAVALCANTE, 2002).

A era germânica caracterizou-se pela ideia de que o direito não era apenas um costume dedicado aos deuses, mas também uma vontade estatal, instituindo um sistema de composição, dando origem à multa, passando esta a integrar o sistema de penas (CAVALCANTE, 2002).

Percebe-se que, ao longo da história, buscaram-se diferentes meios para solucionar os impasses conflituosos das relações sociais no âmbito penal, promovendo a investigação e penalizando o autor da infração. Assim, registrou-se a presença da prova testemunhal no pentateuco, a rigidez no Código de Hamurábi, a distinção social no Código de Manu, a confissão mediante tortura na idade média, para só então tratar-se de prova no direito romano, com os basilares e marcos decisivos que hoje abrangem a teoria geral do direito penal (CAVALCANTE, 2002).

3 As provas no processo penal

Conforme ensina Capez (2014, p. 367), a prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, a fim de formar o convencimento do julgador acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. O tema referente à prova é de suma importância para a ciência processual, já que constitui o alicerce sobre o qual se ergue a dialética processual.

A prova vincula-se à verdade que, por sua vez, é a conformidade da noção ideológica com a realidade. Em apertada síntese, a certeza é sempre aspecto subjetivo, gerando igualmente uma verdade subjetiva, enquanto a verdade objetiva é a percepção de algo que coincide com a realidade. No processo, o objetivo das partes não é gerar a verdade objetiva, por ser complexa e nem sempre alcançável. Assim, o que se busca é convencer o magistrado de que a verdade corresponde aos fatos alegados em sua peça, seja ela de acusação ou de defesa (NUCCI, 2015).

Não é objetivo da prova nem do processo conseguir reproduzir a realidade, pois aquilo que efetivamente aconteceu com todos os detalhes e minúcias será impossível de ser repetido, pois valemo-nos ainda das mais rudimentares e inseguras provas. Para que haja condenação, exige-se do magistrado o estado de certeza, não sendo admitida a mera probabilidade. Portanto, as partes devem demonstrar a verdade dos fatos alegados, buscando uma convicção favorável, o que não significa que o resultado do processo amolde-se à realidade fática (NUCCI, 2015).

Durante a ação penal, as partes devem convencer o juiz dos elementos probatórios expostos ao longo da instrução, proporcionando ao julgador um raciocínio lógico, para que este adquira o estado de certeza necessário para proferir a decisão. Sua convicção pode ser verdadeira ou errônea, mas em momento algum será falsa, visto que seria o mesmo que dizer que a certeza não foi alcançada, o que seria um contrassenso (NUCCI, 2015).

Há provas típicas que estão expressamente previstas em lei, possuindo procedimento próprio para sua produção, como também há provas atípicas que não possuem previsão legal expressa (FERNANDES, *apud* NUCCI, 2015). Têm-se como provas diretas aquelas cujo procedimento consiste numa constatação empírica direta do que se prova, sendo uma observação imediata. As indiretas são aquelas nas quais o procedimento probatório permite chegar ao fato a partir de um processo de inferência, chamadas também de provas críticas, indiciárias ou circunstanciais. São, ainda, caracterizadas como plenas ou não plenas, levando em consideração seu valor probatório para fundamentarem por si só uma decisão judicial (ABELLÁN, *apud* NUCCI, 2015), e como positivas as que buscam demonstrar a verdade sobre um dado fático ou negativas, quando tendem atestar que o enunciado fático é falso (TARUFFO, *apud* NUCCI, 2015).

Pelo disposto nos artigos 93, IX da Constituição Federal e 155 caput, do Código de Processo Penal, o julgador pode formar sua livre convicção, valorando as provas como melhor lhes aprouver, salvo quando se tratar de provas tarifadas, adotando-se, assim, o sistema da persuasão racional. É indispensável que o magistrado fundamente sua decisão, pois sua convicção deve estar atrelada com os elementos probatórios colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. No entanto, há a possibilidade de se utilizar os elementos do inquérito policial, desde que não seja a única fonte para a formação da convicção do julgador (NUCCI, 2015).

Quando se trata de provas cautelares, provas não repetíveis e antecipadas, a lei faz uma ressalva, atribuindo a elas o mesmo valor das coletadas em juízo. Em suma, as cautelares possuem natureza urgente e necessitam de produção imediata. As não repetíveis são realizadas de imediato, levando em consideração a natureza de seu objeto e o seu grau de pericimento. E as provas antecipadas é a possibilidade de se adiantar a produção de uma prova cuja coleta seria feita, em regra, durante a ação penal (NUCCI, 2015).

Há inúmeros tipos de provas que podem ser produzidas no curso da persecução penal. No entanto, trataremos mais especificamente da prova testemunhal e pericial para averiguar a (in)admissibilidade do método hipnótico como meio hábil de prova.

Uma das primeiras parcerias da psicologia e do direito se relaciona com o testemunho. Averiguou-se que não só os criminosos devem ser examinados, mas também a veracidade do relato das testemunhas a respeito do que foi visto ou vivido. A entrevista forense é de suma importância na investigação, sendo projetada para facilitar a colheita de evidências por meio do testemunho (PISA, 2006, *apud* MESSA, 2010).

O testemunho de uma pessoa depende essencialmente de cinco fatores, quais sejam: do modo como percebeu o acontecimento, envolvendo as condições externas e internas de observação; do modo como a memória o conservou, envolvendo os processos neurofisiológicos que se influenciam pelas condições orgânicas e pelo funcionamento mnêmico; do modo como quer evocá-lo, envolvendo aspectos psico-orgânicos influenciados por mecanismos psíquicos como repressão e censura; do modo como quer se expressar, referente ao grau de sinceridade; e do modo como pode expressá-lo, englobando a precisão e a clareza com que o indivíduo descreve suas impressões no intuito de que os demais se sintam ou compreendam o fato como ele (MIRA Y LOPEZ, 2005, *apud* MESSA, 2010).

Assevera MESSA (2010) que toda percepção supõe uma vivência que se mescla a elementos intelectuais e afetivos, sendo os esquemas perceptivos essencialmente subjetivos e pessoais, não sendo possível considerar percepções neutras. Também pode ser influenciada pelo grau de fadiga psíquica ou, ainda, pela tendência afetiva presente, ou seja, a tendência de enxergarmos um fato como queríamos ou não que fosse, dando lugar a uma percepção distorcida com o resultado sugestionado pelo próprio psiquismo. Tal processo denomina-se de sugestão da espera, em que a consciência se antecipa e dá por acontecido o que ainda não ocorreu.

Em uma oitiva, o indivíduo pode completar suas lembranças utilizando-se de associações que, mesmo com boas intenções, podem deturpar a realidade. Insistir para que uma testemunha se lembre de algo pode reforçar o bloqueio psíquico ou formar falsas memórias. Os fatos também podem ser distorcidos por perguntas sugestivas e induzir respostas pelo estilo do juiz (MESSA, 2010).

Segundo preceitua o artigo 202 do CPP, toda pessoa poderá ser testemunha, devendo por óbvio ter tido conhecimento de um fato juridicamente relevante, sendo compromissada de dizer a verdade (art. 203, CPP). Deve-se ressaltar que o meio de vida, a profissão, a reputação ou qualquer outra qualificação pessoal da testemunha não impede a sua atuação. O compromisso de dizer a verdade é o método encontrado para se estabelecer a diferença entre a testemunha e outros declarantes que não possuem o dever de narrar fielmente o ocorrido (NUCCI, 2015).

A regra inserta no artigo 213 do CPP também é essencial, visto que veda que a testemunha faça suas apreciações pessoais sobre o fato. O depoimento deve ser valorado pelo julgador, sendo inviável permitir a testemunha opinar sobre o ocorrido. A exceção trazida na parte final do referido artigo deve ser aplicada com cautela, sendo, geralmente, os depoimentos prestados por especialistas ao emitir um parecer a respeito de um determinado fato, tratando-se de uma valoração técnica, e não de uma mera opinião (NUCCI, 2015).

Quanto à redução a termo do depoimento, o artigo 215 do CPP determina que a reprodução seja fiel, utilizando-se das expressões ditas pelas testemunhas. A redução

do termo por escrito é técnica, tendente a ser absorvida por já estar prevista, nos artigos 405, §1º e 475 do CPP, a possibilidade de que os depoimentos sejam gravados para obter maior fidelidade das informações (NUCCI, 2015).

Em se tratando da prova pericial, Nucci (2015) diz que é o exame de algo ou alguém, realizado por técnicos e especialistas que podem fazer afirmações ou extrair conclusões pertinentes ao processo penal, para oferecer ao julgador toda a informação técnica e científica necessária na resolução do caso. É indispensável nos crimes que deixam indícios materiais, sendo uma exceção ao sistema da valoração de prova calcada na persuasão racional.

A parte final do artigo 158 do CPP veda expressamente que a confissão do acusado possa servir de base para a prova de existência do crime, pois esta não supre a materialidade do delito (NUCCI, 2015).

Em geral, as perícias devem ser realizadas por um perito oficial, possuidor de diploma de curso superior, podendo ante a sua falta, que a perícia seja realizada por duas pessoas idôneas com formação na área do exame a ser realizado. As partes podem apresentar quesitos e indicar assistentes técnicos para acompanhar a perícia. Quando se tratar de matéria complexa e envolver várias áreas de conhecimento, é interessante que mais de um perito oficial participe. Realizados os trabalhos, deve-se emitir um laudo detalhado, de fácil entendimento, para melhor análise das partes processuais (NUCCI, 2015).

A exigência quanto à quantidade de peritos ocorreu com a alteração feita pela Lei 11.690/2008 no artigo 159 do CPP, passando a limitar a previsão contida no artigo 180 do mesmo diploma legal. Como boa parte dos exames é realizada por um único perito, ele não entrará em confronto consigo mesmo. Mas, caso a perícia seja realizada por mais de uma pessoa, podem ocorrer divergências, facultando, então, que sejam elaboradas respostas em separado ou que cada um elabore o seu próprio laudo. Nesses casos, a lei dá a entender que é necessário que haja um terceiro perito para desempatar. No entanto, o julgador, com base nas demais provas colhidas, pode se basear na versão que entender mais adequada, tendo em vista que o laudo não vincula sua decisão (NUCCI, 2015).

O magistrado que não concordar com o parecer do perito deve determinar a realização de outro laudo, não podendo afastar a prova legalmente apontada. Também é inviável que o juiz se coloque nas condições de perito, rejeitando o laudo e dando seu próprio parecer, independentemente do seu grau de conhecimento sobre o assunto. Se o juiz agir como perito, sua imparcialidade restará ferida, impedindo as partes de analisar o laudo, visto que estariam criticando o próprio julgador, o que somente pode ser feito em sede recursal (NUCCI, 2015).

No mesmo sentido, é o entendimento que se faz quanto à averiguação da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado (art. 26, CP), realizada no exame de insanidade mental. Nessa senda, o magistrado não pode decidir em sentido contrário ao perito, pois o Código Penal adota o sistema biopsicológico, exigindo que o perito ateste a parte biológica, avaliando se o acusado tem uma doença mental, no tempo em que o juiz analisa a parte psicológica para atestar se a doença se manifestava à época do crime (NUCCI, 2015).

Caso o julgador não consinta com a parte biológica, pode-se realizar outro exame, sendo defeso dizer que é saudável aquele que o perito disse que não o é, ou vice-versa. No entanto, é possível afastar a conclusão relativa à existência da enfermidade no momento do cometimento do crime, sem entrar no mérito da doença. Se houver a participação de assistentes técnicos, o trabalho do magistrado para apreciar o laudo é facilitado, afinal são igualmente especialistas e suas conclusões podem sustentar a rejeição do laudo no todo ou em parte, sem que haja falha em sua fundamentação (NUCCI, 2015).

Espínola Filho (s.d., *apud* NUCCI, 2015, p. 29) esclarece que

ao juiz não é lícito nunca enveredar pelo terreno do capricho e do arbitrário, e, obrigado sempre a motivar e fundamentar o que decide, terá de justificar, com razões mais fortes, a sua orientação, no sentido de desprezar as razões, com que se sustenta o parecer técnico dos peritos especializados.

As perícias estão cada vez mais ganhando destaque no âmbito processual penal visto o desenvolvimento das ciências. Laudos de confrontações de materiais servem como suporte para a constatação dos fatos que se relacionam com o que se pretende demonstrar. Quanto maior for precisa a análise, maior será o seu grau valorativo e, portanto, maior o grau de convencimento permitido ao julgador (MENDRONI, 2010).

Segundo relata Mendroni (2010), os laudos técnicos emitidos por peritos oficiais possuem grande valor probatório, enquanto os laudos dos peritos não oficiais não contam com o mesmo valor. Não se afirma que não possuam valor algum, mas que há uma diminuição de sua importância, ainda que possuam maior conhecimento acerca da matéria objeto de apreciação pelo fato de terem sido indicados pelas partes, presumindo menor valia. No entanto, se o perito não oficial demonstrar de forma convincente e segura que o perito oficial equivocou-se em sua análise, esse fator pode ser descaracterizado, incumbindo ao magistrado decidir livremente de forma fundamentada.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 49.375/RS 2014/ 0160331-2 da 6ª turma, no qual figurou como relator o Ministro Nefi Cordeiro, concluiu que,

embora o auto de avaliação não tenha sido produzido nos termos do art. 159 do CPP, pois confeccionado por única perita nomeada, sua valoração é feita em conjunto com demais elementos probatórios, a bem definir a existência de suporte probatório da materialidade e assim admitir a justa causa para a persecução criminal.

Em se tratando das perícias psicológicas, estas têm o intuito de focar nas características do periciando e em sua situação processual, a fim de investigar sua dinâmica de personalidade, inteligência e maturidade mental. O exame exige conhecimentos técnicos e científicos que comprovem a veracidade de determinado fato ou circunstância. É um meio de prova em que os peritos são nomeados para analisar episódios relevantes para o deslinde da causa (MESSA, 2010).

O Código de Ética do Psicólogo diz que o profissional deverá tomar precauções relatando somente o necessário para o esclarecimento do caso. É defeso ao psicólogo

atuar nas situações em que seus vínculos pessoais ou profissionais possam afetar a qualidade ou a fidelidade do trabalho (MESSA, 2010).

Embora a linguagem do laudo possua elementos técnicos, ele necessita ser de fácil entendimento aos destinatários, pois tem a função de compor as provas dos autos, de modo a permitir que sua análise sirva de base para a decisão do julgador. Ele deve ser detalhado, apresentando as respostas dos quesitos formulados pelas partes, com conclusões lógicas e compatíveis com o desenvolvimento da motivação (NUCCI, 2015).

Caso seja necessário, o juiz pode determinar que o laudo seja complementado, de forma a deixá-lo mais minucioso e claro. Há, ainda, a possibilidade de se ouvir o perito em audiência, porquanto as respostas podem ser mais elucidativas e dinâmicas. É autorizado ao julgador aceitar ou rejeitar o laudo no todo ou em parte, devendo, para tanto, ter elementos técnicos advindos de outras fontes válidas. Cabe, ainda, avaliar a necessidade de realização da perícia, salvo nos casos em que há vestígios materiais (NUCCI, 2015).

Nesse sentido, preleciona o artigo 181 do CPP:

no caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo. Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.

Com maestria, o artigo 184 do CPP disciplinou que a perícia seja feita somente quando necessária ao esclarecimento da verdade, não devendo ser deferida a requerimento de qualquer interessado. Deve ser acolhida pelo juiz nos casos em que sejam indispensáveis para a busca da verdade, por se tratar de meio de prova complexo (NUCCI, 2015).

Nesse prisma, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 1.473.543/SC da 6ª turma, figurando como relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, elucidou que

as instâncias ordinárias concluíram pela desnecessidade da realização de novo parecer psicológico não apenas pela suficiência da análise oriunda de todas as demais provas já produzidas, mas também pelo despropósito de sujeitar a vítima às angústias geradas pelas lembranças gravadas dos fatos ocorridos, restando preservada a norma inserta no art. 184 do Código de Processo Penal.

Da mesma forma, é desnecessária a produção de uma regressão de memória calcada nos métodos hipnóticos, quando os autos já estiverem carregados de provas suficientes para a condenação ou absolvição do acusado. Sua utilização deve se dar de forma excepcional, quando em virtude de um trauma for estritamente necessária a realização de tal perícia. Lembrando que a vítima ou a testemunha deve aceitar se submeter à realização do exame, devendo ficar ciente desde o início que o método a fará reviver as lembranças do fato.

3.1 Provas ilícitas e ilegítimas

Preleciona o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. No mesmo sentido, o artigo 157 do CPP também estabelece que as provas ilícitas são inadmissíveis, devendo serem desentranhadas dos autos, por terem sido obtidas violando normas constitucionais ou legais.

Uadi Lammêgo Bulos (*apud* Capez, 2014) ensina que as provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico, podendo ser de natureza formal e material. A ilicitude formal se dará quando a prova for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for de origem lícita. A ilicitude material trata da emissão de um ato contrário ao direito, pelo qual se consegue um dado probatório.

A prova ilegal é gênero do qual são espécies a prova ilegítima e ilícita. Entende-se como ilícita aquela que infringe as regras de direito material ou a própria constituição no momento de sua produção, anterior ou simultaneamente ao processo. Em se tratando de prova ilegítima, esta ocorre quando há violação de uma regra processual no momento de sua produção em juízo (LOPES JUNIOR, 2015).

Esclarece Capez (2014) que a prova também pode ser ilícita por violar princípio constitucional, como na gravação de conversa telefônica que exponha o interlocutor a vexame ferindo a sua imagem e intimidade, expondo sua vida privada. Podem também ser concomitantes a caracterização de infração penal e a transgressão a princípio constitucional, como ocorre na violação do domicílio, na proteção contra tortura e tratamento desumano, entre outros.

Após a Lei 11.690/08, quando as partes se depararem com uma prova ilícita, devem propor o incidente de ilicitude de prova, no intuito de que esta seja desentranhada e destruída. Em se tratando de nulidades, há um meio termo, ou seja, a nulidade pode ser relativa, o que não ocorre com as ilicitudes. As nulidades tratam dos desrespeitos quanto às formalidades do processo, sem ferir diretamente comandos normativos substanciais. Enquanto no âmbito da ilicitude, deve-se respeitar a produção da prova por se tratar de norma constitucional (NUCCI, 2015).

Em regra, também se repelem as provas ilícitas por derivação, que são aquelas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. Essa categoria de provas foi reconhecida pela Suprema Corte Norte Americana como a teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual o vício da planta se transmite aos frutos (CAPEZ, 2014). No Brasil, optou-se pelo sistema da consideração da ilicitude das provas quando derivadas de ilícitas, constituindo uma estrutura lógica e racional. De nada adiantaria preservar as garantias fundamentais no momento da produção da prova se, posteriormente, utilizar derivações inconsistentes com o ordenamento jurídico (NUCCI, 2015).

Em verdade, o processo se constitui de um complexo de evidências e provas de diversas origens. Caso haja, no processo, uma prova considerada ilícita, é errônea a afirmação de que todo o processo deverá ser anulado, devem-se tão somente ser excluídas as decorrentes daquela fonte ilícita, sendo os demais atos válidos. O processo é constituído de várias árvores e apenas aquela que nasce podre deve ser excluída dos autos (MENDRONI, 2010).

Segundo relata Mendroni (2010), a Suprema Corte Norte Americana relativizou a teoria dos frutos da árvore envenenada, demonstrando que, se a evidência for obtida por meios ilegais, isso não a impossibilita de ser utilizada desde que relevante para a instauração do processo. Segundo esse raciocínio, tal teoria não deveria ser considerada absoluta, podendo comportar exceções admissíveis.

Nesse sentido, criaram-se exceções como para os casos em que a conexão entre a conduta ilegal praticada pela autoridade policial e a descoberta da evidência tivessem pouca relação, podendo ser considerada inconsistente. Quando restar demonstrada que a prova seria inevitavelmente obtida por outro meio, ainda que a conduta reprovável não tivesse sido praticada. E, ainda, quando for obtida ilegalmente na esfera estadual, pode ser aproveitada no âmbito federal (MENDRONI, 2010).

4 Os princípios no processo penal

Inúmeros são os princípios que norteiam o processo penal, entretanto trataremos com mais afinco dos que serão estritamente necessários para elucidar se é admissível ou não a utilização do método hipnótico como meio de prova.

O princípio da verdade real estipula que, no âmbito penal, o julgador tem o dever de investigar a realidade dos fatos, não se conformando com a verdade formal constante nos autos. O artigo 156, II do CPP, faculta ao magistrado, de ofício, determinar a realização de diligências para esclarecer dúvida sobre ponto relevante. Tal princípio comporta exceções, como a impossibilidade de leitura de documento ou exibição de objeto que não tenha sido juntado ao processo com a antecedência determinada em lei, a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, limites nos depoimentos de pessoas que, em razão da função, ofício ou profissão, devam guardar segredo, a recusa de depor pelos parentes do acusado e as restrições à prova existentes no cível e aplicáveis no penal quanto ao estado das pessoas (CAPEZ, 2014).

O devido processo legal está elencado no artigo 5º, LIV, da CF, e assegura o direito do indivíduo não ser privado de sua liberdade e dos seus bens, sem que lhe seja garantido um processo desenvolvido nos basilares da lei. No campo processual, é garantida ao acusado a plenitude de defesa, abrangendo o direito de ser informado de todos os atos processuais, de ser ouvido, de ter acesso à defesa técnica, de se manifestar posteriormente à acusação e em todas as oportunidades à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas o que é excepcionado pela lei, de ser julgado perante um juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado (CAPEZ, 2014).

O princípio do contraditório exige que haja a efetiva contrariedade aos elementos acusatórios, garantindo a paridade de armas. Por essa razão, é essencial que o acusador, no momento de formular sua denúncia ou queixa-crime, seja claro ao narrar os fatos que estão imputando ao acusado, no intuito de que ele conheça a acusação e tenha condições para elaborar sua defesa, produzindo provas necessárias (CAPEZ, 2014).

O princípio da ampla defesa determina que o estado proporcione ao acusado a mais completa defesa, seja técnica, pessoal ou prestar assistência jurídica integral e gratuita a quem necessita. Com base nesse princípio, deve-se observar a ordem natural

do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre após a acusação para exercer seu direito de defesa com amplitude, salvo exceções legais (CAPEZ, 2014).

Em se tratando das provas ilícitas, como já dito em momento oportuno, são vedadas no ordenamento jurídico brasileiro, pois são produzidas em contrariedade a uma norma legal. A vedação pode constituir-se por uma norma de direito material ou processual, sendo, assim, ilícita e ilegítima.

No período do pós-guerra, desenvolveu-se, na Alemanha, a teoria da proporcionalidade, segundo a qual a prova ilícita pode ser admitida em casos gravíssimos e de caráter excepcional, baseando-se no equilíbrio entre os valores contrastantes, para atender uma finalidade justificável. Conforme essa teoria, a vedação das provas ilícitas é um princípio relativo, que excepcionalmente pode ser violado quando envolver interesse de maior relevância ou quando contrastar com outro direito fundamental (CAPEZ, 2014).

Nesse sentido, explica Capez (2014, p. 373) que

entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.

É de suma importância ressaltar os princípios da persuasão racional do julgador e o da motivação das decisões judiciais. No primeiro, estabelece que o juiz deve proferir suas decisões de forma crítica com base nos elementos existentes no processo. No segundo, esclarece que as decisões judiciais precisam ser motivadas, com vistas a possibilitar impugnações e reexames (CAPEZ, 2014).

Souza (1988, *apud* MESSA, 2010) explica que a personalidade do magistrado possui características únicas que refletem em todo o processo de julgamento, tais quais a sua capacidade perceptiva, o temperamento, a memória, a inteligência e outros fatos psicológicos que são aliados às experiências adquiridas e incorporadas ao seu sistema psíquico.

O julgamento também é influenciado pelos valores sociais e intrapsíquicos do julgador, sendo que a atuação deste último é inevitável mesmo com orientação e disposição para atuar com desprendimento, pois envolve conteúdos conscientes e inconscientes (MESSA, 2010).

Assevera Nucci (2015) que a prova é a demonstração da realidade no processo por meio da qual se busca formar no julgador a certeza em relação aos fatos e, conseqüentemente, gerar sua convicção. Assim, a finalidade da prova é produzir o convencimento do julgador quanto à verdade processual, devendo a parte se esforçar para extrair o maior número de elementos, viabilizando a persuasão racional.

5 O advento da hipnose

A prática do hipnotismo remonta os primórdios da humanidade, conforme o provam os achados arqueológicos e indícios psicológicos pré-históricos. Os fenômenos hipnóticos não eram admitidos como tais e seus praticantes frequentemente se diziam instrumentos da vontade misteriosa dos céus. O hipnotismo passou a abandonar essas ideias, ingressando no campo das atividades científicas, tornando-se matéria de competência psicológica (WEISSMANN, 1973).

No Egito, século XXX a.C., existiam os templos dos sonhos, em que se aplicavam sugestões terapêuticas enquanto as pessoas dormiam. Inúmeras gravuras e papiros daquela época ilustram sacerdotes hipnotizando prováveis pacientes, com instruções técnicas muito semelhantes às que encontramos nos métodos contemporâneos. Os gregos realizavam peregrinações ao templo de Esculápio, o Deus da Medicina, para serem submetidos à hipnose pelos sacerdotes, os quais invocavam alucinadamente a presença de sua divindade a indicar os possíveis expedientes de cura. E, na China, era tradição a indução do transe hipnótico, com intuito de aproximar os indivíduos de seus antepassados (BAUER, *apud* OLIVEIRA *et al.*, 2014).

Na segunda metade do século XVIII, na Alemanha do Sul, o padre Gassner realizava curas espetaculares numa dezena de milhares de pessoas de forma bastante teatral. A fim de assegurar a aprovação da Igreja, explicava seus métodos como um processo de exorcismo. No entanto, Gassner era um perito hipnotista e um grande psicólogo (WEISSMANN, 1973).

Franz Anton Mesmer (1734-1815) deu uma versão não menos fantástica aos fenômenos hipnóticos do que o padre Gassner. Em lugar de responsabilizar o demônio pelas enfermidades, responsabilizava os astros. A presença de expoentes clericais na história do hipnotismo não está adstrita às figuras do Padre Gassner e do Abade Faria, pois até o advento de Charcot era necessário conciliar a hipnose com um conceito teológico, em vez de conciliá-la com um conceito puramente científico (WEISSMANN, 1973).

Posteriormente, Mesmer começou a intentar curas por meio de ímãs, reconhecendo, nesse processo terapêutico, identidade de princípios. Sua doutrina se resume em dizer que a doença resulta da frequência irregular dos fluidos astrais e a cura depende da adequação dos mesmos, sendo que a hipnose era uma força emanada da pessoa do hipnotizador (WEISSMANN, 1973).

Seguindo a linha de Mesmer, o marquês de Puységur continuava a empregar os métodos repassados pelo mestre, até o dia em que, ao magnetizar um paciente, verificou que o expediente magnético podia produzir um estado de sono e repouso, em lugar das clássicas crises de convulsões. O paciente do marquês não se detinha no sono, pois dormindo movia os lábios e falava de forma mais astuta do que no estado normal (WEISSMANN, 1973).

O discípulo passou agir em sentido diverso ao mestre, em vez de provocar crises nervosas e convulsivas, sugeria aos pacientes que ficassem em paz e repouso, trazendo um estado hipnótico agradável, norma esta que se perpetuou na prática hipnótica daí em diante. Assim, Puységur deu um impulso decisivo ao hipnotismo

científico, estabelecendo os primeiros critérios psicologicamente corretos de hipnose e suscetibilidade hipnótica (WEISSMANN, 1973).

O Padre José Custódio de Faria (1755-1819), intitulado de Abade Faria, adiantou-se cientificamente em muitos pontos a Puységur. Foi o primeiro a lançar a doutrina da sugestão e a mostrar que hipnose não era sinônimo de sono. Em suas sessões, recomendava ao sujeito o relaxamento e as pessoas mais suscetíveis entravam imediatamente em transe hipnótico. Ele também contribuiu no desenvolvimento daquilo que posteriormente chamou-se de hipnose acordada. Assim, Abade Faria foi o primeiro hipnotista na acepção científica da palavra, reconhecendo o lado subjetivo do fenômeno em toda sua extensão, propagando que a hipnose se produzia e se explicava em função do sujeito, e não devido à influência magnética do hipnotizador (WEISSMANN, 1973).

Considerado o pai do hipnotismo, Bertrand foi tido pelos historiadores da psicologia médica como um ponto de transição entre o magnetismo e o hipnotismo. Após essas descobertas, diversos foram os que se aventuraram nessa seara, evoluindo tal técnica por meio de estudos e experimentações, expandindo-a também ao hipnotismo animal (WEISSMANN, 1973).

A hipnose caiu na vala do esquecimento por mais de trinta anos, até que teve uma volta triunfal com bases psicológicas modernas devido à psicanálise e à pessoa de seu fundador, Sigmund Freud, que abandonou o hipnotismo, pois não obteve resultados satisfatórios. Posteriormente, utiliza a hipnose como ferramenta de sugestão e ajuste (OLIVEIRA *et al.*, 2014).

Milton Erickson (1901-1980), psiquiatra norte-americano especializado em terapia familiar e hipnose, fundou a American Society of Clinical Hypnosis e popularizou um novo tipo de hipnoterapia, conhecida como hipnose ericksoniana, caracterizada, principalmente, por sugestão indireta no lugar de uma indução hipnótica clássica. Dessa forma, é oportunizado ao paciente a aceitar as sugestões com as quais se sentirão mais confortáveis, no seu próprio ritmo, podendo ele saber que não está sendo coagido, tomando para si a responsabilidade e a participação na sua própria transformação. Insistia ele que sugestões autoritárias encontrariam mais resistência, sendo que a mente inconsciente responderia a aberturas, deixando a oportunidade para que o hipnotizado possa preencher as lacunas com seu próprio entendimento inconsciente.

6 Hipnose e memória

O comportamento é caracterizado pela carga genética e pelas características estruturais em relação com o ambiente, sendo alterado constantemente por este, subsidiado pela aprendizagem e pela memória. A aprendizagem é o processo pelo qual se adquire conhecimento, enquanto a memória é o processo pelo qual o conhecimento é codificado, armazenado e, posteriormente, recordado (GAZZANIGA *et al.*, 2003, *apud* MALLOY-DINIZ *et al.*, 2016). A memória pode ser classificada pela quantidade de tempo que a informação fica retida, pelo sistema de aprendizado, pelo estágio de processamento da informação ou pela época do evento (SOHLBERG; MATEER, 2008, *apud* MALLOY-DINIZ *et al.*, 2016).

Segundo Jung (1991, *apud* FIORELLI; MANGINI, 2015), a memória é a faculdade de reproduzir conteúdos inconscientes, sendo desencadeada pelas informações recebidas através dos sentidos. Fatores psicológicos podem intervir no processo de armazenamento, o que depende do nível de consciência, da atenção, do estado emocional, da capacidade de compreensão do conteúdo, entre outros. As alterações podem acelerar o ritmo psíquico, sendo denominado de hipermnésia, ou, ainda, pode ser perdida a capacidade de fixação de conteúdos, caracterizando a amnésia.

Há diversos outros tipos de alterações como as paramnésias, caracterizadas pela deformação da memória evocada, as ilusões mnêmicas, quando há acréscimos de elementos falsos em uma lembrança, as alucinações mnêmicas que são criações da imaginação com aparência de lembranças, as fabulações nas quais o indivíduo utiliza da imaginação para completar lacunas de memória real, a criptomnésia em que não se reconhece os fatos como lembrança e os vivencia como uma experiência nova e, por fim, a ecmnésia que é um tipo de amnésia em que o indivíduo se recorda apenas de eventos de determinada época (MESSA, 2010).

Em se tratando do tempo de armazenamento da informação, Baddeley e Hitch (1974, *apud* MALLOY-DINIZ *et al.*, 2016) explicam que a memória pode ser dividida em três categorias: a memória sensorial, que armazena as informações por um brevíssimo período, sendo responsável pelo processamento inicial da informação; a memória de curto prazo, também denominada de memória imediata, que processa e armazena de forma limitada a informação, mantendo-a por alguns segundos, e a memória de longo prazo, que mantém a informação por um tempo mais longo, variando de minutos a décadas, possuindo uma capacidade ilimitada.

A memória de longo prazo é, ainda, subdividida em declarativa ou explícita e em não declarativa ou implícita, dependendo do tipo de sistema de aprendizado. A primeira se caracteriza por um estado de aprendizado consciente, em que o indivíduo relata espontaneamente o que aprendeu. Na segunda, há um aprendizado não declarativo, ou seja, envolve informações acerca de como realizar determinada atividade, inclusive habilidades reflexas, motoras e sensoriais (MALLOY-DINIZ *et al.*, 2016).

O processamento das informações se subdivide nos seguintes estágios: de codificação, em que são elaboradas as informações aprendidas pela primeira vez, devendo associá-las a um conhecimento prévio já estabelecido para a persistência de uma nova memória; a consolidação, que, em termos genéticos e de produção proteica, estabiliza a informação recém adquirida, a fim de retê-la por um longo prazo; o armazenamento é o local em que a memória é retida ao longo do tempo de forma praticamente ilimitada; por fim, a recuperação é utilizada para acessar as informações já retidas (MALLOY-DINIZ *et al.*, 2016).

Entrando, no campo da hipnose, é árdua a tarefa de conceituar tal método. No entendimento de Ferreira (p. 1, 2013, *apud* OLIVEIRA *et al.*, 2014, p. 43),

a hipnose é conceituada de várias formas, tendo muitas teorias explicativas de acordo com a linha de cada autor. Podemos citar como exemplo os conceitos de: “hipnose é um estado alterado de consciência” ou “hipnose é um estado ampliado

de consciência” ou “a hipnose é um estado dissociativo da mente”. Todas essas teorias têm um fundo de verdade, mas, com uma forma bastante simplista, podemos definir a hipnose como aquela condição intermediária entre o estado de vigília e o sono normal fisiológico, propriamente dito.

Para Bauer (2010, *apud* OLIVEIRA *et al.*, 2014), a hipnose é um estado natural, em que a pessoa que está sendo hipnotizada tem consciência do fato. O hipnotizado não é manipulado, mas sim conduzido a partir de sugestões técnicas utilizadas pelo hipnólogo.

A ideia de que o transe hipnótico induz ao sono é mito, pois, na realidade, é um estado de transição da consciência entre o sono e a vigília. Silberfarb (2011, *apud* GOEDERT, 2015) diz que o transe é um estado em que a atividade psíquica recebe um direcionamento específico e mais intensificado, sendo um processo interno de transição em que a atividade eletroquímica do cérebro é reorganizada.

Para a aplicação da hipnose, deve-se avaliar a suscetibilidade e a sugestionabilidade do indivíduo. A suscetibilidade é a capacidade mental de induzimento ao transe hipnótico, enquanto a sugestionabilidade é a habilidade pessoal do hipnotizado para responder a sugestões. Através da hipnose, o indivíduo sugestionável pode alcançar vários intentos, como a anestesia, as ilusões, a hipermnésia, a amnésia, entre outros (SILBERFARB, 2011, *apud* GOEDERT, 2015).

Segundo Silberfarb (2011, p. 76, *apud* GOEDERT, 2015, p. 8),

há experimentos demonstrando um aumento extraordinário da capacidade de memorização durante o transe, tanto para textos, cores, datas ou imagens. Também é frequente o paciente lembrar-se de eventos ocorridos há muito tempo, às vezes com detalhes que sequer ocuparam sua atenção no momento, mas questões presentes na evocação daquela imagem mental, como dia ou noite, objetos, sensações de textura, aromas, sons. Simplificadamente, a Hipermnésia é a capacidade aumentada de lembrar de coisas esquecidas. (sic)

A técnica hipnótica aplicada ao processo penal teria o condão de buscar informações detalhadas do momento de um fato juridicamente relevante, resgatando as memórias escondidas no subconsciente em decorrência de traumas.

A hipnose é reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina e regulamentada através do Parecer 42/99 (CORTEZ; OLIVEIRA, 2003, p. 66, *apud* OLIVEIRA *et al.*, 2014, p. 49), vejamos:

o Parecer nº 42/99 (10), aprovado em 28/08/1999 pelo plenário conselho federal de mediante, diz que a hipnose é reconhecida como valiosa prática médica, subsidiária de diagnóstico ou de tratamento devendo ser exercida por profissionais devidamente qualificados e sob rigoroso critério ético.

Não existe, no ordenamento, nenhuma vedação quanto à utilização da hipnose, o que indica que, como meio de prova, não poderia ser considerada ilícita.

7 Falsas memórias

Conforme assevera Sigmund Freud, criador da psicanálise, é no inconsciente que habitam as emoções e os sentimentos reprimidos da consciência por serem de conteúdo desagradável. A consciência nos permite acesso a um pequeno número de pensamentos, de memórias e de sentimentos, sendo a maioria inconsciente, pois os conteúdos são reprimidos pelo processo de recalque, que atua para impedir que uma ideia entre na consciência favorecida pelo estado emocional de forma disfarçada (MESSA, 2010). A emoção atua de forma determinante e contribui decisivamente para que aconteçam composições, lacunas, distorções, ampliações e reduções dos conteúdos, afetando o próprio reconhecimento (FIORELLI; MANGINI, 2015).

Embora sejam recordadas de forma realista, as falsas memórias consistem em informações inseridas na memória que não condizem com algo que realmente tenha acontecido ou que aconteceu de forma diversa do que a pessoa se recorda. Segundo o pesquisador Damásio (2000, *apud* FIORELLI; MANGINI, 2015), as memórias também contêm registros da reação emocional ao objeto e, quando o evocamos, recuperamos não só os dados sensoriais, mas também dados motores e emocionais associados.

Os mecanismos psíquicos protegem a mente de questões dolorosas, por essa razão elas tendem a ser esquecidas. Essa tendência dificulta quando pessoas são chamadas a testemunhar, pois podem não se recordar de detalhes importantes. Entretanto, há que se destacar que não há consenso entre os estudiosos de que memórias dolorosas são preferencialmente esquecidas, pois um grave acontecimento pode ser superado com mais facilidade por alguns e deixar sequelas irreparáveis em outros. Também não há consenso quanto à possibilidade de recuperar lembranças reprimidas de um evento traumático (FIORELLI; MANGINI, 2015).

Mira y Lopez (2005, *apud* MESSA, 2010, p. 96) explica que,

quando uma lembrança está ligada a uma tendência afetiva desagradável ou imoral, o psiquismo pode evitá-la, segundo o processo de repressão. A amnésia emocional gera o esquecimento de fatos que giram em torno de um núcleo emocional intenso, provavelmente difícil de suportar. O esquecimento involuntário que ocorre por conta da força da repressão de forma inconsciente pode acontecer, fragmentando e dificultando a evocação de lembranças. (sic)

A autora afirma ainda, segundo citação de Fiorelli e Mangini (2015, p. 14), que

o juiz crê que quanto mais viva e emotiva tenha sido a situação, tanto melhor tem que ser recordada pelo sujeito [...] crê que tem que ser severo ao exigir uma recordação precisa dos detalhes fundamentais. Pois bem, são precisamente esses detalhes os que se olvidam. (sic)

Por essa razão, não se pode recriminar uma testemunha e/ou vítima por não conseguir narrar detalhes de uma tragédia, pois, como já dito, diante de acontecimentos traumáticos, há um processo mental que protege o psiquismo (FIORELLI; MANGINI, 2015). Nessa senda, deve-se refletir sobre a ideia de que quanto mais emoção for expressada, mais verídico é o relato.

A memória é tanto uma reconstrução quanto uma reprodução, assevera Myers (1999, *apud* FIORELLI; MANGINI, 2015), não se pode ter certeza de que algo é real por parecer real, memórias irreais se revestem de realidade e, por mais viva que uma lembrança possa parecer, isso não prova que ela realmente aconteceu, pois não está isenta de alterações.

As distorções ocasionadas registram as lembranças com ampliação de seus atributos, fazendo com que algo ruim seja recordado como se fosse muito pior e algo bom seja extremamente melhor do que foi na realidade. A emoção de modo involuntário contribui para distorcer depoimentos, santificando os que não foram tão bons e crucificando os que não foram tão ruins (FIORELLI; MANGINI, 2015). Myers (1999, *apud* FIORELLI; MANGINI, 2015) esclarece que os indivíduos completam as falhas da memória com suposições plausíveis, como se de fato fosse um dado real, sendo observado corriqueiramente em acidentes automobilísticos e nos relatos de conflitos familiares.

Explica Sousa (1988, *apud* MESSA, 2010, p. 95) que

os depoimentos, englobando todas as formas, estão sujeitos a imperfeições, como erros, falhas, excessos e outros riscos, decorrentes de defeitos na fixação, conservação e evocação da percepção, e também fatores específicos ligados à idade, sexo, nível mental, condições sociais e familiares. (sic)

Quanto ao processo de recordação, cada indivíduo absorve algum estímulo, pela fala, pela audição, voltando ao local dos acontecimentos, entre inúmeras outras. Cada estímulo ativa diversas formas de memória, por essa razão é conveniente e/ou necessário que seja feita a reconstituição dos fatos.

8 O uso da hipnose no inquérito policial

O Instituto de Criminalística do Paraná atua desde 1983 na associação da hipnose como técnica auxiliar nas investigações criminais e também na confecção de retrato falado. Segundo informações do referido instituto, tais experimentos obtiveram ótimos resultados, tendo sido criado oficialmente em dezembro de 1999, o primeiro Laboratório de Hipnose forense, considerando o único da América Latina, que através da regressão da memória colabora na investigação criminal.

Geralmente, é utilizada quando a vítima ou a testemunha traumatizada pela violência empregada ou por outro motivo apresenta um bloqueio mental, não conseguindo descrever o criminoso nem fatos que ocorreram. É muito utilizada em casos de assalto, sequestro, estupro e atropelamentos nos quais acarreta a amnésia total ou parcial em relação aos detalhes gerais ou fisionômicos que observou sem conseguir descrevê-los.

O trabalho nessa seara iniciou-se com o caso de um atropelamento em frente a um do posto de combustível, que resultou em morte. A única testemunha foi o frentista que tentou auxiliar a vítima no local. Pelo trauma sofrido e pelo tempo transcorrido, a testemunha não se recordava mais com detalhes do acidente. Com o uso da hipnose, a testemunha descreveu o veículo, forneceu parcialmente a placa e ainda se recordou de

um escrito na lateral em formato de meia lua. O resultado obtido possibilitou a continuação do projeto (FERREIRA, 2013, *apud* OLIVEIRA *et al.*, 2014).

Ferreira (p. 572, 2013, *apud* OLIVEIRA *et al.*, 2014, p. 47) esclarece que

os órgãos especializados que mais solicitam a hipnose são as delegacias da mulher, crimes sexuais, estupros, homicídios, lesão corporal grave, homicídios, latrocínios. Acidentes de trânsito, atropelamento e Centro de Operações Policiais Especiais (COPE), relacionado com sequestros, roubos a bancos etc. (sic)

De acordo com o Instituto de Criminalística do Paraná, já foram atendidos mais de 700 casos, sendo que em quase 100% deles conseguiu-se obter informações que possibilitaram a elaboração de um retrato falado e esclarecer o crime.

Segundo Sampaio, atuante no Laboratório de Hipnose Forense do Instituto de Criminalística do Paraná, a hipnose deve ser conduzida por hipnólogo com formação em psiquiatria ou psicologia, pois requer conhecimentos técnicos sobre o assunto.

Werzbitzki (2000, *apud* OLIVEIRA *et al.*, 2014) explica que, para a realização de uma sessão de hipnose forense para impulsionar a investigação criminal, é necessário que a autoridade competente expeça um ofício acompanhado do boletim de ocorrência. A vítima ou a testemunha é encaminhada ao laboratório, devendo esta concordar em passar pelo procedimento. Caso seja menor de idade, é necessário o consentimento e acompanhamento dos seus responsáveis. Ressalta-se que ninguém deve ser obrigado a se submeter à hipnose, pois o que se busca não é violar a intimidade das pessoas, mas sim auxiliar o ordenamento jurídico.

A Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária do Paraná noticiou que o procedimento é realizado em uma sala acústica, contendo um vidro espelhado, em que é possibilitado que os envolvidos no caso acompanhem a sessão.

Embora o intuito do presente trabalho não seja estabelecer com minúcias qual o procedimento que deve ser adotado no âmbito jurisdicional no momento da produção de tal prova, é necessário esclarecer que, como já relatado, existem provas atípicas, ou seja, não possuem previsão legal expressa. No entanto, é de suma importância que sejam observados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Sendo assim, deve-se garantir o direito das partes em apresentar quesitos e indicar assistentes técnicos para acompanhar a perícia. Posteriormente, o perito emitirá um laudo de fácil entendimento para que a defesa e a acusação façam suas análises, bem como o julgador possa acolher o laudo no todo ou em parte, expondo suas razões.

O Tribunal de Justiça do Paraná, no julgamento do HC nº 976050, no qual figurou como Relator o Des. Oto Luiz Sponholz, indeferiu o pedido de reinquirição de duas testemunhas em estado hipnótico para obter o retrato falado da pessoa que viram sair da casa da vítima no dia do crime. Plena razão assiste o relator ao julgar tal HC, tendo em vista que a hipnose não substitui a prova testemunhal, mas sim a complementa. O que se busca é a inserção dos métodos hipnóticos como prova pericial, consistindo em um procedimento autônomo, e não em substituição a qualquer outro instrumento probatório.

Cumprе ressaltar que não é necessário produzir uma prova tão complexa como esta quando outras se fizerem suficientes para o deslinde do caso. Deve-se respeitar o

princípio da proporcionalidade, visando equilibrar os anseios sociais e os direitos individuais, para que seja mantida a ordem estabelecida no ordenamento jurídico.

9 Considerações finais

A utilização das técnicas hipnóticas no processo penal deve ser excepcional, calcada nos princípios basilares do ordenamento jurídico, especialmente no devido processo legal e na proporcionalidade. Tal técnica deve ser realizada por um especialista, adentrando no processo como prova pericial, podendo ser confrontada, aceita ou rejeitada como qualquer outra prova.

Assim como é utilizada na investigação, a perícia fundada na técnica hipnótica deve ser utilizada apenas quando realmente for necessária para auxiliar na elucidação do caso, ou seja, quando a vítima ou a testemunha tenha presenciado detalhes importantes e esteja impossibilitada de recordar dos fatos de forma convencional (FERREIRA, 2013, *apud* OLIVEIRA *et al.*, 2014). Caso os autos já estejam carregados de provas suficientes e o magistrado já esteja apto para julgar, é desnecessária a produção de tal prova.

Objetiva-se, com essa técnica, auxiliar a pessoa a relembrar dados importantes para a persecução penal, utilizando a hipnose com todo o rigor científico necessário na produção da perícia. Segundo Werzebtzki (2000, *apud* OLIVEIRA *et al.*, 2014), a técnica deve ser utilizada por profissionais capacitados que têm a responsabilidade de buscar a verdade sem infringir os preceitos normativos, almejando afastar o falso testemunho.

De fato ainda há muito o que se descobrir no campo da hipnose, pois, apesar de notória a sua existência, são necessários estudos mais aprofundados sobre o seu funcionamento no cérebro e suas consequências. Nesse sentido, ressalta-se que a hipnose não pode ser utilizada com frequência, nem por profissional incapacitado para tal procedimento, pois há riscos como a implantação de falsas memórias.

Como bem assevera Alves (2008, p. 326),

não existem uma única verdade e certeza que possam ser alcançadas de um ou de outro modo. Assim como o fenômeno projeta-se na consciência de cada um de nós diversamente, a percepção de verdade varia diferentemente em relação a cada indivíduo.

Restou demonstrado que um indivíduo pode apresentar falhas na memória devido a traumas e/ou pelo lapso temporal transcorrido do fato ao momento de prestar depoimento. O mesmo pode ocorrer com o uso da hipnose, pois falsas memórias podem ser criadas através da utilização dessa técnica. Verifica-se, assim, que tanto a prova testemunhal quanto a perícia realizada utilizando-se das técnicas hipnóticas devem ser analisadas com cautela, fundando-se também em outros elementos probatórios para fundamentar uma decisão judicial, visto que a memória pode sofrer alterações conscientes ou inconscientes.

Insta salientar que a possibilidade de implantação de falsas memórias através da hipnose não impossibilita o uso dessa técnica, pois o indivíduo pode naturalmente criar memórias e, atualmente, isso não desqualifica o seu depoimento. Sendo assim, é

desproporcional dizer que a hipnose não pode ser utilizada por implantar memórias que não são reais, visto que o procedimento será realizado por profissional capacitado e idôneo, a fim de que isso seja evitado.

Portanto, nota-se que a utilização da hipnose como meio de prova no processo penal é viável e, se utilizada corretamente, pode ser de grande valia para o ordenamento jurídico, principalmente quando não for possível produzir outras provas ou estas demonstrarem ser insuficientes para a elucidação do caso. Porém, deve-se ter cautela para que uma medida excepcional como essa não seja vulgarizada nem deturpada pelo mau uso.

Referências

ALVES, Fabio Wellington Ataíde. *Efetivação da Garantia de Defesa no Estado Constitucional de Direito: colisão entre poder punitivo e garantia de defesa*. Tese (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2008. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp069525.pdf>>. Acesso em: mar. 2016.

ARANHA, Adalberto Jose Q.T. Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 7. ed. Saraiva, 03/2006. VitalSource Bookshelf Online.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC: 49375 RS 2014/0160331-2, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 07/08/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2014. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25247977/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-49375-rs-2014-0160331-2-stj>>. Acesso em: ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1473543 SC 2012/0038497-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 04/09/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/09/2014. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25268389/recurso-especial-resp-1473543-sc-2012-0038497-3-stj>>. Acesso em: ago.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. HC: 976050 PR Habeas Corpus Crime - 0097605-0, Relator: Des. Oto Luiz Sponholz, Data de Julgamento: 26/10/2000, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 08/10/2001 DJ: 5979. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4366138/habeas-corporus-crime-hc-976050>>. Acesso em: ago. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 892 p.

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. *Evolução histórica do direito penal*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, III, n. 11, nov 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4756>. Acesso em: abr. 2016.

FIORELLI, José Osmir, MANGINI, Rosana Ragazzoni. *Psicologia Jurídica*, 7. ed. Atlas, 11/2015. VitalSource Bookshelf Online.

GOEDERT, Gustavo. *Hipnose no Processo Penal*. 2015. Disponível em: <<http://gustavogoedert.jusbrasil.com.br/artigos/146506447/hipnose-no-processo-penal>>. Acesso em: fev. 2016.

INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA DO PARANÁ: Laboratório de Hipnose Forense. Disponível em: <<http://www.ic.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=10>>. Acesso em: mar. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1148 p.

MALLOY-DINIZ, Leandro F., MATTOS, Paulo, ABREU, Neander, FUENTES, Daniel. *Neuropsicologia: aplicações clínicas*. ArtMed, 01/01/2016. VitalSource Bookshelf Online. Acesso em: jul. 2016.

MENDRONI, Batlouni, M. (10/2010). *Provas no Processo Penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522471850/>> Acesso em: ago. 2016

MESSA, Alcione Aparecida. *Psicologia Jurídica* (v. 20). Atlas, 05/2010. VitalSource Bookshelf Online. Acesso em: ago. 2016.

NUCCI, Souza, G. D. (03/2015). *Provas no Processo Penal*. 4. ed. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6304-0/>>. Acesso em: ago. 2016.

OLIVEIRA, Jacqueline Mont' alvão de; MAIA, Luciano Soares; SILVA, Maria Inês Gomes da; TEIXEIRA, Rodrigo Leal. *Hipnose como Meio de Investigação na Área Criminal*. 2014. Disponível em: <http://www.revistahumanidades.com.br/arquivos_up/artigos/a15.pdf>. Acesso em: fev. 2016.

WEISSMANN, Karl. *O Hipnotismo: psicologia, técnica, aplicação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Martins, 1973.

O Estado de Coisas Inconstitucional e a falência do sistema penitenciário do Brasil

The Unconstitutional State of things and the bankruptcy of the prison system in Brazil

Fernando Bemfica Nunes

Acadêmico do 8º período do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: fernandobemfica@hotmail.com

Resumo: Por meio do presente ensaio, pretende-se perquirir as violações de direitos realizadas pelo sistema carcerário brasileiro e a decretação de um Estado de Coisas Inconstitucional a partir da ADPF 347, que tramitou junto ao Supremo Tribunal Federal. Para tanto, serão analisados os diversos aspectos que permeiam as penitenciárias em face das previsões principiológicas e de direitos fundamentais na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Outrossim, examinar-se-ão as construções doutrinárias acerca do tema, as amostras de dados promovidas pelos órgãos competentes e responsáveis neste âmbito, além da estrutura legal e jurisprudencial que abrangem a situação objeto de estudo. Observar-se-á a necessidade de maior atenção, por parte do Estado e da sociedade, frente à problemática instaurada no atual Sistema de Execução Penal e dos reflexos emitidos nas mais diversas áreas, a fim de que se possa, a médio e longo prazo, vislumbrar e aplicar as alternativas à solução dos problemas.

Palavras-chave: Omissão Estatal Inconstitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Estado de Coisas Inconstitucional. Bloqueio Institucional. Alternativas ao Sistema de Execução Penal.

Abstract: The purpose of this essay is to investigate the violations of rights carried out by the Brazilian prison system and the Declaration of an Unconstitutional State of Things from ADPF 347, which was processed by the Federal Supreme Court. In order to do so, we will analyze the various aspects that permeate the penitentiaries in the face of principiological predictions and fundamental rights in the Federal Constitution and in infraconstitutional legislation. In addition, we will examine the doctrinal constructs on the subject; the data samples promoted by the competent and responsible organs in this scope, besides the legal and jurisprudential structure that cover the situation under study. There will be a need for greater attention by the State and society on the issues raised in the current Criminal Execution System and on the reflexes emitted in the most diverse areas, so that, in the medium and long term, to envisage and to apply the alternatives to the solution of the problems.

Keywords: State Unconstitutional Omission. Complaint of Breach of Fundamental Precept 347. Unconstitutional State of Affairs. Institutional Blockage. Alternatives to Criminal Execution System.

1 Introdução

Vistos quase como uma pandemia mundial, os problemas no sistema carcerário vêm se arrastando ao longo da história e se consumaram como fonte de supressão massiva de direitos fundamentais, indo demasiadamente além dos cerceamentos advindos de sua natureza sancionadora.

No Brasil, principalmente com o advento da Constituição de 1988, houve a positivação de uma série de direitos humanos, que fizeram com que houvesse a sistematização de uma espécie de esfera de proteção que visa garantir a tutela dos mais diversos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, constitucionalmente falando, houve, também, a tutela dos direitos daqueles que se encontram *sub judice* do Direito Penal e, de modo específico, como será tratado no presente trabalho, do sítio onde se aplicam as sanções privativas de liberdade.

Contudo, ao analisar a concretude do assunto, depara-se com um quadro sistêmico e massivo de pura negligência, omissão e cerceamento de garantias e direitos fundamentais, não se observando a aplicação efetiva das garantias abstratas previstas na Constituição, nas normas supralegais e infraconstitucionais. Nesse contexto, recentemente, a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, buscou-se, junto a Suprema Corte Brasileira, a análise da aplicação da figura do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)¹ à situação, instituto este trazido ao Brasil por meio do direito comparado.

Posto isso, o presente estudo busca perquirir a possibilidade de aplicação do ECI no Brasil, por meio de observações das experiências do direito comparado e o seu enquadramento no ordenamento jurídico pátrio, especificamente no caso levado a pauta pela ADPF 347. Será dado enfoque no objeto ao qual se busca a decretação de inconstitucionalidade, ou seja, serão analisados os aspectos e as vicissitudes do sistema carcerário que o levaram ao atual momento, visando vislumbrá-lo e defini-lo.

Ainda, a título de delimitação, sublinhe-se que o trabalho não irá voltar sua atenção a uma conceituação e estudo profundos do Estado de Coisas Inconstitucional propriamente dito, nem abordará de maneira sistêmica o seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, mas, sim, partirá da delineação histórica do instituto, buscando superar os equívocos da doutrina clássica acerca do controle de constitucionalidade por omissão estatal, da maneira com que é majoritariamente tratado, e, dessa forma, analisará o objeto debatido, em especial, quanto ao aspecto concreto e não abstrato de sua aplicação.

Para se obter uma perspectiva institucional do tema, verificar-se-á a situação de negligência e ingerência quando se trata da discussão do assunto. Também, passar-se-á a averiguação do posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto à solução da problemática instaurada, entre outros aspectos pertinentes que se revelam de suma importância para a melhor compreensão e definição do quadro.

Em resumo, o ingresso a esse campo turvo empregará uma pesquisa teórica que, utilizando-se da revisão bibliográfica e servindo-se do método dedutivo de

¹ Em prol da fluidez na leitura, utilizar-se-á doravante a sigla ECI para designar o Estado de Coisas Inconstitucional.

análise, buscará aferir o patamar em que se encontra o sistema carcerário, bem como as alternativas viáveis a sua otimização.

2 Atuação judiciária no controle abstrato de constitucionalidade repressivo concentrado

Ante ao fato de que o presente trabalho visa trilhar os caminhos da ADPF 347 e da admissão do ECI no Brasil, os primeiros passos não poderiam ser lançados distantes do vislumbre de como se norteia o atual controle de constitucionalidade brasileiro.

Isso posto, a título de abertura, mister é salientar que o ordenamento jurídico brasileiro ampara, em termos de momento, tanto o controle de constitucionalidade preventivo, ou seja, aquele que é realizado em momento anterior à ultimate do ato normativo, durante seu processo legislativo de formação, quanto o controle de constitucionalidade repressivo, que se dá em momento posterior à consumação da existência do ato normativo.

Em termos de competência, os referidos controles podem ser exercidos pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, dos quais aqueles exercidos por este último serão objeto de estudo mais aprofundado pela pesquisa em tela.

Dessa feita, a teor do controle de constitucionalidade repressivo, exercido pelo Judiciário do Brasil, o ordenamento jurídico o previu de forma concentrada, em que a competência de análise foi designada ao STF, e de forma difusa, em que os demais tribunais e, também, o próprio STF poderão o exercer.

Quanto ao controle concentrado exercido pelo STF, fora previsto na Carta Magna que, para tal, seriam utilizados específicos instrumentos jurídicos, com objetos e efeitos definidos entre si, quais sejam a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva Federal (IF) e, por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A respeito do objeto dos instrumentos alhures, cumpre destacar, em apertada síntese, que, a ADC e a ADI estão destinadas ao controle de atos normativos ante ao parâmetro do bloco de constitucionalidade; a ADO destina-se a analisar a inconstitucionalidade proveniente da inexistência de norma infraconstitucional que regulamente as previsões normativas de eficácia limitada da Constituição, ou seja, a omissão estatal na regulamentação das previsões constitucionais, em que, para tal, haveria um dever previsto na Constituição; já a IF consiste na possibilidade de que, excepcionalmente e em casos de anormalidade verificada, haja o afastamento do princípio da autonomia dos entes federativos, ocorrendo intervenção, ou da União nos Estados, Distrito Federal e Municípios, ou dos Estados em seus Municípios, a fim de que se detenham os atos do ente que estejam infringindo as normas constitucionais, em especial, àquelas direcionadas à promoção de preceitos fundamentais. Ademais, ressalta-se que os atos normativos, a serem atacados pelos instrumentos acima, devem ser sempre contemporâneos à Constituição vigente.

Por fim, a ADPF, com caráter subsidiário, tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, seja ele contemporâneo ou

anterior à Constituição, diferindo-a, assim, dos demais instrumentos de controle de constitucionalidade.

3 A ADPF nº 347 e o sistema carcerário brasileiro

Conforme já enunciado, a ADPF possui diferenciais em relação às características gerais das demais espécies de instrumentos de seu gênero. Tratando-se de seu objeto, quanto à análise do que seria preceito fundamental, tanto sua previsão constitucional quanto sua regulamentação infraconstitucional, a partir da Lei nº 9.882/99, foram omissas nesta conceituação, restando à doutrina e ao STF fazê-la. Assim, quanto a essa tarefa, o presente estudo tomará emprestada a conceituação concebida pelo Professor Cássio Juvenal Faria (2000, p. 83), ou seja, preceitos fundamentais seriam

[...] normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os “princípios fundamentais” do Título I (arts. 1º ao 4º); os integrantes da cláusula pétreia (art. 60, § 4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170); etc.

Quanto ao ato do Poder Público, o conceito, geralmente, é atrelado aos atos normativos e regulamentadores, os quais não podem ser objeto dos demais instrumentos de controle de constitucionalidade, externando, assim, o caráter subsidiário da ADPF.

Isso posto, quanto à situação do sistema carcerário brasileiro, constatando-se a violação de preceitos fundamentais resultante de atos do Poder Público, a qual não se configurou com a existência de ato normativo inconstitucional ou de ausência de norma regulamentadora para a efetivação das previsões da Carta Magna, como instrumento jurídico viável para atacar tais violações, restou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Contudo, mesmo com o manejo da ADPF, há de se ressaltar que os motivos aos quais implicaram na iminente violação de direitos fundamentais, vislumbrada nas unidades prisionais pelo país inteiro, são um tanto quanto distintos da concepção habitual doutrinária para o controle de constitucionalidade.

Quando se fala acerca desse controle, geralmente, o que é correlacionado é a existência de uma norma contrária ao bloco de constitucionalidade, o que não é vislumbrado no caso do sistema carcerário, em que o ordenamento existente é considerado um tanto quanto “garantista” na regulamentação de direitos fundamentais em favor dos sujeitos que se encontram sobre sua custódia. Outrossim, comum é a ligação da violação à Constituição Federal com a ausência de regulamentação dos direitos constitucionais previstos por meio de normas com eficácia limitada, o que, em regra, também não se observa, posto o farto número de dispositivos legais que permeiam o Direito Penal, em sede de matéria, processo e execução, tutelando e normatizando os direitos fundamentais.

Data vênia, apesar da doutrina tradicional, geralmente, atrelar o controle de constitucionalidade a pressupostos formais e materiais de previsão normativa ou da ausência desta, ou seja, ação ou omissão de atos do Poder Público no campo abstrato, para uma melhor elucidação e compreensão do que se passa na sistemática prisional brasileira e o consequente alcance aprimorado de soluções às suas inconstitucionalidades, há de se emergir desse plano e passar à análise concreta da efetivação e do cumprimento das disposições da Lei Maior.

Partindo dessa necessidade e perspectiva, há de se questionar os motivos do por que normas constitucionais que, por serem de aplicabilidade imediata plena e imediata contida, ou de aplicabilidade mediata limitada e que possuem plena regulamentação, e, em tese, deveriam possuir eficácia absoluta, ao se ingressar no campo da concretude fática, não são, nem de longe, aplicadas ou observadas.

A ausência de eficiência constitucional não decorre somente dos atos normativos do Poder Público, mas, sim, do colapso existente na atuação coordenada entre os diferentes órgãos e entidades dos poderes estatais, o que, na prática, com a falta de estrutura capaz de executar os comandos legais, ocasiona no vislumbre de direitos previstos em normas constitucionais e infraconstitucionais, consideradas autoaplicáveis, se transformando em direitos de ineficácia plena.

No importe das mantenças às garantias constitucionais, ressalta Campos (2016, p. 52) que “as falhas de coordenação, a indiferença do legislador, a ineficiência da administração e a insuficiência orçamentária formam um conjunto de vícios estatais que impedem a efetivação desses direitos”.

Tal omissão da máquina estatal, muitas vezes sucedida devido à carência de representatividade de determinados grupos sociais, culminando na negligência ou até inexistência de discussão de estipulados temas, quando perpetuada e cadenciada no decorrer do tempo, juntamente com outras circunstâncias, implica no que a Corte Constitucional da Colômbia batizou de Estado de Coisas Inconstitucional.

Esse instituto é, em seu país de origem, um importante aporte à discussão sobre a proteção dos direitos humanos quando estes se encontram violados de maneira catastrófica, e, com igual intuito, no Brasil, passou a figurar como uma possibilidade a partir do ano de 2015, com a propositura da ADPF 347, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

4 Da inconstitucionalidade estatal por omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional

Para compreender a evolução omicional do Estado até que se chegue ao ponto da instauração do Estado de Coisas Inconstitucional, há de se vislumbrar os modos com que se dão os descumprimentos das normas constitucionais, em especial, no tocante à passividade estatal, cominando na ineficácia daquelas destinadas à tutela dos direitos fundamentais.

4.1 *Omissão estatal inconstitucional*

Quanto a esse aspecto, a doutrina clássica vincula a configuração da omissão estatal inconstitucional à existência de direitos carentes de regulamentação, simultaneamente a um imperativo expresso de legislar na Constituição.

Acerca do tema, leciona José Afonso da Silva (2000, p. 289) que

as normas constitucionais são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, situação que não gera omissão inconstitucional, ou de eficácia contida e também de aplicabilidade imediata, que também não dá margem a omissão, ou de eficácia limitada de princípio institutivo ou de princípio programático e de aplicabilidade dependente de leis ou outra providência do Poder Público. Aqui é que se situa o campo possível das omissões inconstitucionais.

Também, o posicionamento de Cunha Júnior (2008, p. 211) é que,

para uma delimitação conceitual de omissão inconstitucional, é preciso que se deixe claro, desde logo, que só haverá essa omissão no domínio das chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, pois são as únicas que dependem ora de providências normativas do Poder Legislativo, ora de prestações positivas do Poder Executivo. Vale dizer, a omissão inconstitucional está relacionada com as normas constitucionais de eficácia limitada. Isso significa que, por óbvio, se todas as normas detivessem eficácia plena, não haveria lugar para a omissão inconstitucional. É preciso, não obstante, relativizar essa afirmação, na medida em que, embora plenamente eficazes, há normas que contemplam direitos (ex.: sociais) e carecerem de providências normativas e materiais do poder público, dando lugar ao reconhecimento, em caso de omissão, da inconstitucionalidade.

Dessa feita, fica claro que a doutrina clássica traça sua interpretação do que seria uma omissão inconstitucional somente no que tange à existência de um comando constitucional de regulamentação do direito limitadamente nela previsto, ou seja, restrito ao campo abstrato e formal dos direitos fundamentais, assim, ignorando a reflexão que deve ser feita acerca da possibilidade da inaplicabilidade das garantias fundamentais no plano material da atuação da máquina estatal.

Com esse mesmo raciocínio, Canotilho (2001, p. 302) ressaltou, ao abordar o tema, que “a análise gramatical da Constituição restringe o alcance das imposições constitucionais à atuação do legislador, não permitindo que sejam identificadas inconstitucionalidades fora da semântica do texto, identificando-se somente preceito e imposição”, impossibilitando a transição do controle de constitucionalidade do campo abstrato ao substancial.

Graças à referida concepção da doutrina clássica, em termos práticos, havendo inaplicação do texto constitucional por motivos alheios a ausência de conduta legislativa e regulamentadora do Estado, tem-se uma situação de impossibilidade

jurídica de combate a esse cenário, cominando no enfraquecimento da proteção às garantias fundamentais e propiciando a ocorrência de unilateralismos institucionais, como é o caso do judicialismo antidialógico, que ocorre quando o judiciário profere decisões que implicam em influências nos demais poderes, contudo, sem qualquer espécie de interlocução, bem como do bloqueio institucional político a respeito de determinados temas, que a despeito do sistema carcerário será melhor elucidado e conceituado no item 4.3 do presente estudo.

Outrossim, no campo das espécies de direitos que são passíveis de inconstitucionalidade por omissão dos Poderes Públicos, também é erro comum aos doutrinadores subordinar a tal somente os direitos dados como de segunda ou terceira dimensão, ou seja, somente aqueles que, a princípio, necessitariam de uma atuação positiva do Estado.

Contudo, um exímio exemplo de garantia constitucional, à qual, devido sua abstratividade conceitual, pode abranger as mais diversas dimensões dos direitos fundamentais, é a dignidade da pessoa humana, que, no campo material, pode ser ostentada em aspectos heterogêneos, na singularidade de cada caso, carecendo de cuidados distintos, por parte do Estado, tanto passivos como ativos, na busca de proporcionar tal tutela a cada indivíduo da sociedade.

Ainda, insta salientar que tal direito está intimamente ligado à conjuntura social à qual está alocado o indivíduo, de modo que, na medida da evolução do Estado e do Direito, automaticamente, o escopo do que é tido como dignidade prospera na proporção do que for logrado pelo meio ao qual se encontra o sujeito passivo de direitos.

Pois bem, em progressão a esses diagnósticos, cabe meditação no sentido de que o fato de haver previsão constitucional acerca de um direito e não haver a sua efetivação na prática, independentemente de um comando específico vindo da Magna Carta, tal fato já deveria ser argumento suficiente para o dever de agir do Poder Público, caso contrário, configurar-se-ia como uma omissão inconstitucional.

Em evolução à concepção clássica da hermenêutica a respeito da eficácia dos dispositivos constitucionais, tem-se de ponderar no sentido de que os mecanismos que versam acerca destes possuem, em regra, natureza jurídica de normas programáticas e institutivas, fazendo com que o Estado as tome como parâmetro de ação e se balize, por meio destas, para que, em todos os seus três poderes, haja a observância desses dispositivos como fator de legitimação de suas atuações.

Ora, ao se lembrar do Princípio Fundamental previsto no artigo primeiro da Constituição Federal, que o Brasil deve operar como um Estado Democrático de Direito, pautado em garantir, respeitar e promover os direitos fundamentais, elencados em ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, entre os indivíduos membros e também em face do poder estatal, se o povo abriu mão de um governo de tutela particular em troca de exerce-lo por intermédio do Estado representativo centralizado, sendo signatário de um pacto social, foi em busca de uma proteção diferenciada aos seus direitos dados como fundamentais, buscando receber do Estado a contrapartida em face dos deveres que exerce para com este.

Conforme ressalta a Corte Constitucional Colombiana (Sentencia T-025, de 2004), com fulcro no atual gabarito que alça a aplicação constitucional dos direitos, as

garantias fundamentais devem deixar de ser apenas limites externos e passar a ser condições de legitimidade da atuação do Poder Público.

Ademais, essencial também é ressaltar que os direitos humanos, pautados, conforme são, em ideias de dignidade, liberdade e igualdade do homem, não existem tão somente pela positivação destes junto ao ordenamento jurídico, tampouco, deveriam necessitar dessa previsão normativa para serem passíveis de proteção e promoção pelo Estado, pois emanam da natureza humana, menos ainda, pode-se anuir que supostos defeitos nas formas em que foram previstos os tornem menos aptos a serem assegurados como garantias fundamentais, ante o paradigma do dever do Poder Público de atuar em promoção e proteção de seus indivíduos.

Também em alusão ao abandono do engessamento acadêmico-doutrinário acerca da omissão estatal inconstitucional, “deve-se ter atenção maior a critérios de ordem material, porque os direitos fundamentais, para deixarem de ser ‘direitos de papel’, necessitam de proteção e promoção estatal” (CAMPOS, 2016, p. 56), cessando-se de ater à sua classificação, mesmo que, teoricamente, sejam dados como autoaplicáveis, pois a questão passa a ser de atuação da norma constitucional, não da estrutura dos enunciados normativos, passando a se falar da efetividade dos direitos fundamentais neles contidos, tendo, por diretriz, a concretização da Constituição como um todo, isto é, se a postura estatal é suficientemente adequada a atingir uma ultimação do comando constitucional no plano material, que não seja pífia.

Em outras palavras, seria dizer que, depois de construída uma sólida fundação normativa, há ainda de se erigir diversos esteios para a consumação do monumento dos direitos fundamentais, que, muitas vezes, figura tão somente como um aspirante ao céu da plenitude prática, não delineando totalmente a forma a qual se predestinou.

Nesse prisma, em tempos da tão almejada instrumentalidade das formas e dos direitos, bem como da constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro, há de se afastar do formalismo negligente contido na análise restrita à eficácia formal das normas, partindo-se à perseguição da eficácia prática das diretrizes constitucionais.

Passada essa conjecturação, quando a inércia da máquina estatal se delonga por largo período de tempo e verifica-se massiva violação dos direitos fundamentais, a consequência é a migração da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional.

4.2 O Estado de Coisas Inconstitucional

Antes de se adentrar ao conceito contemporâneo que se tem acerca do Estado de Coisas Inconstitucional e seu modelo de atuação judiciária, convém um breviário a partir dos precedentes históricos de decisões similares ao paradigma do presente estudo.

Ressalvadas as hipóteses em que há a modulação do efeito da decisão, bem como quando esta é dotada de efeito vinculativo, o padrão decisório comum gira em torno da análise do caso concreto e solução da lide com efeito entre as partes litigantes, contudo, no decorrer da trajetória judiciária mundial, é possível deparar-se com contextos diversos do habitual.

Nesse prisma, o presente trabalho trará, além do direito comparado colombiano, dois eventos internacionais como destaques a esta espécie atípica de julgamento que incorre em litígio estrutural.

O primeiro, passado no ano de 1978, no estado do Arkansas, nos Estados Unidos, litígio *Hutto versus Finney*, 437 U.S. 678, voltado especificamente para os centros prisionais do respectivo estado, em que, aforada pelos detentos desses estabelecimentos, a Corte Distrital reconheceu situação, valendo-se de termo semelhante ao utilizado vinte anos depois pela Corte Colombiana, de ocorrência de superpopulação, inadequação das instalações físicas, ausência de condições de segurança, uso abusivo do confinamento solitário, entre uma série de irregularidades e violações aos direitos dos presos.

Dessa feita, o Tribunal passou a exercer gerência e supervisão, juntamente com as Cortes locais, sobre o disposto em sua decisão que exigia e propunha modificações pontuais, realizando sucessivas intervenções, procedidas de apresentação de relatórios e avaliações do cumprimento do que fora determinado, a fim de que se alcançassem os resultados reclamados pela Constituição.

Quanto ao segundo, este se passou no ano de 1979, na Índia, litígio *Sunil Batra versus Delhi Administration*, em que, mediante denúncia de tortura e condições degradantes afetando a esfera individual do requerente, a Corte Indiana expediu ordens determinando que os juízes locais procedessem com visitas aos estabelecimentos penitenciários e comunicassem, às autoridades responsáveis por estes, acerca da proibição de adotar medidas corretivas materializadas contra os presos em prazo superior a dois dias, bem como a vedação de outras práticas atentatórias aos direitos fundamentais dos mesmos.

Não obstante o caráter mais particular tomado pela decisão indiana, um tanto afastado do conceito rígido do ECI, também foi possível verificar a existência de jurisdição gerenciadora e estruturante da Corte, assemelhando-se às premissas instituídas pela Corte Colombiana de existência de violação de direitos e atuação judiciária no intuito de garantir que os axiomas constitucionais fossem desenvolvidos na prática.

Finalmente, no ano de 1998, na Colômbia, por meio da Sentencia T-153, pela primeira vez na história, a Corte Constitucional do país se valeu do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, que esbanjava seu perfil ainda de forma rudimentar.

Alicerçando-se nessa primeira manifestação do instituto, é possível inaugurar a concepção do ambiente em que se verifica a oportunidade de instauração do ECI, que, conforme formulado pela Corte Constitucional Colombiana, a partir da Sentencia supracitada, pode ser invocado no ensejo da verificação de anomalia material inconstitucional, tendo por requisitos, cumulativos e taxativos: a) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, afetando significativo número de pessoas; b) a omissão sistêmica e recorrente das autoridades competentes no cumprimento da obrigação de tutela desses direitos; c) a existência de quadro cuja alteração requer ação complexa e cooperada das mais diversas instituições e órgãos públicos, tanto legislativos, executivos e judiciários; e d) a inefetividade e inadequação da adoção de demandas individuais e o conseqüente abarrotamento judiciário.

Pois bem, em seu primeiro ensaio, no ano de 1998, a Corte Colombiana proferiu decisão de caráter autoritário e antidialógico nas determinações dirigidas à Administração Pública, não cedendo maior espaço à negociação entre as instituições envolvidas, bem como limitando a supervisão do decidido tão somente ao formalismo dos órgãos, além de não ter permitido participação social mais expressiva.

De forma idêntica ao resultado das decisões padrões que visam atacar de modo semelhante as mudanças materiais que envolvem a máquina estatal, a repercussão desse parecer não foi diferente, qual seja a não produção de resultados palpáveis.

Após a adoção do instituto, que foi seguida de consecutivas decisões que tiveram sua eficácia frustrada, por terem sido prolatadas à forma da primeira e que, muitas vezes, relativizaram os ideais do instituto, quase que por banalizando-o, a Corte Colombiana, ante a tal impotência das deliberações existentes, sabiamente, passou a tomar caminho diverso daquele elegido anteriormente.

Desse modo, o divisor de águas foi a Sentencia T-025, do ano de 2004, pela qual a Corte declarou o ECI acerca do deslocamento forçado de pessoas, que se dava devido à existência de violência por parte da atividade de grupos armados no território colombiano.

Nessa oportunidade, a Corte trouxe importantíssimas modificações ao modo que havia proferido suas decisões, ocasião em que se ateve a dialeticidade que se espera desse cunho de decisão, supervisionando o seu cumprimento, realizando audiências públicas para debater as soluções formuladas e proferindo novas decisões e ordens dirigidas a conferir amplo sucesso às correções visadas.

Com essa aperfeiçoada ideologia do modelo de decisão voltada à ruptura do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Colombiana proferiu novas decisões a respeito de diversos temas, obtendo, por conseguinte, resultados bem mais promissores daquele de outrora.

Pautada nesse pensamento amadurecido e em circunstâncias novas e reiteradas, a partir da Sentencia T-388, no ano de 2013, fora decretado novo ECI acerca do sistema carcerário colombiano, em especial, quanto à superlotação dos presídios, e que, com fulcro no aperfeiçoado instituto, vem logrando diversos êxitos na mudança dos paradigmas do país.

Posta tal magnitude e importância à discussão internacional sobre a proteção dos direitos humanos que o tema tem tomado, em 2015, a partir da ADPF 347, arguida pelo PSOL, o Supremo Tribunal Federal passou a discutir acerca da implementação do ECI ao Sistema Prisional brasileiro.

4.3 Controle de constitucionalidade estrutural em face de bloqueio institucional sobre o sistema carcerário

Caminhando à análise mais individual do objeto do presente estudo, qual seja o sistema carcerário do Brasil, quanto à referida constatação de omissão dos Poderes Públicos que gera a não aplicação dos preceitos constitucionais ao caso concreto, o que se vislumbra não é tão somente isso, pois, devido ao significativo ápice de inefetividade dos direitos fundamentais que se arrasta por imensurável período, além da profunda negligência estatal na abordagem do assunto, o que se tem diante dos

olhos é nada menos que a configuração plena de um Bloqueio Institucional quanto ao respectivo tema.

No Brasil, quando se é feita referência às instituições do Legislativo e Executivo, bem como suas respectivas ramificações, órgãos estes responsáveis por empreenderem situações que se traduzam e se direcionem ao desenvolvimento de determinada função social, encarregados no desenvolvimento de políticas públicas e legislativas, tanto para regulamentação quanto para a consumação das previsões constitucionais, a despeito do presente caso, é nítida a corroboração paulatina de condutas ineficazes, inadequadas e inertes, cominando na incapacitação das providências do Poder Judiciário.

Em alusão aos motivos que aplacam o Bloqueio Institucional dos referidos Poderes, contemplam Valle e Freitas (2012, p. 337) que

a ponderação relacionada aos ônus políticos da decisão versus não decisão, muitas vezes, conduz à inércia, bem como, pelo fato de que as relações entre órgãos mais frequentemente se dão em regime de competição do que de colaboração.

[...]

Em tempos de sociedade de risco e de princípio da precaução, por vezes a ausência da decisão não se traduz numa estratégia orientada na inação, mas numa imobilidade de uma ou mais instituições que, talvez, não se revistam dos atributos necessários à adequada formulação da decisão requerida em concreto. Ademais, geralmente a ação, tornando-se estritamente política, passa pela aferição acerca da censurabilidade da não decisão e, só então, pela análise da existência de um efetivo dever de agir e cogitar mecanismos próprios à superação da paralisia.

Outrossim, no tocante aos aspectos políticos, há de se destacar que a popularidade do comprometimento na melhoria da situação carcerária é infinitamente inferior àquela inspirada pelo engajamento no aumento do número de prisões realizadas, passando à população a falsa ideia de que quanto maior o número de detentos mais segura estará, por conseguinte, ensejando a abertura ao descaso estatal quanto ao tema e à situação calamitosa a que se depara hodiernamente nos presídios por todo o Brasil.

Se encarrilhando às reflexões abordadas no presente estudo, há de se analisar a atuação prática a qual será destinado o Estado de Coisas Inconstitucional no país. Conforme levantado alhures, o que se verifica em relação ao Sistema Carcerário é a existência de um Bloqueio Institucional no debate, implementação e promoção do tema junto aos Poderes do Estado, inclusive podendo se falar de ausência de um consenso mínimo para a inauguração de qualquer estratégia cooperativa.

Em outras palavras, o engessamento que se vê nas autoridades competentes se transfigura em numerosas espécies de instituições que insistem em ignorar a calamidade existente atrás das grades brasileiras e nas políticas públicas estatais em geral, utilizando-se de discursos evasivos e manipuladores, a fim de que se mantenham na posição confortável da inércia atuacional.

Com isso em mente, o ECI figurará como oportunidade de que se exerça controle de constitucionalidade material sobre essas instituições, em que, por meio das experiências observadas por intermédio do direito comparado, espera-se que a decisão

oriunda da declaração do incidente seja dinâmica, experimental, de execução perene e pautada em diálogo e cooperação nos mais diversos aspectos, cominando em resultados promissores acerca da reestruturação estatal, no intuito de findar o bloqueio institucional observado, bem como a inconstitucionalidade omicional gerada por este.

5 Análise do sistema carcerário sob o prisma da ADPF 347

Ingressando-se no campo material do debate em tela, há de se enfrentar a conjuntura do sistema carcerário. Quando o tema em tela é o presente, a opinião popular é uma só: se estão lá, merecem o que passam, expressando, assim, o subjetivismo e a cultura do ódio que permeiam o pensamento e o discurso popular. Todavia, ao se falar do campo jurídico, não obstante a comoção que possa ser causada pelas circunstâncias, a situação deve ser distinta, posto que o ambiente proporcionado pelo Direito deve levar à reflexão objetiva e racional dos fatos.

Para tanto, há de se averiguar os dados que fundamentam a arguição do ECI, sustentado pela ADPF 347, os quais foram levantados pelo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil realizado pelo CNJ em conjunto com o DMF (2014), pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias realizado pelo DEPEN (2014) e pelo levantamento realizado pela Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ (2014).

Em suma, todos os estudos tiveram levantamentos próximos à identidade entre si, apontando, de maneira clarividente, a situação de calamidade que se encontram os encarceramentos brasileiros.

Os levantamentos apontaram que o Brasil figurava, à época, como o 4º país no ranking mundial da população carcerária, tendo aumentado esse número em 75% somente nos últimos 10 anos, chegando ao importe de 563.526 presos em penitenciárias, contudo, possuindo capacidade para somente 357.219, e, com a contabilização das prisões domiciliares, o número de presos sobe para 711.463, elevando o déficit de vagas para 354.244, não se falando nos 373.991 mandados de prisão que se encontravam em aberto à época do levantamento, que, se cumpridos, elevariam o déficit para 728.235 (levantamento da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, ano de 2014).

Esses números se tornam mais escandalosos quando se verifica que 41% desse total tratam-se de presos provisórios que, muitas vezes, sem possuir assessoria jurídica particular ou da Defensoria Pública, que infelizmente não possui sua devida estruturação física e pessoal em todo o Brasil, bem como devido à morosidade judiciária, aguardam por períodos não razoáveis até seu julgamento.

Com tamanho abarrotamento, não existe possibilidade de que seja respeitada a lei penal no sentido de separação dos presos por tipo de regime, tipo de prisão ou tipo de crime, sendo todos alojados em celas comuns, tornando a função prisional ainda mais ineficaz.

Outrossim, as pesquisas apontaram que a população carcerária tem especificada sua idade, seu gênero, sua raça, sua escolaridade e seus delitos majoritários, posto que, segundo o Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, realizado pelo CNJ em conjunto com o DMF (2014), 55,07% dos presos possuem de 18 a 29 anos, 93,03% são homens, 61,67% são negros, 75,08% possuem o ensino fundamental

incompleto e 74% dos crimes são pertencentes à Lei de drogas ou atentatórios ao patrimônio, estes últimos em grande parte correlacionados com os primeiros.

Como se já não fosse bastante os referidos dados, vê-se cada vez mais aumentar o número de homicídios, suicídios e estupro praticados dentro das prisões, situações inumanas de alimentação, higiene e alojamento, tendo casos de presos que são reclusos em contêineres metálicos postos ao sol devido à carência de vagas, aos casos de desrespeito à Constituição e aos mais diversos direitos fundamentais como a saúde, a dignidade, a vida, a alimentação e a vedação da tortura.

Ainda, a inércia estatal comina na insuficiência, na incapacidade e na falta de equipamentos por parte dos agentes penitenciários, que, por conseguinte, enseja a falta de controle interno das detenções, possibilitando a ação de Organizações Criminosas de dentro dos presídios, infernizando a sociedade civil e encurralando governos, conforme a recente problemática no sistema carcerário e a atuação histórica das Organizações nos presídios brasileiros, em eventos como Carandiru – SP (1992), Urso Branco – RO (2002) e Manaus – AM (2017), entre outros.

Além disso, não se verifica eficiência no dever estatal de prestação educacional e profissional ao recluso, o que acarreta na impossibilidade da valência da função ressocializadora do Direito Penal, por conseguinte e sem surpresa, levando o Brasil, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado pelo DEPEN (2014), ao índice de 70% de reincidência criminal e agravando ainda mais a sistemática carcerária nacional.

Como fundo consequencial, como bem lembrado pela presidente do Supremo Tribunal Federal, a ministra Cármen Lúcia, no 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual e da 64ª Reunião do CONSESP, em Goiânia/GO (2017), para quem “quando não se fazem escolas, falta dinheiro para presídios”, vê-se de forma assombrosa a comparação do custo mensal de um preso em face do custo anual de um aluno, haja vista o fato de que “um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano”.

Fazendo-se uma correlação matemática imediata, um preso custa o equivalente a 13 alunos para o Estado brasileiro ou, numa associação um pouco mais elaborada, o cuidado com três presos consome o custo de manutenção de toda uma sala de aula, com cerca de 40 alunos.

Eis a razão pela qual a presidente do STF severamente lembrou o alerta histórico de Darcy Ribeiro, que, em 1982, avisara, nas palavras de Cármen Lúcia, ainda no supramencionado encontro, que “se os governadores não construíssem escolas, em 20 anos, faltaria dinheiro para construir presídios”. Trágica e lamentavelmente, a ministra concluiu que “o fato se cumpriu. Estamos aqui reunidos diante de uma situação urgente, de um descaso feito lá atrás”. Ainda, vale lembrar que, além da educação, outras políticas públicas de apoio à população são requeridas para a superação de quadros como esse, as quais também não têm sido devidamente amparadas pelo governo nacional.

Posta tal conjuntura, chega-se ao vislumbre de uma sistemática penitenciária falida que não cumpre com a proposta de sua existência, em que olhos e braços das autoridades e da sociedade estão vedados e atados pelo descaso e desinteresse a

qualquer mudança em sentido à sua otimização, implicando em verdadeiro bloqueio institucional.

6 Alternativas para a solução da problemática penitenciária

Sem embargos à situação narrada, nessa conjuntura em que se encontram os cárceres brasileiros, nem tudo é pedra, e a esperança se encontra em alguns diamantes que vêm sendo lapidados pela doutrina e jurisprudência.

Para tanto, ante aos dados analisados, verifica-se que o primeiro movimento deve se dar no sentido de diminuir a população prisional brasileira, construir mais unidades prisionais, em especial, as voltadas ao atendimento da progressão de regime, bem como melhorar as atuais, para um desenvolvimento de alojamentos e condições mais dignas aos detentos, respeitando-se as garantias constitucionais de alimentação, saúde, higiene, entre outras, aplicando-se as ferramentas legais e diminuindo a complexidade de lidar com a atual situação.

Acerca de tal consideração, insta chamar à memória a decisão proferida pelo STF, sob o baluarte da Repercussão Geral, no Recurso Extraordinário nº 641.320, em maio de 2016, oportunidade em que, analisando a circunstância da falta de vagas no Sistema Prisional, o tribunal declarou que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção de condenado em regime prisional mais gravoso daquele que adquiriu direito, devendo-se observar, nessa conjuntura, as alternativas de (I) saída antecipada do sentenciado do regime com falta de vagas; (II) liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (III) cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.

Ou seja, clarividenciando ainda mais a emergência de atenção que carece o problema da superpopulação prisional do Brasil, em que, com toda certeza, deve se dar o passo inaugural de combate às violações da Constituição contidas nesse âmbito.

Ademais, insta a promoção de melhorias qualitativas e quantitativas dos agentes penitenciários, fornecendo, a estes, instrumentos e dinâmicas de trabalho otimizados e aptos a uma melhor gestão do cotidiano prisional.

Quanto à legislação vigente, há de se proceder com uma reforma da Lei nº 11.343/06, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, em especial, quanto à distinção entre a configuração do porte para uso pessoal e o referente a tráfico de drogas, condutas as quais são responsáveis por significativo percentual da população carcerária atual.

Por conseguinte, deve-se proceder com o cumprimento da estipulação contida no Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos artigos 9.3 e 7.5, respectivamente, dos quais o Brasil é signatário, para que se proceda à estruturação judiciária e legislativa para que, imediatamente após ultimada a prisão, o detido seja apresentado à autoridade judiciária no intuito de averiguar as circunstâncias da mesma, o que fora determinado pelo STF em caráter cautelar na ADPF 347, procedendo-se com sua manutenção de forma fundamentada, com a conversão em outra medida cautelar ou tão somente com o seu relaxamento, fator que, além de ser direito do preso, poderia influenciar de maneira significativa na

diminuição da superpopulação carcerária atual, posto o alto índice de prisões interinas e sem motivação que existem no sistema nacional.

Passada essa fase pré-prisional e fundamentada a necessidade de manutenção da prisão, insta haver o dever de se realizar, periodicamente, mutirões carcerários, para que novamente se analise as circunstâncias da prisão, visando dar fim ou progredir o regime de prisões provisórias e definitivas que já tenham sua fundamentação exaurida, cominando em mais um coeficiente no desabarrotamento prisional, paralelamente ao fortalecimento da Defensoria Pública brasileira, no intuito de levar aos presos assistência jurídica efetiva e gratuita.

Dentro da realização de mutirões, bem como na sede da tomada das decisões penais, há de se observar a preferência por medidas alternativas à prisão, como a detenção domiciliar cominada com o uso de monitoramento eletrônico, arcando o detento com tal medida, conforme previsto no Projeto de Lei do Senado (PLS) 310/2016.

Ainda dentro da visão de diminuição do contingente prisional, mister é a reflexão no sentido de ampliação da competência dos Juizados Especiais para atender aos crimes com pena privativa de liberdade máxima de até 4 anos, descongestionando, em certa medida, as Varas Criminais Comuns e flexibilizando o cumprimento de penas restritivas de liberdade.

Outro ponto que vem logrando diversos elogios e sucessos e que deve ter sua função ressaltada é o sistema APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), que se lastreia numa principiologia humanitária, ressocializadora, educadora, profissionalizante, de assistência jurídica, material, social, religiosa e à saúde, em que o detido é tratado de forma observadora aos direitos fundamentais, sem deixar de lado os deveres de reprimenda, retribuição e ressocialização do Direito Penal.

Esse método, além do afastamento de todos os problemas do sistema penitenciário comum e da dinamização do respeito e responsabilidade iludidos ao detento, alcança o percentual quase que místico de somente 10% de reincidência, que, na atual situação, seria um árduo, mas gratificante objetivo a se buscar.

Estabelecimentos desses já estão espalhados por todo o Brasil desde a década de 80, contudo, ainda não obtiveram a devida atenção, divulgação e investimentos por parte das autoridades competentes, evidenciando ainda mais que a resolução do atual quadro não é prioridade na agenda política, necessitando de medidas drásticas e urgentes como o ECI.

Por fim, incluso a toda essa atenção a ser prestada, está a necessidade de dedicação total ao processo de recuperação social dos presos, possibilitando o acesso dos mesmos à educação e ao trabalho, proporcionando uma melhoria em seus egressos à sociedade, a fim de evitar a reincidência penal, de diminuir custas estatais futuras e de levar ao preso à promoção de sua dignidade e demais direitos fundamentais, bem como a atuação preventiva das Políticas Públicas Sociais, atacando, especialmente, o problema dos entorpecentes e da miséria social.

7 Conclusão

Depois de trilhado todo o presente estudo, constata-se que o sistema carcerário brasileiro, nos moldes do conceito delineado pela Corte Colombiana, se encontra sobre

a égide de um Estado de Coisas Inconstitucional, posta a reiterada e incessante omissão institucional que permeia o assunto, que acabou, juntamente com a falta de representatividade política dos envolvidos, cominando em um bloqueio institucional em que é clara a ausência de vontade autônoma dos poderes políticos de agirem de modo diverso do atual, preenchendo, nos moldes do alhures explanado, todos os requisitos da existência do ECI.

Ao menos abstratamente, a figura do ECI é um tanto quanto promissora, senão a promover a direta solução das atuais condições do cenário prisional brasileiro, a despertar o debate acerca do tema e romper as primeiras providências em sentido às tão necessárias mudanças.

Nesse sentido, depositam-se as esperanças de seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro de forma que sejam observadas as experiências estrangeiras e se evite o acontecimento dos erros lá apreciados, ou seja, que os requisitos para sua decretação sejam sempre estritamente observados, posto que são taxativos e cumulativos, afastando-se, assim, hipóteses de banalização e ilegitimação do instituto.

Igualmente, espera-se que as decisões advindas de tal ocorrência sejam estritamente voltadas à concreta solução das maciças violações de direitos humanos e não somente empenhadas em apontar erros e desvios na atuação estatal. Por conseguinte e em radical afastamento da lógica ortodoxa das decisões e atuações do STF, vindo a traçar diretrizes à atuação futura do agir administrativo que sejam fiéis à busca da superação do bloqueio institucional e aos ultrajes aos quereres constitucionais.

Em outras palavras, a atuação da intervenção judicial deve ficar somente nas medidas necessárias à superação do bloqueio, quais sejam o empenho na promoção do debate acerca do tema estigmatizado, bem como o incentivo e a viabilização da cooperação entre os poderes estatais, aspirando um planejamento conjunto e apto à superação do ECI, não ingressando nas competências e designações dos demais poderes e instituições, tão somente, inaugurando um exercício de colaboração e estipulando metas e objetivos a serem alcançados.

Ao reconhecer a existência de um ECI, o judiciário, agindo proativamente e se valendo tanto da competência de guardião do cumprimento das normas constitucionais, quanto da competência de fiscalizador da atuação dos demais poderes estatais, declarar-se-á competente ao combate da ineficiência inconstitucional da atuação estatal estrutural, chamando ao procedimento todo e qualquer agente que possa contribuir num exercício dialético útil acerca do acerto de medidas capazes de dar fim à situação que ocasionou a decretação do ECI, bem como passando à sua atuação típica, supervisionando periodicamente a performance estatal em face do estipulado em sua decisão e das previsões da Lei Maior.

Outra reflexão dotada de importância acerca da legitimação dessa atuação ativa do STF e do instituto é que, quando a máquina estatal se omite na implementação de políticas públicas, a efetivação destas passa a ser pleiteada diretamente junto ao Poder Judiciário, em que, devido ao seu dever de fazer com que sejam cumpridas as premissas constitucionais, acaba por, de forma unilateral, antidialógica e imperativa, prolatar decisões que provocam inúmeros reflexos, particularmente de cunho orçamentário, nos demais Poderes Públicos, como é o caso do RE nº 580.252/MS, que

fora analisado sobre o baluarte da repercussão geral, em que o STF reconheceu que o Estado deve indenizar, de forma pecuniária, os danos morais sofridos pelos indivíduos recolhidos a estabelecimentos prisionais que sejam degradantes às suas garantias legais e constitucionais.

Quanto à elaboração de metas para a superação do quadro atual, a partir das reflexões deste estudo, fora possível vislumbrar um relevante leque de alternativas a serem aplicadas, contudo, que requerem atuação estatal positiva, duradoura e perene, posto que as condições atuais foram construídas historicamente e essa página não será virada de forma imediata, mas, sim, com uma concatenação de ações cujos resultados virão a médio e longo prazo.

Data vênua, visualizando sistemicamente a estrutura nacional, vê-se que os cárceres são meramente um dos sintomas que abarcam a infecção disseminada por todo o país, além do fato de que os tratar em apartado acarretaria em um círculo paradoxal infinito.

Isso posto, a atuação estatal deve se dar levando-se em conta todos os elos da corrente de estruturação social, quais sejam: a) gestão legislativa aperfeiçoada; b) segurança pública, policiamento ostensivo e Políticas Sociais efetivas; c) melhoria na política e na estrutura de inquérito e investigação; d) resposta judiciária em tempo hábil e de forma otimizada; e) sistema carcerário efetivo; e f) políticas e investimento estatal de ressocialização.

Em outras palavras, há a necessidade de planejamento, de estruturação e de organização estatal, de maneira sistêmica, objetivando a guarnição de direitos violados, ressuscitando e efetivando as políticas sociais e a função penitenciária, fazendo com que se tenha a equiparação real do valor da vida de cada indivíduo, baseando-se na isonomia, e o cumprimento do preceito fundamental do Estado Democrático de Direito, feito pelo povo e para o povo, propiciando os direitos de seus indivíduos.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2017.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 17 de novembro de 2015. Brasília, 17 nov. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Especial nº 580.252*. Relator: MORAES, Alexandre de. Publicado no DJ de 11-09-2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Especial nº 641.320*. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJ de 11-11-2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=641320&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado (PLS) 310/2016*. Autoria: Senador Paulo Bauer (PSDB/SC). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126640>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual e da 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública (Consesp), em Goiânia/GO*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>> Acesso em: 25 maio 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T.153/98*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

_____. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T-025/04*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

_____. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T-388/13*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 3. ed. Salvador: Editora Podivm, 2008.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

DMF. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. *Novo Diagnóstico De Pessoas Presas No Brasil*. Brasília/DF, junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. *Hutto versus Finney*, 437 U.S. 678. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/678/case.html>> Acesso em: 17 jun. 2017.

FARIA, Cássio Juvenal. *Comissões parlamentares de inquérito*. São Paulo: Edições Paloma, 2000.

ÍNDIA. Supreme Court of India. *Sunil Batra vs Delhi Administration*. Disponível em: <<https://indiankanoon.org/doc/778810/>> Acesso em: 17 jun. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

TJMG. *Programa Novos Rumos - Metodologia APAC*. Disponível em <<http://www9.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas/novos-rumos/apac/>> Acesso em: 27 jul. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; FREITAS, Daniela Bandeira de. *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Saberes insurgentes nos processos judiciais patenses: uma análise sob a ótica foucaultiana

*Insurgent knowledge in Patenses judicial processes: an analysis under the
foucauldian perspective*

Laura Alves de Araújo

Graduação em andamento em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas - UNIPAM.

E-mail: laura.araujo@outlook.com

Helen Corrêa Solis Neves

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (1996). Mestrado em Direito Público pela Universidade Católica de Brasília (2005).

E-mail: helensolis@unipam.edu.br

Paulo Sérgio Moreira da Silva

Graduação em História pelo Centro Universitário de Patos de Minas - UNIPAM (1997). Mestrado em História Social pela Universidade Federal de Uberlândia (2005). Doutorado em História Social pela Universidade Federal de Uberlândia (2012).

E-mail: paulo@unipam.edu.br

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar alguns processos judiciais do século XIX disponibilizados pelo Arquivo do Fórum da Cidade de Patos de Minas, MG, à luz da teoria foucaultiana. É, portanto, minuciosamente o pensamento de Michel Foucault e aplicá-lo junto à história dos processos de modo a elucidar os próprios conceitos levantados pelo autor, despidendo os enredos do formalismo jurídico e, por vezes, trazendo à tona incoerências da história tradicional. Para a análise, foram utilizadas, além dos processos, a obra *Microfísica do Poder* – de Michel Foucault - bem como outras obras que tratam da utilização de documentos judiciais como fonte para a compreensão histórica. Será observado o tempo de cada processo, de forma a poder interpretá-lo na história tradicional e, a partir daí, poder traçar uma história efetiva. Além disso, serão observados os personagens, respeitando os costumes e seus papéis do ponto de vista da sentença e do significado histórico que eles representam.

Palavras-chave: Processos judiciais. Michel Foucault. Justiça. Século XIX.

Abstract: The present work aims to analyze some judicial processes of century XIX made available by the Archive of the Forum of the City of Patos de Minas, MG, in the light of the Foucaultian theory. It is, therefore, to undermine the thinking of Michel Foucault and apply it to the history of processes in order to elucidate the very concepts raised by the author, stripping the plots of legal formalism and sometimes bringing up inconsistencies of traditional history. For the analysis were used, in addition to the processes, the book "Microphysics of power" of Michel Foucault, as well as other works dealing with the use of court documents as a source for historical understanding. The time of each process will be observed, in order to be able to interpret it in the traditional history and, from there, to be able to draw an effective history. In addition, the characters will be observed, respecting the customs and their roles from the point of view of the sentence and the historical meaning that they represent.

Keywords: Lawsuits. Michel Foucault. Justice. XIX century.

1 Considerações iniciais

O estudo da fonte primária, base do trabalho a ser desenvolvido, se faz importante, pois, de forma análoga à proposta apontada por Michel Foucault, objetiva desconstruir ou, ao menos, analisar aspectos que emergem dos processos judiciais que, por causa formal ou de ordem diversa, não puderam ser apreciados no trâmite nem o são pela história tradicional.

Para tanto, a metodologia utilizada consiste em processos judiciais do fim do século XIX que se encontram no Arquivo do Fórum da Cidade de Patos de Minas, Minas Gerais; bem como algumas obras de Michel Foucault, principalmente *Microfísica do Poder*; artigos científicos que puderam auxiliar nas análises e também obras diversas que tratam da utilização de processos judiciais na pesquisa científica.

A abordagem se faz pertinente, primeiro porque discutir o poder e suas formas de dominação, com destaque para o discurso, é essencial para compreender a sociedade e suas estruturas. Segundo, para desmistificar a ideia de que a produção documental do Judiciário, tendo em vista seu linguajar específico, é algo distante da realidade e não a traduz de forma a elucidar aspectos individualizantes das partes. De fato, não cabe ao Direito discutir os pormenores em relação aos indivíduos envolvidos (classe social, raça, profissão) que não venham a contribuir na análise do caso, mas ater-se aos fatos e àquilo que possa auxiliar na feitura de uma sentença o mais justa possível. Será evidenciado, portanto, que a produção documental não é distante da realidade, mas que, em certos casos, ultrapassa os limites do Direito, julgando cada caso a depender de quem são os demandantes. E, por último, a importância se dá também na medida em que se refutam conhecimentos elaborados pela história tradicional e adquire-se, assim, a consciência de que as relações de poder, embora tenham uma faceta opressora, são bem mais diversas e ricas que o padrão estudado e idealizado de curso histórico imóvel e sem contradições.

2 Análise das relações de micropoder

A partir da leitura da obra *Microfísica do Poder*, o objetivo da presente análise é avistar, nos processos judiciais, as perspectivas e o cerne da pesquisa foucaultiana, de modo que seu desenrolar não se distancie demasiado daquele seguido por Foucault, no que tange à disposição e à finalidade das observações sucedidas nas prisões e nos hospitais psiquiátricos. A proposta, portanto, é analisar, a partir de processos judiciais, como se dava a justiça e suas dimensões técnica e social à luz da teoria foucaultiana.

A compreensão inicia-se, portanto, esmiuçando aspectos importantes da obra analisada, ao delinear o projeto de uma genealogia do poder através do exercício de uma arqueologia do saber. Exercitar uma arqueologia do saber é entender historicamente e por meio de vestígios na sociedade como se deu o próprio saber, suas perspectivas, sua construção e sua dispersão social. Por genealogia, entende-se como sendo o poder como instrumento de análise capaz de explicar, nesse caso, a produção

dos saberes. Nas palavras do autor, “[...] o porquê dos saberes pretende explicar sua existência e suas transformações situando-o como peça de relações de poder ou incluindo-o em um dispositivo político” (FOUCAULT, 2003, p. IX).

Foucault apropria-se do conceito de genealogia de F. Nietzsche e fundamenta, assim, sua própria análise (FOUCAULT, 2003, p. 17). Ele coloca que a genealogia tem como objetivo marcar a singularidade dos acontecimentos, longe de sua finalidade; de alcançar a minúcia do saber, em oposição à metafísica enquanto pesquisa da “origem”. Assim, Foucault começa a delinear seu pensamento desenvolvendo três significados da origem. Primeiro, a origem não está na pureza, mas na discórdia. Segundo, não há solenidade na origem, ela é baixa: “[...] o homem por exemplo começou pela careta daquilo que ele ia se tornar”. Terceiro, rejeição da verdade como fim último. Sobre ela, pontua o autor: “a verdade, espécie de erro que tem a seu favor o fato de não poder ser refutada, sem dúvida porque o longo cozimento da história a tornou inalterável” (FOUCAULT, 2003, p. 17-19).

Em seguida, Foucault diferencia a história efetiva da história tradicional. A primeira trabalha com a singularidade do conhecimento, de cima para baixo; a segunda, de baixo para cima, almejando alcançar o que ele chama de cume inacessível da origem. “A história será 'efetiva' na medida em que ela reintroduzir o descontínuo em nosso próprio ser” (FOUCAULT, 2003, p. 27). A genealogia se dispõe a fazer exatamente isso, “[...] mostrar o corpo inteiramente marcado de história e a história arruinando o corpo” (FOUCAULT, 2003, p. 22). O objetivo não é deixar mostrar as raízes e o que caracteriza o momento histórico já delineado pela história tradicional, mas as discontinuidades que atravessam o objeto de análise que, por diversas razões, foram sepultadas em nome de uma verdade maior.

Sendo a genealogia, consonante ao explicitado anteriormente, aquilo que permite a construção de um saber histórico por meio da observação singular dos elementos, distanciando-os de seu fim previsto pela história tradicional em nome de uma verdade, faz-se necessário analisá-la junto ao poder. A genealogia permite libertar os saberes históricos da sujeição, contra a instância teórica unitária que tenta rebaixá-los para preservar uma verdade (FOUCAULT, 2003, p. 171). Foucault denomina os saberes despertados pela genealogia de insurreição dos saberes dominados, dividindo-os segundo duas classificações. O que ele chama de “conteúdos históricos sepultados, massacrados em coerências funcionais ou em sistematizações formais”, que são aquelas informações omitidas em prol de uma verdade maior (FOUCAULT, 2003, p. 170). Será analisado, posteriormente, um processo judicial cujos demandantes eram escravos, no ano de 1873, ou seja, escravos como sujeitos antes mesmo da abolição, ilustrando claramente a primeira definição de insurreição dos saberes dominados. A segunda definição diz respeito ao “saber não qualificado ou desqualificado, insuficientemente elaborado, hierarquicamente inferior”, nas palavras de Foucault (2003, p. 170),

[...] chamarei de saber das pessoas que não é de forma alguma um saber comum mas, ao contrário, um saber particular [...] incapaz de unanimidade e que só deve sua força à dimensão que o opõe a todos aqueles que o circundam - que realizou a crítica.

Ao afirmar que há saberes que estão num estado de dominação e que insurgem, é imprescindível elucidar a natureza do saber que domina, do que é chamado de verdade e a forma pela qual essa verdade se impõe.

O que está em questão é o que rege os enunciados e a forma como estes se regem entre si para constituir um conjunto de proposições aceitáveis. Neste nível não se trata de saber qual é o poder que age do exterior sobre a ciência, mas que efeitos de poder circulam entre os enunciados, qual é seu regime de poder. (FOUCAULT, 2003, p. 4)

Nota-se, de início, a íntima ligação entre verdade e poder, o saber que domina não é somente um conjunto de proposições aceitáveis escolhidas ao acaso e envolta de vaidades ou alucinações científicas. Os problemas políticos e sociais não devem ser pensados em termos de ciência e ideologia, mas de verdade e poder (FOUCAULT, 2003, p. 13); “[...] a verdade não existe fora do poder ou sem poder [...]. A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder” (FOUCAULT, 2003, p. 12). E, ainda, reforça o autor: “[...] a questão política não é o erro, a ilusão, a consciência alienada ou a ideologia; é a própria verdade” (FOUCAULT, 2003, p. 14).

Se o saber dominante possui forte ligação com o poder e é produzido graças a ele, é possível notar algumas características históricas do que Foucault chama de “economia política da verdade”, uma fórmula genérica de como e por quais meios a verdade é disseminada e assegurada no corpo social. São elas: centralismo na forma de discurso científico e nas instituições que o produzem; submissão à incitação econômica e política; aparição como objeto de difusão e consumo (nas formas de educação, informação); produção e consumo sob o controle e aparelhos políticos e econômicos (exército, universidade etc.) e na forma de objeto de debate político e confronto social (“lutas ideológicas”) (FOUCAULT, 2003, p. 13).

A verdade é uma produção, uma articulação de forças envoltas de intenções políticas. Se o regime da verdade é a condição de formação e desenvolvimento do capitalismo, e a verdade não existe sem o poder, seria a razão de ser e o fim do poder servir a economia? (FOUCAULT, 2003, p. 14, p. 174-175) Foucault faz esse questionamento por acreditar no economicismo na teoria do poder - ponto em comum entre a concepção jurídica ou liberal do poder político e a concepção marxista (FOUCAULT, 2003, p. 174-175). Por esse viés, a verdade seria sempre refém dos mandos e desmandos do mercado, pois, se não se pode pensar a política sem o poder, não é possível também pensar a economia sem o poder. O que significa que a verdade não pode ser liberta. Para Foucault (2003, p. 14), “libertar a verdade do poder é um tanto quanto quimérico, visto que a verdade é o próprio poder, por isso a questão é desvincular o poder da verdade das formas de hegemonia no interior das quais ela funciona no momento”.

Os saberes que insurgem a uma verdade produzida nem sempre se relacionam diretamente com o Estado. Em outras palavras, a insurreição dos saberes pode não impactar ou derivar dos assuntos ou das providências estatais. Não há estabelecimento somente de relações de poder entre governantes e governados, portanto não há uma

localização específica do poder na estrutura social. Não existe uma Teoria Geral do Poder, o que significa que o poder não é uma realidade que possui uma natureza, uma essência capaz de ser definida por suas características universais. O poder não é unitário, mas heterogêneo e em transformação; ele é uma prática social - não uma coisa - construído historicamente (FOUCAULT, 2003, p. X).

Ao analisar os hospitais psiquiátricos e as prisões, o que Foucault fez foi avistar o poder na sua forma mais distante do Estado, o que não significa que o objetivo é minimizar a ação do Estado, mas insurgir contra a ideia de que ele seria o único e o órgão central do poder e que as relações sociais seriam sua mera extensão. (FOUCAULT, 2003, p. XI-XVI).

Poder que intervém materialmente, atingindo a realidade mais concreta dos indivíduos - o seu corpo - e que se subia ao nível do próprio corpo social, e não acima dele, penetrando na vida cotidiana e por isso podendo ser caracterizado como micropoder ou subpoder. (FOUCAULT, 2003, p. XII)

É um tanto quanto equivocado imaginar a ação do poder (disciplinar) diretamente sobre o corpo do indivíduo somente de forma negativa, embora, concernente ao já explicitado, é nítido que o poder tem sua faceta inibidora e repressiva, já que produz saberes dominantes. Mas deve-se ter claro que o poder técnico que incide sobre o corpo apresenta também o objetivo não de suplício ou mutilação, mas adestramento e aprimoramento, haja vista que o homem que surge de forma individualizada - com gestos, discursos e ideias adestradas - também produz saber e poder.

Nessa materialização do poder por diferentes formas de disciplina, por intermédio de sua integração no próprio indivíduo, naturaliza-se o subjulgamento. Tendo em vista a eficácia produtiva do poder (produtor de saberes), ele se volta ao corpo do indivíduo para adestrá-lo. Sendo as relações diversas e incontáveis, a sensação de subjulgamento passa despercebida, porque o poder integra o indivíduo e possui ligação íntima com os saberes dominantes, com a verdade.

Diante do exposto, faz-se necessário, para maior compreensão e dimensão do que se trata a ideia de poder, analisá-la no contexto dos processos judiciais. Embora Foucault tenha estudado, não o poder especificamente, mas as relações e os contextos que o denotavam, por meio da observação de hospitais psiquiátricos - principalmente no que tange à insurreição dos saberes - e das prisões - sobre as formas de controle; a proposta é fazer emergir os conceitos elaborados por ele e algumas de suas constatações no exercício do poder figurado no âmbito do Poder Judiciário. É despir o formalismo que o Direito impõe e as máscaras que os saberes dominantes dedicam à História, trazendo à tona, nos mais variados processos, as características e sutilezas pelas quais o poder se institui.

3 Processos judiciais patenses sob a ótica foucaultiana

O primeiro processo, escolhido no Arquivo do Fórum de Patos de Minas, Minas Gerais, data do ano de 1892. Victorino, ex-escravo de Antônio Dias Maciel, foi acusado

de tentativa de furto de uma manta de toucinho. Para atingir tal intento, segundo o processo, ele precisou arrombar uma casa com uma enxada, na Villa de Santo Antônio dos Patos (hoje Patos de Minas). Alguns dos atos processuais, é possível constatar, não eram executados no Fórum, como ocorre atualmente; mas na Câmara Municipal e também na casa do Juiz de Direito. Foram ouvidas cinco testemunhas e todas elas depuseram contra Victorino. Ainda assim, a prova oral foi a base para proferir a sentença absolvendo o acusado.

Analisando, portanto, aspectos menos técnico-jurídicos, tem-se a referência que se obtém do réu. Em todo o processo o nome Victorino vem acompanhado do adicional “ex escravo do Coronel Antônio Dias Maciel” e, ainda, em obtenção de prova oral, lê-se que o ex-escravo “tinha, ouviu dizer, o costume de furtar”. As provas, embora tenham sido muito pobres, se mostraram suficientes para inocentar Victorino, o que dá a entender que, mesmo em tempos de pós-abolição da escravatura, fez-se importante mencionar o nome do ex-proprietário (Coronel). Ou seja, a identificação dos precedentes de Victorino, provavelmente, foi crucial para a conclusão do processo, já que a família Maciel possui uma história, no poder político patense, notória. Logo, além da relação de micropoder entre proprietário e escravo, observa-se a relação do coronelismo (detentores do poder político) com o Judiciário. Ainda, há que se duvidar da inexistência de uma relação de dominação entre o Coronel e o ex-escravo (mesmo no pós-abolição), ou o primeiro, visto sua posição social, influenciou na absolvição unicamente por uma suposta consciência libertária, configurando-se, assim, como uma desvinculação do poder da verdade das formas de hegemonia?

Por último, *a contrario sensu* das relações de micropoder apontadas, que acabaram por enfatizar a verdade dominante - o saber produzido a partir de um poder político que usa da verdade (de sua própria) produção para se manter – é indispensável deixar notar que houve, também, uma espécie de insurreição de saberes dominados. Mesmo havendo indícios contra Victorino e sendo ele rotulado devido à sua posição social, houve absolvição. Se não se pode falar, como já apontado, em uma consciência libertária no coronelismo, há que se falar em insurreição de saberes em sentido amplo.

O segundo processo analisado data do ano de 1855 e consiste numa “desinteligência” entre um Escrivão e um Padre no Distrito da Barra de Sant'Anna do Rio Espírito Santo, sendo o primeiro encarregado de realizar intimação na casa do segundo. Ocorre que, por motivos ignorados, o Padre, seu escravo e o afilhado “procederam fisicamente” contra o Escrivão. Foi aberto procedimento contra os supostos agressores pelo crime de resistência (artigo 116 do Código Criminal de 1830), cuja presidência ficaria a cargo do Juiz Municipal. Por motivos demonstrados nos autos, o 1º Juiz Substituto que apreciou o caso decidiu por não acatar a denúncia. Insatisfeito, o Subdelegado requereu que o Juiz de Direito analisasse o assunto e responsabilizasse o 1º Juiz Substituto, que foi referido como “acobertador de criminosos” e acusado de desrespeitar o Regulamento nº. 120, de 31 de janeiro de 1842, capítulo IX da Pronúncia, sua sustentação e ratificação do processo de formação de culpa. O Juiz de Direito entendeu que não houve falhas por parte do 1º Juiz Substituto na apreciação do caso e decisão de não acatar a denúncia contra o Padre, logo este também não cometeu crime algum (já que o não acatamento da denúncia foi entendido

como correto). O que justificou tal entendimento foi embasado na existência de falhas que macularam o processo, tais como: o Escrivão (que foi agredido) não era legitimamente investido no cargo e, embora se tratasse de mandado simples, adentrou a casa para intimar o Padre (que era seu inimigo) com arma em punho.

Evidenciado que as circunstâncias fizeram com que a decisão do Juiz em não acatar a denúncia fosse acertada, faz-se necessário observar a situação sem se ater aos ditames legais e às divergências entre as partes. A conivência que a Igreja Católica teve em tempos de escravidão a faz, não somente por isso, detentora de poder. Poder este que, como qualquer outro, é produtor de saberes, nesse caso, saberes que serviram de amparo ideológico para a preservação do sistema (VASCONCELOS, 2005, p. 46). Seguindo a “fórmula” da economia da verdade, vê-se uma parceria entre dois poderes que se completam: Judiciário e Igreja. O centralismo na forma de discurso científico, produzido pelo capitalismo; submissão à incitação econômica e política, impulsionada pelo tráfico negreiro e a conivência do Estado; aparição como objeto de difusão, por meio da Igreja, “popularizando” o saber produzido; produção e consumo sob o controle de aparelhos políticos, o Estado produzindo o saber e utilizando da religião como amparo ideológico. À luz da teoria da economia da verdade, vê-se que houve no processo uma reprodução da relação entre Estado e Igreja e, mais especificamente, Judiciário e Igreja (FOUCAULT, 2003, p. 170).

No terceiro processo selecionado, do ano de 1899, verifica-se um caso de falsificação de moeda. A história tem como foco dois acusados que efetuaram uma compra de um vendedor ambulante de joias, totalizando uma soma de nove contos e novecentos mil réis. Ocorre pagamento de dívida com notas de quinhentos mil, duzentos mil e cem mil réis, supostamente falsas. Houve menção desses três tipos de notas – 500, 200 e 100 mil réis - porém a nota de maior valor não constava no processo. A análise da perícia aponta que a de 500 mil é a que mais se assemelha com a verdadeira, justamente àquela que não está entre os documentos do processo. Nota-se, também, que havia uma certa proximidade entre os dois acusados, sendo o mais “influyente na sociedade” o menos mencionado. Num aspecto mais técnico, o processo teve mais de dez testemunhas arroladas e prescreveu após passar por três ordenamentos jurídicos diferentes (39 anos depois de seu início).

De início, não é interesse do Estado dar a oportunidade para que cidadãos amotinem contra ele, sob pena de invalidar seu discurso de dominação e colocar em xeque os saberes então tidos como verdades. O fato de o processo ser extenso, possuir várias testemunhas arroladas e apontar falhas manifestas (a nota de 500 mil que se assemelha à verdadeira, mas não consta no processo, por exemplo) já justifica sua prescrição. O suposto crime cometido no caso se mostrava de tamanha relevância que fora enviado, na época, para a Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais. Ainda, soma-se ao pouco interesse do Estado em insurgir contra ele próprio, o fato de que um dos réus aparentava ser um homem influente na Villa. Quebrar a lógica do poder seria quebrar a lógica da própria economia.

Por último, mas não menos importante, um processo do ano de 1873 que trata de um depósito de escravas na Villa de Santo Antônio dos Patos. O documento é um pedido de depósito de dois “objetos”, a saber, duas escravas (Anacleta e sua filha Roza, que tinha três anos de idade). Há menção de uma ação de liberdade movida

anteriormente por “Sebastiana, suas filhas e netos [...] contra seus supostos senhores”. Por um lado, há uma ação movida por escravos; por outro, Anacleta e Roza necessitaram ser depositadas para que o processo tramitasse, já que houve nomeação de depositário e curador.

Nota-se o que se chama de insurreição dos saberes dominados, posto que é evidente o surgimento de um conteúdo histórico sepultado em coerências funcionais. As marcas de saber particular e hierarquicamente inferior que insurgem ao conjunto funcional que marca a abolição (1888) são deslumbradas em dois aspectos: noção e requisição de liberdade antes da abolição e o papel feminino nessa luta (a ação de liberdade mencionada foi feita por mulheres). Ainda, a ideia de micropoder, aquilo que intervém materialmente e se dá no nível do corpo social, e não acima dele; mostra a periferia autônoma em relação ao centro e, ao mesmo tempo, uma espécie de submissão à economia política da verdade, porque as condições sócio-materiais não permitiram que houvesse liberdade de fato, posto que não se fazia possível liberdade econômica aos escravos. Remete-se a esse ponto o questionamento foucaultiano acerca da justiça popular, não em sua ideia estrita, mas compreendendo o aparato burguês de justiça como insuficiente para suprir as necessidades sociais antes da abolição (escravos eram objetos) e no pós-abolição, já que a liberdade por si só não foi garantidora de uma vida digna aos libertos.

4 Considerações finais

O exercício de uma arqueologia do saber proporciona a construção de uma genealogia, isto é, de um saber histórico por meio da observação singular dos elementos. Ao refletir sobre a origem, Foucault deixa nítida a ideia de que ela, como elemento que é, possui também singularidade. Não cabe, portanto, imaginar a origem intrincada ao seu fim ou ao que ela significou em determinado momento. É exatamente sob essa perspectiva que se pode diferenciar a história real da efetiva.

Ao proceder uma análise utilizando outro método que não o genealógico, absorvendo de antemão as características atribuídas pela história, chegar-se-á não à origem ou ao que de fato é aquele objeto em questão. Para aproximar-se da verdade, é preciso afastá-la ao máximo do cozimento da história, observar o objeto de baixo para cima, introduzir o descontínuo no próprio ser, mostrar a história arruinando o corpo ou ainda transparecer as raízes do momento histórico.

Por meio da construção de saberes históricos diversos daqueles entendidos pela história tradicional e sua libertação, chega-se ao que Foucault chama de insurreição dos saberes dominados, analisado de diversas formas nos processos patenses: na hipótese do caso do Coronel e seu ex-escravo Victorino e do depósito de escravas. O significado original de insurreição foi desdobrado e tomou dimensões diversas no decorrer da análise, partindo a observação, em cada caso, de um ângulo diferente. Como, por exemplo, ao afirmar que caso o Coronel não se mostrasse de fato com intenções libertárias, poderia ser identificada uma espécie de insurreição, no sentido do protagonismo do ex-escravo.

Por mais óbvio que possa parecer o resultado final, geralmente porque confirma-se a existência da dominação, o diferencial da análise semelhandando à de

Foucault se faz importante porque abre a possibilidade de, no caso dos processos, ensejar novas causas aos resultados obtidos - retomando a ideia de origem baixa. Ora, o Padre não foi absolvido porque obtiveram provas que o inocentassem, mas porque a Igreja era mantenedora do aparato ideológico imperante. O Padre foi absolvido porque ele era Padre. Os possíveis passadores de notas falsas não tiveram seu processo tramitando por 39 anos porque a justiça é morosa, mas porque não é interesse do Estado levar uma investigação a fio que só ocorre em decorrência de sua ineficiência. O crime prescreveu porque o Estado não se interessava em insurgir contra ele próprio.

A partir da análise sucinta dos processos, é evidente o esforço praticado em nome da manutenção de uma verdade, a saber, da verdade de quem domina. Isso porque os problemas políticos devem ser pensados em termos de verdade e poder. A verdade é entendida como produto de coerções e a construção de efeitos regulamentados de poder, por isso é impossível libertá-la do poder. Mas é praticável sua desvinculação das formas de hegemonia em que ela funciona, por exemplo, a hipótese lançada caso fosse verificada a consciência libertária do Coronel, no processo em que o réu foi Victorino ex-escravo.

É possível extrair de praticamente todos os casos a existência de poderes não derivantes ou não relacionados necessariamente ao poder do Estado, mesmo porque a característica principal do poder é não ser homogêneo, unitário. Ele é algo que age sobre o corpo dos indivíduos e permeia as relações por eles estabelecidas. Há poder em todo saber, por mais particular que seja, há poder em toda relação, em todos os lugares. Isso porque a economia política da verdade nada mais é do que o meio para que o poder dissemine o saber produzido, a verdade aceita (imposta). De forma que as outras verdades, “não oficiais”, insurgentes, ocultadas pela história não deixam de representar uma relação de poder, são vistas ao longo da grande teia, penetrando no cotidiano dos indivíduos, chamadas de relações de micropoder.

Observar o raro protagonismo das relações de micropoder, que dificilmente ganham notoriedade perante o poder do Estado (macropoder) - embora ambos o exerçam - revela a necessidade de um saber afastado da conversa oca e do formalismo do estudo científico nas torres de marfim. Para compreender a sociedade e as relações de poder nela existentes, deve-se aproximar dela e conseguir tocar no seu íntimo, por mais descontínua que seja a forma de conhecimento ali adquirida. Do contrário, os ensinamentos de Foucault não seriam embasados no que ele adquiriu ao observar de perto hospitais psiquiátricos e prisões, revelando a imprescindibilidade do estudo e da construção de uma história efetiva.

Referências

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 18. ed. São Paulo: Graal, 2003.

VASCONCELOS, Sérgio Sezino Douets. Tópicos sobre o papel da Igreja em relação à escravidão e religião negra no Brasil. *Revista de Teologia e Ciências da Religião*, Pernambuco, ano IV, n. 4, p. 35-51, set. 2005. Disponível em: <www.unicap.br/Arte/ler.php?art_cod=1569>. Acesso em: 05 fev. 2017.

Efetividade da proteção da criança e do adolescente sob amparo normativo de norma infraconstitucional

Effectiveness of child and adolescent protection under normative protection of infraconstitutional norm

Maria Laura de Melo Sousa

Graduanda do 9º período curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas.
E-mail: marialaura_melosousa@yahoo.com.br

Resumo: O artigo trata do conceito de criança e adolescente, tendo como marco a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como a Lei n. 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente. Aborda o princípio da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, destacando a importância de sua aplicação junto à norma na proteção contra violação de direitos fundamentais, juntamente com o amparo da família, sociedade, atuando simultaneamente nessa conjuntura. O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento são o bibliográfico e o jurisprudencial.

Palavras-chave: Criança. Adolescente. Direitos. Políticas Públicas.

Abstract: The article deals with the concept of child and adolescent, having as a landmark the Constitution of the Federative Republic of Brazil, as well as Law no. 8,069, called the Child and Adolescent Statute. It addresses the principle of the doctrine of the integral protection of children and adolescents, highlighting the importance of its application along with the norm in protection against violation of fundamental rights, together with the support of the family, society, acting simultaneously in this conjuncture. The research method used is the deductive method as well as the bibliographic and jurisprudential methods.

Keywords: Child. Teenager. Rights. Public policy.

1 Considerações iniciais

A criança e o adolescente sempre foram alvos de grandes discriminações por parte de toda a sociedade, a qual não se preocupava em respeitá-los ou entendê-los, desconhecendo fato de que os mesmos ainda são indivíduos em desenvolvimento.

A primeira legislação referente à criança e ao adolescente no Brasil foi o Código de Mello Matos, de 1927. Tratava da chamada doutrina da situação irregular, com a instituição da figura do juiz de menores, cuja função era tomar as decisões quanto ao destino do adolescente autor de atos infracionais. O pensamento dominante não era o de proteção desse adolescente, mas sim o de recolhimento, com a finalidade de proteger a sociedade.

Depois da Segunda Guerra e com as discussões internacionais sobre os direitos humanos, foi publicada, pela Organização das Nações Unidas, a Declaração dos Direitos da Criança e, com ela, muitos direitos foram garantidos. Foi um grande avanço focar na doutrina da proteção integral e reconhecer a criança e o adolescente como

sujeitos de direitos, estabelecendo a necessidade de proteção e de cuidados especiais, substituindo a doutrina da situação irregular anterior.

A Doutrina da Proteção Integral da Organização das Nações Unidas foi inserida na legislação brasileira pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, trazendo, para a nossa sociedade, os avanços obtidos na ordem internacional em favor da infância e da juventude. Com a nova doutrina, a família, a sociedade e o Estado tornaram-se responsáveis pela concretização dos direitos inerentes a eles, até porque, devido à condição de pessoas em desenvolvimento, precisam desses corresponsáveis para assegurar e garantir seus direitos.

E para regulamentar as ações e as políticas do Estado frente ao novo paradigma e adequar a legislação nacional com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1990, editou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que regulamentou o sistema de garantia e de proteção dos direitos infanto-juvenis.

Representando uma novidade democrática no cumprimento de suas normas, o ECA define, como diretriz básica da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, a criação dos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional (art. 88, inciso II). Por meio desses Conselhos, o ECA firma-se como descentralizador e aberto à participação popular. Ao estabelecer clara distinção entre os casos sociais e aqueles com implicação de natureza jurídica, o 11 ECA destina os primeiros aos Conselhos Titulares e somente os últimos à Justiça da Infância e da Juventude. Usa, assim, o sistema de administração da justiça para o controle social do delito e cria mecanismos de exigibilidade para os direitos individuais e coletivos da população infanto-juvenil. As medidas preventivas e educativas visam resgatar direitos, responsabilizar e integrar adolescentes em conflito com a lei.

Ao reconhecer a criança e o adolescente como prioridade absoluta, estamos assumindo o valor intrínseco e o valor projetivo das novas gerações. O valor intrínseco é o reconhecimento de que, em qualquer etapa do seu desenvolvimento, a criança e o adolescente são seres humanos na mais plena acepção do termo. O valor projetivo, por sua vez, considera que cada criança e cada adolescente é um portador do futuro de sua família, do seu povo e da humanidade.

No entanto, apesar de fazer mais de duas décadas dessas inovações legislativas, a proteção integral da criança e do adolescente não é aplicada de forma efetiva. As maiores dificuldades na aplicação dos princípios do novo paradigma em todas as esferas do poder se resumem em falta de estrutura e má interpretação/compreensão da “nova” legislação. É preciso um sistema que garanta esses direitos, que se estabelece em três campos, o da promoção dos direitos, a defesa desses direitos e o controle social. Não basta que os direitos estejam no papel.

A promoção dos direitos se faz com a efetiva implementação das políticas de atendimento que deve ocorrer de forma articulada por ações governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, e por ações não governamentais, que devem garantir todos os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

A defesa dos direitos consiste na garantia do acesso à justiça. O controle social das ações de promoção e de defesa dos direitos é atribuição soberana da sociedade, por meio de suas organizações e representações, em especial, conselhos de direitos e

conselhos setoriais de formulação e controle de políticas públicas. É aqui que se situa a importância do esforço de criação e consolidação dos Conselhos de Direitos e Tutelares em todos os municípios brasileiros, instância federativa de execução da maioria das políticas de atendimento.

A sociedade precisa compreender e questionar se o que está previsto nas nossas leis está sendo garantido para todas as crianças e adolescentes de todas as regiões e classes sociais em nosso país. Para ter um futuro melhor para nossas crianças e jovens, não faltam leis, e sim políticas consistentes. Por isso, é importante saber o que cobrar e de quem.

O poder judiciário, último recurso que essa população vislumbra para a proteção e efetivação de seus direitos, também sofre com a falta de estrutura para lidar com as demandas, provocando a morosidade dos processos, fato agravado com decisões equivocadas que, muitas vezes, exigem recursos à instância superior para que haja o reconhecimento da proteção integral, o que leva a uma demora maior na prestação jurisdicional, sem mencionar a dificuldade/precariedade para o real cumprimento das medidas judiciais determinadas.

2 Histórico dos direitos da criança e do adolescente

Ao longo da história, foram muitas as tentativas de regulamentar e priorizar o atendimento às crianças e aos adolescentes. A cada época, foram verificadas necessidades especiais e peculiaridades que envolvem o tema. Segundo historiadores, o atendimento a essa população ocorria no sentido de suprir necessidades emergenciais. São ações em grande parte oriundas da igreja católica, cabendo à igreja o exercício das tarefas relacionadas ao atendimento aos órfãos e às crianças pobres, assim como aos doentes, aos idosos e às viúvas. A perspectiva do atendimento era ora correcional repressiva, ora assistencialista, voltada para doação caritativa, sem interesses imediatos, movida por valores de ordem religiosa.

O século XVIII traz uma das mais duras realidades vividas, a escravidão, e nesse contexto, são inseridas as crianças de maior porte físico como mão de obra ativa, e as crianças do sexo feminino serviam de escravas sexuais de seus amos. Em contraponto a essa realidade, em 1886, a Lei nº 2.040, a Lei do Ventre Livre, é editada como forma de colocar a salvo as crianças que daquela data em diante nascessem. É nessa mesma época que surge a maior discrepância, destoando totalmente da liberdade adquirida com o nascimento, pois o país vê o número de crianças abandonadas nas ruas crescer absurdamente. Eis que surgem, no Rio de Janeiro, no início do século XIX, as primeiras instituições para lidar com esses menores abandonados.

Foi a partir do I Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, no ano de 1922, que a questão da assistência à infância no Brasil passou a ser discutida. As primeiras normas de assistência social, visando à proteção dos “menores abandonados” foram criadas a partir do decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, em sequência, o decreto nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923, editado para reorganizar a justiça do Distrito Federal, incluindo a figura do Juiz de Menores na administração da justiça e, com isso, a criança e o adolescente passam a ter uma legislação especial a partir do primeiro Juizado de Menores. O Juízo de Menores estruturara um modelo de atuação

que se manteria ao longo da história da assistência pública no país, funcionando como um órgão centralizador do atendimento oficial ao menor, fosse ele recolhido nas ruas ou levado pela família. O objetivo da internação era preservar ou reformar os menores apreendidos (RIZZINI; PILOTTI, 1995, p. 258).

Desde então, o estado assume a responsabilidade legal pela tutela da criança órfã e abandonada, rompendo a inércia até então existente. Foi a partir do Código de Menores, criado em 12/10/27, por meio da Lei 17.943-A, também conhecido como Mello Matos, que a infância tomou proporções significativas como ação social do Juízo de Menores, que foram consolidadas as leis de assistência e proteção aos menores, destinando-se a legislar sobre as crianças de 0 a 18 anos, o enfoque da justiça era voltado ao assistencialismo e ao paternalismo.

Para Londoño (1991, p. 100), é nesse período que surgiu o termo “Menor”, utilizado especialmente como sinônimo de infrator, carente e abandonado. Sob o aspecto jurídico, porém, o termo adquire o sentido de “delimitação etária” para o exercício de direitos e de responsabilidades, como a maioridade civil ou a maioridade penal.

Esse Código, como explica Veronese (1999, p. 10): “[...] conseguiu corporificar leis e decretos que, desde 1902, propunham-se a aprovar um mecanismo legal que desse especial relevo à questão do menor de idade. Alterou e substituiu concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, responsabilidade, disciplinando, ainda, que a assistência à infância deveria passar da esfera punitiva para a educacional”.

O código tratava o menor sob a doutrina da situação irregular, considerando o binômio abandonado/infrator e trazendo consigo um sentimento preconceituoso e pejorativo. A concepção política social era a de ser um instrumento de proteção e vigilância da infância e da adolescência que tinha sido vítima da omissão ou da ação da família na transgressão dos seus direitos básicos. Instituíam, ainda, alguns órgãos como: o Conselho de Assistência e Proteção aos Menores - uma associação de utilidade pública, com personalidade jurídica própria. A função dos Conselheiros, que eram nomeados pelo Juiz de Menores, era de auxiliar o Juízo como “Delegados da Assistência e Proteção dos Menores”. Nessa época, o Juiz de Menores era a autoridade máxima que tinha o poder discricionário para decidir as medidas aplicáveis ao denominado “Menor”.

Assim, o Código de 1927 consolidou-se como a primeira legislação brasileira para as crianças e os adolescentes. Nesse período, a proposta era resolver os problemas dos menores, não apenas no âmbito jurídico, mas englobando também as questões assistenciais. As medidas propostas proporcionavam um maior controle da população nas ruas, por meio de intervenção policial.

Em 1942, período do Estado Novo, foi criado o SAM - Serviço de Assistência ao Menor. Era um órgão ligado ao Ministério da Justiça que funcionava semelhante a uma Penitenciária para a população menor de idade. Sua orientação era correccional repressiva e previa atendimento diferente para o adolescente autor de ato infracional e para o menor carente e abandonado. Dessa forma, o adolescente autor de ato infracional era encaminhado às casas de correção, aos internatos ou aos reformatórios, dependendo do tipo de “delito” cometido.

Já os menores carentes e abandonados eram encaminhados aos patronatos agrícolas ou às escolas de aprendizagem de ofícios urbanos. Existiam, ainda, entidades federais assistenciais de atenção à criança e ao adolescente, ligadas diretamente à primeira dama. Entre elas, pode-se citar a LBA - Legião Brasileira de Assistência - agência nacional de assistência social criada por Dona Darcy Vargas. Intitulada originalmente de Legião de Caridade Darcy Vargas, a instituição era voltada, primeiramente, ao atendimento de crianças órfãs da guerra, expandindo, mais tarde, o atendimento a outros menores considerados em “situação irregular”.

Os internatos eram descritos como prisões, em que a infância, como fase fundamental de experimentação, prazer e descobertas, não acontecia jamais. No âmbito específico do poder judiciário, mantêm-se a estratégia de manutenção da ordem e preservação da raça já que, no julgamento dos menores de 14 a 18 anos, o juiz conserva seu poder de arbitrar sobre a personalidade do menor a partir do que veio a ser chamado de periculosidade. “Ao juiz cabe definir a personalidade do menor” (FALEIROS, *apud* RIZZINI; PILOTTI, 1995, p. 68).

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) chega ao Brasil quatro anos após seu surgimento, no fim da década de 40, trazendo para o país programas de proteção à saúde da criança e da gestante. Ainda na década de 50, surge o mais importante instrumento na área da infância e juventude. Foi no ano de 1959, especificamente no dia 20 de novembro, que a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que é o marco da positivação das normas atualmente conhecidas.

Essa estrutura se manteve praticamente a mesma até que, por volta dos anos 60, o SAM e sua estrutura foram muito criticados e até denominados de “universidade do crime”. Então, em 1964, aprovou-se a Lei 4.513 que criou a Política Nacional do Bem Estar do Menor, tendo como órgão gestor a FUNABEM – Fundação Nacional do Bem Estar do Menor. Assim, sob sua orientação, os governos estaduais reformaram suas estruturas administrativas, criando as FEBEMs – Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor.

A criação da FUNABEM e das FEBEMs estaduais levou o Juizado dos Menores a ocupar-se exclusivamente do Direito do Menor, com ênfases nos infratores, e as fundações assumiram os encargos de formulação e execução das políticas de atendimento. Originou-se, então, a transição da concepção correcional repressiva para a assistencialista (de “perigoso” a “carente”).

A FUNABEM, que pretendia ser o contraponto ao antigo sistema, o SAM, lentamente passa a expressar a herança simbólica (estereótipos presentes no imaginário da sociedade quanto ao atendimento aos adolescentes autores de atos infracionais ou em situação de abandono) associada a esse organismo. Tal efeito devia-se ao fato de ter herdado do SAM os bens (prédios, equipamentos), bem como o pessoal, com esses a cultura organizacional, conseqüentemente, mantendo os mesmos métodos de atendimento.

A falência do sistema FUNABEM está relacionada ao atendimento correcional, repressivo e assistencialista, caracterizada por uma gestão centralizadora e vertical. A sociedade (setores empresariais, populares, imprensa) cobra providências, assegurando-se de que as medidas necessárias deveriam garantir a ordem social a qual

representava o temor da sociedade diante da crescente presença de crianças e adolescentes (os “menores”) nas ruas, pedindo esmolas e cometendo “atos anti-sociais” atos infracionais. No campo legal, contrariando o novo panorama político, em 1979, o novo direito do “menor” é estabelecido a partir da Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979, que institui o Código de Menores mediante o caráter tutelar da legislação e a ideia de criminalização da pobreza. Dessa forma, a concepção de infância estava pautada na pretensão de superar o modelo correccional repressivo para um modelo assistencialista. Este concebendo crianças e adolescentes como um composto de carências psicológicas, sociais e culturais¹.

Entretanto, continuava reforçando a diferença entre criança e menor. O “menor” era aquele cuja família não tinha condições de subsistência que, segundo Arantes (1995), transformou a pobreza em situação irregular. A política de atendimento permanecia centrada em cessar os efeitos da pobreza, as instituições assumiam funções de abrigo, casa, escola, hospital e prisão, cada uma com suas características. “Os Juízes de Menores continuavam a decidir sobre a vida dos “menores”, através de sentenças na qual eram classificados como “menor carente”, “menor abandonado” ou “menor infrator” para, assim, encaminhá-los as diferentes instituições que prestavam atendimento.

No Código de Menores de 1979, a criança era julgada em situação irregular. Os menores em situação irregular passam a ser objeto da norma, por apresentarem uma “patologia social” e por não se ajustarem ao padrão social estabelecido. No caso da criança e do adolescente, a declaração da situação irregular pode ser derivada tanto de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de “desvio de conduta”) quanto da família (maus-tratos) ou da própria sociedade nas situações de abandono (SARAIVA, 2003).

Dessa maneira, a sociedade e os profissionais que atuavam na área da infância e da juventude se reuniram em encontros, oficinas e palestras, iniciando um período reflexivo, com novas concepções que marcaram e permitiram o amadurecimento coletivo, visando à elaboração de uma normativa que abandonasse o caráter tutelar dado à criança e ao adolescente vigente até o momento, frente à comemoração do vigésimo aniversário da declaração dos direitos da criança da ONU.

Nesse período, muitas lideranças emergiram, grupos representativos se encontraram e se reconheceram. De todos os atores envolvidos, o mais importante foi o movimento social, o qual convocou, liberou e uniu os demais protagonistas em torno de suas estratégias em relação ao atendimento, à promoção e à defesa dos direitos da criança e do adolescente. Podemos dizer que a década de 80 fermentou e consolidou um novo olhar sobre a criança e o adolescente, olhar exigente na alteração do “status quo”. É nessa década que os movimentos sociais pela criança se tornam instituístes. No bojo deles, muitas entidades não governamentais prestadoras de atendimento se articulam e se somam ao processo instituíste (COSTA, 1993, p. 17). Foi na esteira desses movimentos sociais que acabaram por direcionar uma identidade política,

¹ Sociedade Brasileira de Psicologia (Ed.), Resumos de comunicações científicas, XXXII. Reunião Anual da Sociedade Brasileira de Psicologia (pp.213-214). Florianópolis: SBP.

determinando os rumos que exigia uma nova legislação acerca da infância e da juventude.

3 A Doutrina da Proteção Integral à criança e ao adolescente pela CF de 1988

No Brasil, a consolidação na legislação da doutrina da proteção integral se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 227, reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direito, em condição peculiar de ser em desenvolvimento, com primazia de interesse de prioridade de atendimento, e a corresponsabilidade da família, da sociedade e do Estado na promoção e proteção desses direitos. E, para tanto, criou um Sistema de Garantia e Proteção desses direitos.

Um dos fundamentos basilares da Constituição Federal Brasileira e de nosso Estado Democrático de Direito é a proteção dos direitos humanos. O legislador, no que tange à área dos direitos da criança e do adolescente, particularizou entre os direitos fundamentais aqueles que são indispensáveis à formação do indivíduo ainda em desenvolvimento. E adotou a Doutrina da Proteção Integral como fonte garantidora da preservação da dignidade humana para crianças e adolescentes.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, em especial, tem papel superior e preponderante no embasamento da criação ou reforma de toda e qualquer norma reguladora, no campo da família e no embasamento de reforma administrativa, de implantação e implementação de políticas, programas, serviços e ações públicas. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança assegura as duas prerrogativas maiores que a sociedade e o Estado devem conferir à criança e ao adolescente, para operacionalizar a proteção dos seus Direitos Humanos: cuidados e responsabilidades.

Nesse aspecto, inúmeras foram as transformações experimentadas, em especial, pelos direitos da infância e da juventude quanto aos diplomas regulamentadores e garantidores de princípios fundamentais. É, portanto, a doutrina da proteção integral a base configuradora do conjunto de princípios e normas jurídicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que traz em sua essência a proteção e a garantia do pleno desenvolvimento humano, reconhecendo a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e a articulação das responsabilidades entre a família, a sociedade e o Estado para a sua realização, por meio de políticas sociais públicas.

Trata-se da mudança do olhar e do fazer, não apenas das políticas públicas focalizadas na infância, adolescência e juventude, mas extensivos aos demais atores sociais do chamado Sistema de Garantias de Direitos, implicando a capacidade de ver essas crianças e esses adolescentes de modo indissociável do seu contexto sócio familiar e comunitário.

Nessa linha, o artigo 227, § 1º, prevê que o “Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas”. O Estado, nos termos de tal dispositivo, deve promover programas de assistência à saúde dos infantes, aplicando percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil e, ainda, criando programas de integração social do

adolescente e do jovem portador de deficiência (inciso I e II do § 1º do artigo 227 da CF). Já o § 2º traz disposição acerca da regulamentação da regra do § 1º, a qual deve se dar por lei ordinária.

Versa o artigo 227, § 3º, incisos VI e VII da Constituição em sua última parte do §3º aparecem, ademais, disposições direcionadas às pessoas em desenvolvimento que necessitam de tratamento especial em decorrência da situação peculiar em que se encontram: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: (...) VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins”.

Os direitos instaurados pela constituição federal, em seu artigo 227, são de aplicação imediata, segundo o art. 5º, §1º, da CF: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O que significa dizer que os direitos fundamentais devem alcançar eficácia máxima que, em realidade, consiste em uma efetiva execução de tais normas. Trata-se, portanto, de um direito abrangente, universal e, principalmente, exigível. Contudo, embora a constituição estabeleça suficientes bases para a concretização desses direitos, o que existe de fato é uma imensa distância entre a realidade e a lei.

4 Estado, família e sociedade

Ao longo da história, muitas foram as tentativas de regulamentar e priorizar o atendimento às crianças e aos adolescentes. A cada época foram verificadas necessidades especiais e peculiaridades que envolvem o tema. No Brasil, a consolidação na legislação da doutrina da proteção integral se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 227, reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direito, em condição peculiar de ser em desenvolvimento, com primazia de interesse de prioridade de atendimento, e a corresponsabilidade da família, da sociedade e do Estado na promoção e na proteção desses direitos. E, para tanto, criou um Sistema de Garantia e Proteção desses direitos.

Um dos fundamentos basilares da Constituição Federal Brasileira e de nosso Estado Democrático de Direito é a proteção dos direitos humanos. O legislador, no que tange à área dos direitos da criança e do adolescente, particularizou, entre os direitos fundamentais, aqueles que são indispensáveis à formação do indivíduo ainda em desenvolvimento. E adotou a Doutrina da Proteção Integral como fonte garantidora da preservação da dignidade humana para crianças e adolescentes.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, em especial, tem papel superior e preponderante no embasamento da criação ou reforma de toda e qualquer norma reguladora, no campo da família e no embasamento de reforma administrativa, de implantação e implementação de políticas, programas, serviços e ações públicas. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança assegura as duas prerrogativas maiores que a sociedade e o Estado

devem conferir à criança e ao adolescente, para operacionalizar a proteção dos seus Direitos Humanos: cuidados e responsabilidades.

Nesse aspecto, inúmeras foram as transformações experimentadas, em especial pelos direitos da infância e juventude, quanto aos diplomas regulamentadores e garantidores de princípios fundamentais. É, portanto, a doutrina da proteção integral a base configuradora do conjunto de princípios e normas jurídicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que traz em sua essência a proteção e a garantia do pleno desenvolvimento humano, reconhecendo a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e a articulação das responsabilidades entre a família, a sociedade e o Estado para a sua realização, por meio de políticas sociais públicas.

Trata-se da mudança do olhar e do fazer, não apenas das políticas públicas focalizadas na infância, adolescência e juventude, mas extensivos aos demais atores sociais do chamado Sistema de Garantias de Direitos, implicando a capacidade de ver essas crianças e adolescentes de modo indissociável do seu contexto sócio familiar e comunitário.

Nesse ínterim, a Doutrina da Proteção Integral é aquela que insere a criança e o adolescente como sujeitos de direitos fundamentais, intitulado “Direito da Criança e Adolescente”. O foco dessa doutrina não seria somente remediar os problemas acarretados a esses menores, mas também atuar com prevenção a marginalidade, a negligência dos pais e responsáveis, entre outros. Assim, além dos direitos fundamentais da pessoa humana, as crianças e os adolescentes gozam do direito subjetivo de “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, preservando sua liberdade como também sua dignidade” (Artigo 3º ECA).

A lei 8.069 de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dispôs integralmente sobre a proteção integral da criança e do adolescente, regulamentou os direitos e buscou conceder efetividade à norma constitucional, baseando-se em dois fundamentos: a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a afirmação de que a criança e o adolescente são sujeitos de direito. Dessa forma, o princípio da prioridade absoluta, o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da municipalização são orientadores do ECA. São princípios que elevam a criança e o adolescente com prioridade absoluta em todos os aspectos, nos quais sempre deverá ser observada a vontade desse menor e a atuação do estado deverá ser descentralizada para uma real efetividade da política assistencial. O princípio da municipalização faz observar que em todos os municípios deveria constar, pelo menos, um órgão do Conselho Tutelar.

Com efeito, a lei do ECA estabelece as relações da criança e do adolescente no âmbito da família, da sociedade e do Estado, garante a efetividade da proteção integral, prevendo uma série de medidas governamentais por meio de políticas sociais, como programas de assistência social, atendimento integral pelo Sistema Único de Saúde, seja ele médico, odontológico, psicológico, proteção jurídico-social por entidades e serviços especiais de prevenção.

Assim sendo, o ECA abrange indistintamente todas as crianças e adolescentes, inclusive menores que possuem necessidades especiais, e configura o direito a

tratamento diferenciado. De tal modo, é perceptível que qualquer menor no Brasil, inclusive o infrator, deverá ser submetido às medidas de assistência e proteção.

A proteção das crianças e dos adolescentes, então, trata-se de ação que, para ser efetivada, deve contar com prioridade de assistência, além de integração e união de forças do Estado (por meio da criação de políticas públicas), da família (com a manutenção da integridade física e psíquica do infante) e da sociedade (possibilitando a convivência comunitária harmônica), garantindo, minimamente, condições adequadas de crescimento, desenvolvimento pleno como pessoa, e para compor um adulto com dignidade, o qual exerça sem restrições sua cidadania e qualificação para o mercado de trabalho (artigo 227 da CF e no artigo 4º ECA). Assim, declara-se a responsabilidade solidária entre o Estado, a Família e a Sociedade em resguardar os direitos com “Absoluta prioridade”.

Nessa linha, o artigo 227, § 1º, prevê que o “Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas”. O Estado, nos termos de tal dispositivo, deve promover programas de assistência à saúde dos infantes, aplicando percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil e, ainda, criando programas de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência (inciso I e II do § 1º do artigo 227 da CF). Já o § 2º traz disposição acerca da regulamentação da regra do § 1º, a qual deve se dar por lei ordinária.

Versa o artigo 227, § 3º, incisos VI e VII da Constituição em sua última parte do § 3º aparecem, ademais, disposições direcionadas às pessoas em desenvolvimento que necessitam de tratamento especial em decorrência da situação peculiar em que se encontram: “o direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: (...) VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins”.

Os direitos instaurados pela constituição federal, em seu artigo 227, são de aplicação imediata, segundo o art. 5º §1º da CF: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O que significa dizer que os direitos fundamentais devem alcançar eficácia máxima que, em realidade, consiste em uma efetiva execução de tais normas. Trata-se, portanto, de um direito abrangente, universal e, principalmente, exigível. Contudo, embora a constituição estabeleça suficientes bases para concretização desses direitos, o que existe de fato é uma imensa distância entre a realidade e a lei.

Apesar de fazer mais de duas décadas dessas inovações legislativas, a proteção integral da criança e do adolescente não é aplicada de forma efetiva. As maiores dificuldades na aplicação dos princípios do novo paradigma em todas as esferas do poder se resume em falta de estrutura e má interpretação/compreensão da “nova” legislação. O princípio da prioridade absoluta dos direitos de crianças e adolescentes significa que nenhum outro grupo social recebeu proteção tão abrangente, seja pela

família, pela sociedade e pelo Estado. Mas, na prática, são vários os desafios para efetivar os direitos fundamentais do segmento infanto-juvenil.

Segundo Gonçalves (2005, p.85),

o Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado uma legislação de vanguarda, pois rompe com a doutrina da situação irregular e reafirma a noção da proteção da infância juventude brasileiras, implicando discriminar de forma positiva da criança e do adolescente. No entanto, um conjunto de dificuldades é encontrado para a real implantação do Estatuto, como: ausência de preparo dos recursos humanos nos Conselhos de Direitos e Conselhos Tutelares; o caráter desumanizador das instituições de privação de liberdade; a falta de políticas, programas efetivos.

Ocorre que, infelizmente, a realidade ainda deixa muito a desejar, posto que

(...) muitos dos nossos jovens e crianças ainda não possuem a tutela integral por parte do Estado, carecendo das necessidades mais básicas, permanecendo à margem de uma sociedade inerte, sendo o maior problema a dificuldade em unir o texto legal à realidade social (CUCCI, 2009, p. 208).

A simples existência do Estatuto da Criança e do Adolescente já revela uma conquista para a proteção de crianças e adolescentes, mas, além de existir, ele deve ser eficaz, iniciando com uma revolução nas políticas públicas de amparo e assistência social a toda população carente. A família, o Estado, a escola, as igrejas e as empresas, enquanto instituições, encontram sua razão de ser à medida que corroborem para a realização do ser humano. Esse mesmo ser humano que nasce livre em suas faculdades tem o Estado como o maior guardião de suas prerrogativas fundamentais ao passo que qualquer violação desses direitos, em especial de crianças e de adolescentes e de valores como a dignidade humana, cabe ao Estado, de forma decisiva, buscar soluções para o enfrentamento desse problema.

Infelizmente, a realidade vislumbrada por nosso país ainda deixa a desejar, visto que muitos dos nossos jovens e crianças ainda não possuem a tutela integral por parte do Estado, carecendo das necessidades mais básicas, permanecendo à margem de uma sociedade inerte e de um futuro incerto, sendo o maior problema a dificuldade em unir o texto legal à realidade social.

Desse modo, a finalidade deste artigo se constitui devido aos vários preceitos que norteiam a política da proteção integral de atendimento da infância e da juventude e a inoperância dessa política na realidade das crianças e dos adolescentes no país, que vivem, muitas vezes, em situações indignas, o que demonstra certo descaso com suas necessidades e seus direitos, que são inerentes à dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inc. III, CF).

Assim sendo, é fundamental o estudo dos aspectos sociais e normativos para uma avaliação dessa inoperatividade do estado. Como também se torna necessário visualizar os aspectos da atividade do Estado quanto aos menores sujeitos às medidas de proteção e medidas socioeducativas, de modo comparativo com a legislação que rege sua finalidade protetiva e amparativa. Quanto aos objetivos, trata-se de uma

pesquisa exploratória, procurando aprimorar ideias e buscando maiores informações sobre o tema. Isto é, este ensaio é uma análise na qual se objetiva fomentar o processo de reflexão quanto à fragilidade das políticas públicas frente ao problema de crianças e de adolescentes em conflito com a lei, para protelar o cumprimento dos direitos que a eles são constitucionalmente garantidos.

Portanto, por todo o estudado, entende-se que enquanto medidas que atinjam de forma mais efetiva as causas das questões da infância no Brasil não se consolidam a partir de atividades estatais mais eficientes, deve-se, em âmbito jurídico, procurar interpretar a lei rumo ao aperfeiçoamento do sistema de proteção das crianças e dos adolescentes existente, sempre visando à eficácia da previsão legal.

É dever da família, do Estado e da sociedade preservar os direitos voltados à criança e ao adolescente, uma vez que seu desenvolvimento físico e mental ainda está em desenvolvimento, não possuem discernimento pleno para agirem sozinhos e muito menos garantir a eficácia de seus direitos, é necessário que a sociedade civil em geral busque mecanismos para garantir sua proteção.

5 Considerações finais

No Brasil, existe a definição de criança e de adolescente a partir de critérios de idade, em que se considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade

Porém, apesar dessa clara conceituação, a sociedade continua violando os direitos de meninas e meninos que acabam, por vezes, substituindo suas brincadeiras pelas responsabilidades do adulto.

Entretanto, isso não ocorre devido à ausência de direitos instituídos, pois a própria Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o direito à saúde, à liberdade, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, à profissionalização e à proteção ao trabalho, como alguns direitos fundamentais da criança e do adolescente. Além de regras protetivas aos direitos da criança e do adolescente, existe um aparato principiológico capaz de legitimar todos esses direitos, porém se exige com extrema urgência a participação e o respeito tanto do Estado e da família, quanto da própria sociedade.

Logo, tanto a criança quanto o adolescente possuem direitos fundamentais contidos na Constituição da República Federativa do Brasil bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, porém, na maioria das vezes, esses direitos acabam sendo violados.

Assim sendo, para que haja o combate a tais violações, faz-se necessária a observância, pela família, pela sociedade e pelo Estado, aos princípios basilares do direito da criança e do adolescente, como modo de lhes proporcionar maior qualidade de vida, melhor dizendo, lhes permitindo desfrutar de sonhos, brincadeiras, fantasias e direitos.

Referências

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Rostos de crianças no Brasil. In: PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene. (orgs.) *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro. EDUSU/AMAI/Inst. Interam. Del Niño. 1995, p. 171-220. Capítulo. GEHPAI

BRASIL. Constituição Federal. In: *Vade Mecum compacto*. Organização: Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA; Conselho Nacional de Assistência Social – CNASS (2006) *Plano Nacional de Promoção, Defesa e Garantia do Direito das Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (versão Preliminar)*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei Federal 8069 de 13/07/1990.

_____. *Decreto-lei nº. 17.943-A*. Código de Menores de 1927. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 03 de maio de 2012.

_____. *Lei 6.697 de 1979*. Código de Menores de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 05 de maio de 2012.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *De menor a cidadão: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil*. Brasília. Ministério da Ação Social/CBIA. s.d. Artigo. PUC/SP.

CUCCI, Gisele Paschoal. A proteção integral da criança e do adolescente como meio adequado de inclusão social. In: PICCIRILLO, Miguel Belinati; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (coordenadores). *Inclusão social e direitos fundamentais*. São Paulo: Boreal Editora, 2009.

GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. O Estatuto da criança e do adolescente e a modernização da justiça. *Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 59, p. 85-88, set./dez. 2005.

LONDOÑO, Fernando Torres. A origem do conceito de menor. In: DEL PRIORE, Mary. *História da criança no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1991.

RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Del Niño, Santa Úrsula, Amais, 1995.

SARAIVA, João Batista. *Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em 4/6/2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os Direitos da criança e adolescente*. São Paulo: Ltr, 1999.

Análise do Parlamentarismo à luz das cláusulas pétreas da Constituição do Brasil

Analysis of Parliamentarism in light of the immutable clause

Daniele Coelho de Souza

Acadêmica do 4º período do curso de Direito do UNIPAM.

E-mail: daniele_csouza@hotmail.com

Helen Correa Solis Neves

Professora orientadora (UNIPAM).

E-mail: helensolis@unipam.edu.br

Resumo: O presente estudo tem o propósito de compreender se o sistema de governo presidencialista é tido como uma cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, dúvida persistente após o plebiscito ocorrido em 1993, ou se sistema parlamentarista poderia ser incorporado ao ordenamento jurídico mediante emenda constitucional. Analisar-se-ão as características do Poder Constituinte Originário e do Poder Constituinte Derivado, bem como o alcance e importância das cláusulas pétreas implícitas e explícitas presentes na Constituição. Serão abordadas também as características presentes nos dois sistemas de governo, evoluções históricas e os diferentes traços na relação entre os poderes Legislativo e Executivo. Em continuidade, serão analisadas as Propostas de Emendas Constitucionais (PEC's) Parlamentaristas, o Mandado de Segurança 22.972 impetrado por deputados na tentativa de barrar a PEC 20-A/1995 e os argumentos de políticos e juristas que vislumbram no sistema parlamentarista a resolução da atual crise entre os poderes Executivo e Legislativo no Brasil. Por meio de uma metodologia de revisão bibliográfica, busca evidenciar se os elementos presentes nas PEC's parlamentaristas em tramitação apresentam conflito com os limites matérias impostos, pelo Constituinte Originário, o que as tornariam inconstitucionais.

Palavras-chave: Sistema de Governo. Poder Constituinte Derivado.

Abstract: The present study aims to understand if the presidential system of government is considered as an immutable clause in the Federal Constitution of 1988, persistent doubt after the plebiscite occurred in 1993, or whether a parliamentary system could be incorporated into the legal system by constitutional amendment. The characteristics of the Native Constituent Power and the Derivative Constituent Power will be analyzed, as well as the scope and importance of the implicit and explicit immutable clauses in the Constitution. The characteristics present in the two systems of government, historical evolutions and different traits in the relationship between the Legislative and Executive branches will also be addressed. In continuity, the proposals for Constitutional Amendments (PECs) will be analyzed; the Mandate of Security 22,972 filed by deputies in an attempt to bar PEC 20-A / 1995 and the arguments of politicians and jurists who envisage in the parliamentary system the resolution of the current crisis between the Executive and Legislative branches in Brazil. Through a methodology of bibliographical revision, it tries to show if the elements present in the parliamentary PECs in process conflict with the limits imposed by the Original Constituent, which would make them unconstitutional.

Keywords: Government System. Derivative Constituent Power.

1 Introdução

Pode-se afirmar que o sistema de governo parlamentarista não foi superado no Brasil. Quando, em março de 2016, o STF colocou em pauta o Mandado de Segurança nº 22.972 que julgaria a possibilidade de as propostas de emendas constitucionais (PEC's) parlamentaristas, tramitando na Câmara dos Deputados, estarem ferindo ou não a Carta Magna de 1988, incentivou uma dúvida não sanada até o momento. Tal fator gerou debates acerca de o parlamentarismo ser um melhor sistema, de que as desavenças e desarmonia entre os poderes Executivo e Legislativo seriam falhas do sistema presidencialista e que seriam remediadas por uma mudança de sistema governamental.

Assim, buscando compreender se tais propostas de emendas a Lei Maior apresentam inconstitucionalidade, utilizou-se uma abordagem indireta por meio de pesquisa na doutrina, em notícias de jornais, em artigos científicos e na jurisprudência.

Dividiu-se este artigo em quatro etapas. Para iniciar o assunto, torna-se necessário compreender a importância da Constituição, suas características e finalidades, focando no Poder Constituinte Originário.

Na segunda etapa, dedica-se a conhecer aquele que zela pela harmonia da Carta Magna com a realidade social, o Poder Constituinte Derivado, observando os limites impostos a ele por meio das chamadas cláusulas pétreas com suas particularidades.

Na terceira parte, torna-se indispensável conceituar o Parlamentarismo e o Presidencialismo com seus locais de desenvolvimento, suas histórias e como influenciam particularmente no equilíbrio entre os poderes Legislativo e Executivo. Destacam-se o parlamentarismo presente na história do Brasil, a decisão do Poder Constituinte Originário que permitiu as discussões de uma possível alteração de sistema de governo.

Por último, expõem-se as análises dos autores sobre a Constitucionalidade da inserção do parlamentarismo na Constituição do Brasil.

Utilizou-se uma metodologia de revisão bibliográfica da doutrina sobre o assunto.

2 Poder Constituinte: finalidade, limites e espécie

A Constituição, lei superior de um país, é um documento normativo de suma importância, pois nela está o norte do funcionamento Estado. Segundo Canotilho (2007), essa lei máxima apresenta características como: ser um documento escrito; conter direitos fundamentais e a maneira de garanti-los; constituir um poder político organizado e meios para torná-lo limitado e equilibrado. Concomitante, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 7): “Constituição é um documento escrito e solene que organiza o Estado, adotando necessariamente a separação dos poderes e visando a garantir os direitos do homem”.

Essa lei maior é escrita pelo chamado Poder Constituinte descrito por Canotilho (2007, p. 65) como: “se revela sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade’ política que está em condições de, numa determinada situação concreta,

criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”. Nota-se, então, tratar-se de um amplo poder que influenciará diretamente na vida do povo fixado em tal território.

Com isso, o próprio Constituinte afirma, na Constituição Federal Brasileira de 88 (CF/88), no artigo 1º, que “todo poder emana do povo”, considerando este o verdadeiro titular do poder, cabendo ao poder Inicial o mero exercício deste. Analogamente, Canotilho (2007, p. 81) defende: “este sujeito constituinte (...) é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerado como ‘vontade de povo’”. Percebe-se uma ideia de limitação do Estado e uma necessidade da legitimação por parte dos governados.

Para o campo jurídico, o Poder Constituinte possui, tradicionalmente, duas divisões: o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Derivado. Sendo que o primeiro é descrito por Pedro Lenza (2014, p. 214) como: inicial (por instaurar uma nova ordem jurídica), autônomo (exercer a liberdade de estruturar a nova lei fundamental), ilimitado juridicamente (a lei anterior não representa limites a ele), permanente (poder originário não se esvai no momento da criação de uma nova constituição). Assim, para os autores Branco, Coelho e Mendes (2010), essas características se tornam base de sustentação para a superioridade contida na Constituição.

Já o segundo é denominado Poder Constituinte Derivado. Para Lenza (2014), é caracterizado da seguinte forma: instituído, constituído, secundário e remanescente. Seu nome e suas características advêm do fato de ser uma criação do poder originário para realizar as mudanças necessárias à constituição já em vigor.

Deparamos com o Poder Constituinte de Reforma, cuja atuação, mais frequente do que a da primeira espécie, torna possível a adaptação do texto constitucional já em vigor às demandas da dinâmica político-social, ou ainda serve de reforço ao próprio poder, conforme a finalidade de sua aplicação. (PRATES, 2006, p. 103)

O trecho demonstra a necessidade desse poder secundário e afirma sua importância. Porém, visando melhor entendimento sobre a proposta apresentada, é necessário compreender como sucede seu exercício e as barreiras impostas a ele pelo Poder Inicial.

2.1 Exercício e Limitações do Poder Constituinte Derivado

A Constituição, devido a sua supremacia, necessita de ser um texto estável, um conjunto de normas projetadas para reger por tempo indeterminado. Por esse fator, ela é uma lei rígida, ou seja, o processo para sua modificação deve ser mais trabalhoso. Dessa forma, a Lei Maior vigente aceita a modificação de seu texto somente pelas chamadas Emendas Constitucionais, são novos preceitos criados pelo Constituinte Derivado, que serão incorporadas à Lei Magna vigente e que possuem hierarquia semelhante aos artigos criados pelo poder Constituinte Original.

Conforme José Alfredo de Oliveira Baracho (1982, p. 43) observou,

na criação derivada surgem normas em torno sistema jurídico já constituído, pelas competências definidas e os procedimentos já estabelecidos. A execução derivada das normas jurídicas demanda processo complementar vinculado a competência previamente estabelecida.

Tal qual descrito, as emendas constitucionais, para serem legítimas, devem seguir os parâmetros descritos no artigo 60 da Lei Maior vigente. Segundo os incisos desse artigo, a Constituição poderá ser emendada por iniciativa: 1) de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; 2) do Presidente da República; 3) de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se cada uma delas pela maioria relativa de seus membros.

Além disso, de acordo com o parágrafo 2º do mesmo artigo: “a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”. Vale ressaltar que, em caso de rejeição, conforme o parágrafo 5º do art. 60: “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não poderá ser objeto de nova proposta pela mesma sessão legislativa”. Logo, nota-se pela descrição que o exercício do Poder Constituinte Derivado, no Brasil, pertence ao Congresso Nacional.

Todavia, as modificações constitucionais podem ser barradas por limites materiais previstos pelo Poder Inicial. São as cláusulas pétreas. Elas representam um conteúdo da Lei Maior intransponível em uma reforma constitucional. De modo geral, sua importância reside na conservação, na estabilidade e na autenticidade de opções essenciais optadas pelo Constituinte Originário.

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer só princípios básicos do projeto do constituinte originário garantidos por ela. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 294).

Por isso, a proteção a esse conteúdo torna-se imprescindível na tentativa de evitar a consequência descrita, sendo que esses limites somente são superados após a elaboração de uma nova Constituição.

A doutrina majoritária explica que essas barreiras alcançam conteúdos determinados, sendo apresentados de forma explícita e implícita. Na primeira forma, o texto constitucional protege visivelmente a estrutura do Estado como “a forma de governo, a organização federativa, os direitos humanos” (BASTOS, 1995, p. 36) presentes no parágrafo 4º do artigo 60, estabelecendo: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais”. Pela escolha da expressão “tendente a abolir”, nota-se que propostas de

emendas constitucionais que visem ampliar os direitos presentes no artigo são aceitas pelo Constituinte Original.

Na segunda forma, a doutrina alega haver cláusulas pétreas implícitas, ou seja, limitações materiais referentes à reforma constitucional, que não estão enumeradas no parágrafo 4º do art. 60 da Lei Máxima. Assim, Canotilho (2007, p. 1065) afirma: “esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta”. Os autores Branco, Coelho e Mendes (2010, p. 305) ressaltam: “o que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da Constituição ideada pelo poder constituinte originário deve ser tido como limitação ao poder em emenda, mesmo que não haja sido explicitado no dispositivo”. Para André Ramos Tavares (2016, p. 1027), essas cláusulas implícitas podem ser compatíveis com: “1º) supressão das limitações expressas (inclusive formais); 2º) ao titular do poder constituinte originário; 3º) ao titular do poder constituinte derivado; 4º) alteração das regras formais de aprovação das emendas constitucionais” presentes no art.º 60, § 4º.

É interessante observar os assuntos que o Poder Constituinte Original decretou como cláusulas pétreas nas constituições anteriores à de 1988. Segundo a enumeração de Pedra (2006), a Carta Magna de 1824 e a de 1937 não continham limitações expressas. Já a Constituição de 1891 (artigo 90, §4º) proibia a abolição da República, da Federação e da representação dos Estados no Senado Federal. Posteriormente, a Lei Fundamental de 1934 (artigo 178, §5º) adotava, como barreiras materiais expressas, a República e a Federação. Por fim, a Constituição de 1946 (artigo 217, §6º) protegeu novamente a República e a Federação, o que veio a ser mantido pela Constituição de 1967-1969.

Finalizada a explanação sobre o exercício do Poder Constituinte Derivado e apresentadas suas limitações, torna-se necessária uma explanação sobre a história e as características do sistema de governo parlamentarista, além de uma comparação com as características do presidencialismo.

3 Parlamentarismo versus Presidencialismo

O parlamentarismo não foi um sistema de governo resultante de uma criação teórica nem advindo de um movimento político fixo. Mas teve suas características definidas ao longo dos séculos, sendo apenas no século XIX nomeado e sistematizado pela doutrina como parlamentarismo, na Inglaterra.

Segundo o autor Dalmo de Abreu Dallari (2013, p. 229), o parlamento teria se iniciado, em 1265, como reuniões com caráter de assembleia política, em que nobres com semelhantes condições políticas, econômicas e sociais participavam. Posteriormente, em 1295, o rei Eduardo I oficializa essas reuniões, estabelecendo a criação do Parlamento. Com o passar do tempo, surge divisão interna: a Câmara dos Comuns constituída por membros eleitos e não integrantes da elite (cidadãos, burgueses, clero e cavaleiros e barões) e a Câmara dos Lordes com cargos eram vitalícios e hereditários, nela integrantes da elite eram indicados por meio do patrimônio, do prestígio e da família.

Assim, a história mostra que a Câmara dos Comuns tornou-se mais influente: “como fruto de sucessivos acontecimentos históricos, através dos quais a Câmara dos Comuns foi aos poucos se impondo ao governo dinástico, para afinal passar a ter a direção política da Grã-Bretanha” (MARQUES, 2011, p. 817).

Ao longo dos séculos, o parlamento ganha prestígio e começa a influenciar as decisões dos monarcas. No início do século XVIII, o Príncipe alemão, Jorge I, é considerado o herdeiro do trono inglês, porém, ele nada sabia dos problemas ingleses; a mesma situação se repete com seu sucessor Jorge II. Tal fato impulsiona um descontentamento por parte do Parlamento que segue se reunindo e tomando decisões sem a presença do rei. Nesse meio tempo, o ministro Roberto Walpole, que tinha linhagem sanguínea superior à dos demais membros e que exercia grande influência sobre o rei, foi se destacando; assim, a autoridade e o engajamento do rei nas decisões administrativas diminuíram. O resultado disso foi uma característica fundamental, do parlamentarismo, na qual o Chefe de Estado é o Rei e o Chefe de Governo é o Primeiro-Ministro (DALLARI, 2013, p. 230).

Posteriormente, com o aumento de confiança do Parlamento, seus membros, ao divergirem das escolhas políticas do ministro, o culpavam perante a Câmara dos Comuns acusando-o de um delito e, assim, proclamavam um impeachment (a perda do ministério e a imposição de uma pena). Dessa forma, nasce a responsabilidade política, outra característica fundamental, na qual o Gabinete do Primeiro Ministro deve entregar o cargo caso esse receba voto de desconfiança dos outros membros (DALLARI, 2013, p. 231).

Nota-se a importância de manter o apoio da maioria do Parlamento para permanecer no cargo. Consequentemente, o Primeiro-Ministro é sempre o representante da maioria, sendo que importante não é ser do partido com maior número de representantes, mas revelar condições de manter um grupo majoritário de apoio. Por isso, o caráter de sistema bipartidário simplifica distinguir de que lado está a maior contribuição.

Historicamente, foi assim que se constituiu o parlamentarismo. Na Inglaterra, convive a monarquia e o bipartidarismo, mas isso não impediu o sistema de se espalhar para outros Estados. Esses fizeram certas modificações para adequá-lo ao governo republicano e ao sistema pluripartidário para permitir o funcionamento. O regime de assembleia é um exemplo no qual o Executivo passa a ser um fiscalizador do Parlamento e trabalha de acordo com ele.

Atualmente, o sistema parlamentarista possui as seguintes características o Chefe de Estado: Monarca ou Presidente da República obtém a função de representar o Estado, mantendo a característica histórica de não participação nas decisões políticas.

É inegável, todavia, que o Chefe de Estado é uma figura importante, pois, além das funções de representação e além de atuar como vínculo moral do Estado, colocado acima das disputas políticas, ele desempenha um papel de especial relevância nos momentos de crise, quando é necessário indicar um novo Primeiro-Ministro à aprovação do Parlamento. (DALLARI, 2013, p. 232)

Nota-se que, apesar de não solucionar problemas no campo político, o Chefe de Estado traz um indispensável papel de equilíbrio na sociedade. Já o Chefe de Governo é quem exerce o Poder Executivo, sendo que alcança o cargo após o consentimento da maioria daqueles que exercem o Poder Legislativo, ou seja, o Parlamento.

Portanto, a forma como se relacionam os poderes Legislativo e Executivo é diferente daquela adotada no Presidencialismo. Para Paulo Bonavides (2011 p. 347), no Parlamentarismo, há três características principais dessa relação: a primeira delas é a igualdade entre o Executivo e o Legislativo, afinal, o primeiro é eleito pelo segundo por votação direta entre membros do próprio Legislativo. Assim, a confiança dele no poder Executivo é maior, conseqüentemente, há maior equilíbrio entre eles.

A segunda característica é a colaboração dos dois poderes entre si. Na qual há um Gabinete, ele é o mediador entre o Chefe de Estado e o Parlamento, sendo uma organização que tem a confiança da maioria do Parlamento. Esse gabinete decide verdadeiramente os planos políticos do país. Contudo,

cabe ao Primeiro-Ministro organizar o gabinete, dirigi-lo, presidir-lhe às sessões, chefiar o partido majoritário, exercer a liderança parlamentar, tratar diretamente com o rei, ou Chefe de Estado, servir de intermediário entre o ministério e a Coroa ou Presidência da República pelo segundo, colaboração dos dois poderes entre si e por fim, meios de ação recíproca no funcionamento desses dois poderes. (BONAVIDES, 2011, p. 350)

Explicado o papel do Primeiro-Ministro nessa relação harmônica, vale ressaltar que essa harmonia “é assegurada, precisamente, por esse recurso de chamar a compor o Gabinete o líder do partido vitorioso ou da coligação de partidos governantes” (BASTOS, 1995, p. 86).

A terceira característica descrita por Bonavides é a existência de meios de ação recíproca no funcionamento do Executivo e do Legislativo, abrangendo a responsabilidade política e o direito de dissolução. A responsabilidade política apresenta-se quando o Gabinete e o Primeiro-Ministro (governo) perdem o apoio da maioria no Parlamento ou recebe um voto de desconfiança (caso um parlamentar discorde da política adotada pelo Primeiro-Ministro e os demais parlamentares concordarem.). Conseqüentemente, esse governo é obrigado a pedir demissão ao Chefe de Estado. Entretanto, “a possibilidade de destituição sua mediante voto de desconfiança do Legislativo, poderia dar a ideia de um profundo desequilíbrio entre esses dois poderes do Estado” (BASTOS, 1995, p. 86).

Contudo, para restaurar o equilíbrio, foi concedida ao Primeiro-Ministro a possibilidade de também poder dissolver o Parlamento “toda vez que este provoca uma queda do governo” (BASTOS, 1995, p. 86), sendo o mandato dos parlamentares na Câmara dos Comuns finalizado antes do tempo. Por conseguinte, o Chefe de Governo pede ao Chefe de Estado que proclame anulados seus mandatos e institua novas eleições.

Desse modo, é a quem a população elegerá uma nova maioria parlamentar que, por sua vez, terá a função de formar um novo governo. Se o Primeiro-Ministro obtiver

a maioria dos novos parlamentares, permanece no cargo, caso não consiga, ele se demite.

Por outro lado, o sistema de governo presidencialista da mesma forma que o Parlamentarismo, não foi criação de um autor com características definidas. Entretanto, para Dallari (2013, p. 237), “pode-se afirmar com toda a segurança que o presidencialismo foi uma criação norte americana do século XVIII, tendo resultado da aplicação das ideias democráticas, concentradas na liberdade e na igualdade dos indivíduos e na soberania popular”.

Afinal, a América do Norte era uma colônia da Inglaterra e, após conseguirem se libertar de seu domínio, criaram aversão à monarquia. Desejavam um sistema de governo diferente da monarquia o qual alcançaria a desconcentração do poder. Assim: “os fundadores do Estado norte-americano tinham plena consciência de estarem criando uma nova forma de governo” (DALLARI, 2013, p. 238).

A grande diferença entre os dois modelos está no papel do órgão legislativo. Enquanto no parlamentarismo este não se limita a fazer leis, mas também é responsável pelo controle do governo, tomando posições políticas fundamentais, no Presidencialismo aquela atividade lhe é atribuída em caráter principal. Além disso, naquele o Parlamento pode destituir o Gabinete, por razões exclusivamente de ordem política, enquanto neste isso só poderia ocorrer em relação ao Presidente da República e em razão da prática de certos delitos. (TAVARES, 2016, p. 1054)

Pela descrição anterior, nota-se que os norte-americanos conseguiram criar um sistema diferente do parlamentarismo. Esse novo sistema baseado na “teoria da separação de poderes de Montesquieu veio a calhar. Os poderes seriam, pois, independentes, mas se controlariam reciprocamente de modo a evitar o arbítrio” (BASTOS, 1995, p. 89). Devido a esse atributo, surgiu a característica principal desse sistema: a irresponsabilidade política na qual o Presidente não precisa do apoio do Congresso para continuar no poder, visto que ele alcança o cargo por eleição popular com um mandato de quatro anos, desaparecendo, assim, a necessidade de sustentar o apoio da maioria no Parlamento para se manter no cargo.

Contudo, caso o presidente atente contra a Constituição, o Legislativo tem o poder de julgá-lo, porém, “não é mesmo seu propósito criar qualquer tipo de dependência do Executivo para com o Legislativo, mas tão somente o de viabilizar uma saída institucional” (BASTOS, 1995, p. 89). Assim, a “responsabilidade do Presidente no presidencialismo é penal e não política; responde ele por crime de responsabilidade no exercício da competência constitucional, de ordem administrativa, que lhe é atribuída, não podendo ser destituído” (BONAVIDES, 2011, p. 319), caso ocorra o afastamento, o processo é chamando de *impeachment*.

Mais ainda, diferente do Gabinete no Parlamentarismo, os ministros auxiliares do Presidente podem ser demitidos por ele a qualquer momento. Vale destacar, também, a inexistência de um processo que permita o Presidente dissolver o Congresso (BONAVIDES, 2011, p. 320).

Por fim, o sistema de governo criado nos Estados Unidos foi adotado pelo Brasil. Porém, na Constituição de 1988, Constituinte Originário optou por colocar como

uma norma do ADCT, art. 2º, a realização de um plebiscito no qual a população brasileira escolheria a Forma de Estado (república ou monarquia) e o Sistema de Governo (presidencialismo ou parlamentarismo), tendo como resultado a escolha da República e do Presidencialismo.

Vale ressaltar que o Parlamentarismo já foi motivo de plebiscito e também foi negado. Em 1961, o Presidencialismo sofre uma crise de poder com ameaça à ordem democrática, assim, um Ato Adicional instituiu o parlamentarismo abrangendo o período de setembro de 1961 a 17 de janeiro de 1963, sendo que o plebiscito ocorreu em 17 de janeiro de 1963, com resposta “sim” de 90% do eleitorado para o retorno do presidencialismo (BONAVIDES, 2011, p. 365-366).

4 Estopim das PEC's parlamentaristas

Devido a uma recente crise política entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, ganhou força a polêmica proposta de mudança do atual sistema de governo do Brasil, tida como recurso para o problema. Assim, personalidades importantes no cenário político e jurídico alegaram defender tal resolução. Consequentemente, propostas de emendas constitucionais referentes ao assunto tornaram-se alvo de interesse e discussão.

No campo político, o ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, em junho de 2015, ao conceder uma entrevista, articulou: “temos que discutir o parlamentarismo no Brasil, e rápido”. Para Cunha (2015, *online*): “a grande evolução que se deve ter é que temos que discutir o parlamentarismo no Brasil, e rápido. Um debate para valer e votar”. Por fim, o deputado reforça seu argumento:

se a gente não evoluir para o sistema parlamentarista no Brasil, vamos ficar sujeitos a crises. Existe uma dúvida jurídica: como houve o plebiscito [em 1993] que culminou na não aprovação do parlamentarismo, há dúvidas se uma simples emenda constitucional seria suficiente ou se precisaria de plebiscito, ou referendo. Acho que, sem referendo, é muito difícil implementar o parlamentarismo.

Pela articulação de Cunha, a mudança de sistema não seria apenas uma inovação para o cenário político, mas também a solução para se estar menos suscetível a crises.

Paralelamente, o senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP) (2016, *online*) apresentou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 9/2016). Em uma entrevista ao jornalista Pedro Henrique Costa, o senador argumentou que parlamentarismo “é uma solução para crises institucionais semelhantes. Com o parlamentarismo, aumenta a responsabilidade do Congresso Nacional para a estabilidade do país”. Além disso, o senador enfatiza que, por ser um sistema de governo mais flexível, ele facilitaria mudanças que permitem adaptar o sistema Executivo de acordo com as necessidades do país.

Já na área jurídica, o ex-presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcus Vinícius Furtado Coelho (2015, *online*), apontou ser necessária a mudança do sistema de governo atual para o semipresidencialismo, o

mesmo adotado na França. Ele alega ser “solução necessária para a superação da crise política, que demonstra o esgotamento do modelo de presidencialismo de coalizão”. O advogado acredita ser “uma proposta que mira os problemas do arranjo institucional brasileiro” (...) “não se trata de um paliativo, mas de um verdadeiro aprimoramento para a democracia brasileira”. Contudo, para ele, não significa instaurar o parlamentarismo como aconteceu com João Goulart, na década de 1960, mas sim, “trata-se de um modelo em que as instituições brasileiras sejam aprimoradas e a condução do governo mais democratizada”. Marcus Vinícius alega ainda “que a proposta seja submetida a referendo popular, após ampla discussão pela sociedade brasileira” (G1, 2015).

Analogamente, o ministro Luís Roberto Barroso (2015, *online*), do Supremo Tribunal Federal, enfatizou:

acho que deveríamos ter um modelo semipresidencialista, como é na França, em Portugal, que é um sistema que tem mecanismos institucionais de destituição de governo por perda de apoio político mediante moção de desconfiança ou outros meios. No modelo presidencialista, não existe essa forma institucionalizada de destituição de governos que perderam apoio político, só existe a fórmula do *impeachment*, e o *impeachment* exige a prática de um crime de responsabilidade. Esta é uma boa hora de nós termos um modelo mais maduro, que vigora em boa parte das democracias do mundo e que permite o controle da legitimidade corrente dos governos.

Mediante a fala do ministro, nota-se a crença de que o parlamentarismo é um sistema mais desenvolvido e que o voto de desconfiança é um traço mais ágil e eficiente em momentos de crise. Posteriormente, o ministro alega que o sistema de governo optado pelo Brasil “só deu certo verdadeiramente nos EUA” (BARROSO, 2015, *online*).

Atualmente, tramitam no Senado Federal três propostas de Emenda à Constituição (PEC's) com o propósito de introduzir, no Brasil, o sistema parlamentarista de governo.

Primeiramente, a PEC 32/2015, proposta pelo senador Fernando Collor (PTB-AL), propõe mudanças como criar o cargo de presidente do Conselho de Ministros; inserir a moção de desconfiança (em caso de perda de apoio da maioria parlamentar) e extinguir o cargo de Vice-presidente. Assim, “o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros”. Sendo que o presidente de Conselho de Ministros tem “a direção e a responsabilidade da política do Governo, assim como da Administração Federal”. Ele é indicado pelo presidente da República e, posteriormente, submetido à aprovação da Câmara dos Deputados; estando sujeito ao voto de desconfiança (BRASIL, PEC 32/2015).

Por outro lado, segundo o artigo 83 da PEC, os atos Presidente da República deverão ser aceitos pelo Conselho de Ministro para obterem validade, exceto nos casos: “nomear o Presidente do Conselho de Ministros e, por indicação deste, os demais ministros de Estado e exonerá-los quando a Câmara dos Deputados lhes retirar a confiança”, se julgar conveniente “presidir as reuniões do Conselho de Ministros”, “exercer o comando das forças armadas e, por proposta do Presidente do Conselho de

Ministros, nomear os comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica”, “outorgar condecorações ou outras distinções honoríficas a estrangeiros” e “convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional” (BRASIL, PEC 32/2015).

O senador Fernando Collor, como justificativa para as mudanças descritas, afirma que “a indagação é tanto mais procedente, quando se tem em vista a circunstância de que a opção pelo presidencialismo foi tema de duas das três consultas populares até hoje realizadas”, finalizando que “o país aguarda há quase três décadas a materialização de uma reforma política”, sendo de suma importância a discussão do tema (BRASIL, PEC 32/2015).

Já a PEC 102, de 2015, do senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), propõe a manter a eleição presidencial pelo povo com mandato de quatro anos. Haveria a criação do cargo de Primeiro-ministro (chefe de Estado) que, caso não aprovado pela Câmara, após duas indicações do Presidente da República, a responsabilidade da escolha iria para o Senado. O Primeiro-Ministro passaria a ter direito à iniciativa legislativa (atualmente função do Presidente) (BRASIL, PEC 102/2015).

Além disso, são propostos a Moção de Censura, o Voto de Confiança e a Dissolução da Câmara dos Deputados. No primeiro, caso a Câmara discorde da política do governo atuante e obtendo “iniciativa de 1/5 da composição da Câmara” e “aprovada por maioria absoluta”, o Presidente da República nomeará um substituto. Já o segundo, o Voto de Confiança, “a Câmara dos Deputados pode forçar a demissão do governo se, por maioria absoluta, aprovar uma moção de censura ou rejeitar um voto de confiança solicitado pelo Primeiro Ministro”, se “negada a confiança, por maioria absoluta, o Conselho de Ministros será exonerado”. Por último, o Primeiro-Ministro “pode propor ao Presidente da República a dissolução da Câmara dos Deputados e a convocação de novas eleições, quando a maioria parlamentar que aprovou a sua investidura nega apoio à execução do programa de governo” (BRASIL, PEC 102/2015).

Por último, a PEC 9/2016, tendo como autor o senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), cria a figura do Primeiro-Ministro como Chefe de Estado e comandantes superiores das Forças Armadas. Sendo eleito pelo Presidente da República após consulta dos partidos com maioria na Câmara. Tendo como dever editar medidas provisórias e leis delegadas, com posição de enviar propostas ao Congresso (CONJUR, 2015).

Cria-se, também, o cargo de ministro-coordenador escolhido por um membro do Congresso Nacional que coordenará os ministérios, sob orientação do Presidente da República, e presidirá reuniões na ausência deste último. Em caso de descontentamento da maioria absoluta da Câmara, o ministro-coordenador pode ser afastado de seu cargo. A PEC se mantém em consonância com PEC 20-A/1995 e a PEC 32/2015 ao preservar, em sua estrutura, a chance de o Senado escolher o Primeiro Ministro caso a Câmara não aprove por duas vezes a indicação do Presidente da República (CONJUR, 2015).

Entretanto, em 1997, a PEC 20-A/95 proposta por Eduardo Jorge (PV) e outros com a igual intenção de instaurar o parlamentarismo no Brasil (pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara) foi alvo do Mandado de Segurança 22.972, subscrito pelos deputados Jaques Wagner, Hélio Bicudo, Arlindo Chinaglia,

Sandra Starling e Miguel Rosseto e submetido ao Supremo Tribunal Federal. Os deputados argumentavam que a PEC ia contra a cláusula pétrea de separação dos poderes, art. 60, e por desejarem “ver respeitada a Constituição Federal no que pertine aos Poderes de Emenda atribuídos aos Legisladores derivados e à própria estabilidade das cláusulas erigidas pela ordem constitucional como imutáveis, pétreas”, não concordavam em votar a PEC 20-A/95 (MS. 22.972, 1997).

Posteriormente, os deputados argumentaram que a população, de acordo com o ADCT 2º, já havia se manifestado e optado pelo Sistema Presidencialista no plebiscito de 1993 e que então o Poder Constituinte Derivado não teria “o condão (...) de introduzir o regime parlamentarista de governo (rompendo, ao menos parcialmente, a separação existente, no presidencialismo, entre os órgãos executivo e legislativo)” (MS. 22.972, 1997).

Mais ainda, os parlamentares fundamentaram seu apelo na jurisprudência do STF (MS 20.257), utilizando o voto de Moreira Alves, ministro redator, para o acórdão:

a inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que se falar, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga. (MS. 20.527, 1980)

Apesar dos argumentos de desrespeito à Carta Magna de 88 e da vedação da apresentação, da lei ou da emenda, baseada no Mandado de Segurança 20.257, o então ministro Neri da Silveira, alega que “não há exame do mérito do mandado de segurança, mas, tão-só, cabe verificar se é relevante o fundamento do pedido e se do ato impugnado pode resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”. Posteriormente, acrescenta ser relevante o fundamento do pedido dos deputados, baseado nos limites propostos do art. 60, § 4º, III, da Constituição e também no possível alcance a separação dos Poderes. Para o ministro relator, “são todos aspectos relevantes a serem apreciados no julgamento final”. Todavia, acrescenta “que a não suspensão da tramitação da Proposta de Emenda em exame não conduzirá à ineficácia do mandado de segurança, caso deferido”. No fim, o ministro ainda alega a vantagem de a Suprema Corte não interferir no andamento dos outros Poderes, “salvo quando houver de impedir se consume definitivamente ofensa à Constituição, cuja guarda constitui sua competência precípua, e, para tanto, for convocado”. O ministro então passa os autos para o “Procurador-Geral da República, para o seu parecer” (MS 22.972, 1997).

Em 2002, após Néri da Silveira se aposentar, o mandado de segurança transitou pelos relatores Ilmar Galvão, Ayres Britto e Cezar Peluso. Por fim, em novembro de 2012, chega ao gabinete do relator Teori Zavascki que solicita colocá-la em pauta em agosto de 2015. Assim, o ministro Ricardo Lewandowski, ex-ministro do STF, o coloca em pauta. Porém, em 16 de março de 2016, o Tribunal tomou a decisão de “retirada do

processo da pauta do plenário, em face da aposentadoria do Relator, bem como a sua redistribuição”, além de “adiar o julgamento do feito a fim de que o Senado Federal apresente, no prazo de dez dias, as informações que entender de direito” (MS, 22.972, 1997), após esse momento, em março de 2017, o ministro Alexandre de Moraes torna-se o novo relator.

Diante do exposto, mostra-se um posicionamento claro da doutrina. Para Raul Machado Horta (1995, p. 95-96),

o plebiscito de 21 de abril de 1993, que consagrou a inequívoca preferência do eleitorado brasileiro pela forma republicada e o regime presidencial, incorporou outra limitação material ao exercício da revisão constitucional. No tocante ao regime presidencial, parece-me que violaria a vontade soberana do eleitorado a introdução no poder executivo presidencial de técnicas inerentes ao regime parlamentar, através de regra desconhecida no regime presidencial brasileiro.

Horta mostra um posicionamento alinhado ao art.1, *caput*, CF/88, ao expor que “violaria a vontade soberana”. Paralelamente, Guilherme Peña de Moraes (2012, p. 37) acredita que o Poder Constituinte Originário transferiu a decisão ao titular do poder conforme o art. 1º, *caput*, CF/88, conseqüentemente, a forma e o sistema de governo seriam uma “limitação material implícita (...) visto que não há a possibilidade de substituição da república pela monarquia, nem da substituição do presidencialismo pelo parlamentarismo, após o resultado do plebiscito de 21 de abril de 1993”.

Já Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes (2016, p. 126) pautaram seu argumento de forma diversa. Para os autores,

a emenda que suprima a independência de um dos Poderes ou que lhe estorve a autonomia é imprópria. Essa cláusula pétrea revela como problemática uma proposta de emenda à Constituição que pretenda instaurar o parlamentarismo. Uma tal emenda estaria, ainda, em linha colidente com a decisão direta do poder constituinte originário, tomada no plebiscito ocorrido por força do disposto no art.2º do ADCT.

De acordo com o autor, a emenda iria além e prejudicaria a forma de relação dos poderes. Dessa forma, a PEC 20-A/1995, ao designar o “Presidente em dependência de uma ou de ambas as Casas do Congresso”, traz uma forte evidência de interferência na separação das funções dos poderes, sendo consoante com a defesa de Branco e Mendes (2016, p. 126) e com a base argumentativa dos deputados impetrantes do MS 22.972 de a matéria colidir com a independência das funções dos Poderes.

A PEC 32/2015, pelo exposto no artigo 83, no qual os atos do presidente (cargo do Poder Executivo) ficam à mercê do Conselho de Ministro (cargos do Poder Legislativo). Destaca-se também que as PEC 102/2015 e PEC 9/2016, ao permitirem o Senado escolher o Primeiro Ministro caso a Câmara não aprove por duas vezes a indicação do Presidente da República, demonstra novamente alteração da separação das funções dos Poderes conforme o argumento de Branco e Mendes (2016, p. 126) e dos deputados do MS 22.972, apresentando um afrontamento aos limites da cláusula pétrea presentes no art. 60.

5 Conclusão

No primeiro capítulo, foi analisada a importância de Constituição e seu poder norteador mediante elementos como direitos fundamentais, a organização do Estado e o equilíbrio entre os poderes. Em seguida, pelo positivado no art.1º, da Constituição Federal de 1988, destacou-se o povo como verdadeiro titular do poder, cabendo ao Poder Constituinte Originário mero exercício deste. Entretanto, devido às mudanças sociais, criou-se um Poder Constituinte Derivado que, limitado por cláusulas pétreas implícitas e explícitas, art. 60, adequa a Lei Máxima à nova realidade.

No segundo capítulo, exploraram-se a evolução histórica e as características presentes no Parlamentarismo e no Presidencialismo, apresentando suas peculiaridades e, principalmente, como relacionam-se e equilibram-se os poderes Legislativo e Executivo em cada um dos sistemas. Ressaltou-se, também, que o Parlamentarismo foi motivo de plebiscito em 1963 e 1993, negado em ambos os momentos.

No terceiro capítulo, destacou-se que uma crise entre os Poderes Legislativo e Executivo motivou o surgimento de propostas de emenda à constituição, visando implantar um parlamentarista no Brasil, tido como a solução para o problema. Apresentaram-se, também, os argumentos utilizados por importantes personalidades, do cenário político e jurídico, adeptas dessa solução. Posteriormente, baseando-se no disposto na doutrina MS 22.972, foram características presentes nas PEC's parlamentaristas.

Por fim, nota-se que o sistema parlamentarista tem uma história única no Brasil, pois, apesar de já ter sido rejeitado duas vezes por plebiscito, em 1963 e 1993, ainda permanece uma discussão acerca de uma mudança para ele. Dessas discussões, surgiram inúmeras Propostas de Emenda à Constituição (PEC's) acerca do assunto.

Diante da necessidade de uma constituição rígida que mantenha o equilíbrio da sociedade, o Poder Constituinte Originário limitou o poder do Constituinte Secundário por meio das cláusulas pétreas, elas representam o maior impedimento para uma mudança de sistema, surgindo a dúvida se não feriria o exposto as cláusulas pétreas explícitas no art. 60, § 4º, sem se esquecer da possibilidade de ferir cláusulas pétreas implícitas.

O julgamento do mandado de segurança nº 22.972 foi adiado portando como resposta a perspectiva de não ativismo por parte da Suprema Corte devido à possibilidade de a tramitação da proposta de emenda ser barrada pelo presidente da Câmara e do Senado.

Em suma, baseado no recorrido, uma mudança para o Sistema Parlamentarismo mostra-se uma cláusula pétrea que colide com a decisão dos titulares do poder (o povo) além de ferir a cláusula pétrea de independência dos poderes.

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do Poder Constituinte. *Revista Informativo legislativo*, ano 19, n.74 abr./jun., p. 33-68, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. Brasil deve aproveitar crise para instituir semipresidencialismo, diz Barroso. *Revista Consultor Jurídico*. 21 de outubro de 2015, 14h17. Entrevista Concedida a Sérgio Rodas. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-21/crise-oportunidade-semipresidencialismo-barroso>> Acesso em: 24 jan. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 161 p.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 550p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. 1504 p.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição 20-A/1995*. Estabelece o Parlamentarismo. Disponível em: <<Http://imagem.camara.gov.br/imagem/d/pdf/dcd28mar1995.pdf#page=20>> Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. *Proposta de Emenda à Constituição OAB*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pec-oab.pdf>> Acesso em: 24 jan. 2017.

_____. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição 9/2016*. Institui o Parlamentarismo e da outras providências. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125060?o=d>> Acesso em 24 jan. 2017.

_____. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição 32/2015*. Institui o Parlamentarismo e da outras providências. Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=162249&tp=1>> Acesso em 24 jan. 2017.

_____. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição 102/2015*. Institui o Parlamentarismo e da outras providências. Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=171811&tp=1>> Acesso em: 26 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança*. MS 22.972. DF. Impetrantes: Jaques Wagner, Hélio Pereira Bicudo, Aurélio Chinaglia Júnior, Sandra Meira Starling e Miguel Soldatelli Rosseto. Impetrado: presidente da câmara dos deputados, presidente da comissão de constituição e justiça e de redação e presidente da comissão

especial. Relator: Min. NERI DA SILVEIRA. Brasília, 18 de dezembro de 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14758257/mandado-de-seguranca-ms-22972-df-stf>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. MS. 20.527. DF*. Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero Franco, Mendes Canale. Autoridade Coatora: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Min. MOREIRA ALVES. Brasília, 08 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2007.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. *Uma proposta para o Brasil*. Disponível em: <<http://www.diariodopoder.com.br/artigo.php?i=33964125334>> Acesso em: 21 jan. 2017.

CUNHA, Eduardo. Eduardo Cunha diz que articula para aprovar sistema parlamentarista. *Folha de São Paulo*, 29/06/2015, 02h00, Brasília. Entrevista concedida a Andréia Boghossian e Bruno Sadi. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1648976-eduardo-cunha-diz-que-articula-para-aprovar-sistema-parlamentarista.shtml>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. p.200-203 São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Aloysio Nunes. *Aloysio Nunes Ferreira apresenta PEC que institui parlamentarismo no Brasil*. 15/03/2016, 11h12 – atualizado em 27/09/2016, 10h29. Entrevista concedida a Pedro Henrique Costa. Disponível: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2016/03/alloysio-nunes-apresenta-pec-que-institui-parlamentarismo-no-brasil>> Acesso em: 24 jan. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 398 p.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2012, 805 p.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. 756 p.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. O Parlamentarismo. *Revista dos Tribunais*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. vol.2, p.817-820, Maio/2011.

OAB sugere mudança no sistema de governo para o semipresidencialismo. *G1*, Brasília, 11 de dezembro de 2015, 13h23. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/12/oab-sugere-mudanca-no-sistema-de-governo-para-o-semipresidencialismo.html>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

PEDRA, Adriano Sant' Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. *Revista de Informação legislativa*, v. 43, n.172, p. 135-148, 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93266/Pedra%20Adriano.pdf?sequence=1>>Acesso em: 20 out. 2016.

PRATES, Tatiana Maria Oliveria. Considerações acerca do Poder Constituinte de Reforma. *Meritum*, v.1, n.1, p.101-118, jul./dez. 2006.

Revista Consultor Jurídico. OAB defende implantação do semipresidencialismo no Brasil. 11 de dezembro de 2015, 15h 23. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2015-dez-11/oab-defende-implantacao-semipresidencialismo-brasil>>Acesso em: 24 jan. 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016. 1164 p.

Vitimologia no Direito Penal brasileiro: aplicação prática específica

Victimology in brazilian criminal law: specific practical application

Fernando Wesley Gotelip Florenzano

Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil/Instituto Luterano de Ensino Superior, Unidade de Itumbiara – Goiás.
E-mail: fernandoflorenzano@msn.com

Resumo: O presente trabalho se propõe a fazer uma análise prática, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, acerca da vitimologia, entendida como o estudo acerca da vítima no contexto do cometimento de crimes. Um dos objetivos do estudo é justamente focalizar e ressaltar a importância do estudo do tema, nem sempre considerada pela doutrina ou pela jurisprudência pátrias. O problema de pesquisa central, que orienta a investigação proposta, é avaliar se no Direito Criminal brasileiro é levada em consideração, de forma expressa e inequívoca, a Vitimologia, pois a partir do enfrentamento desse problema central poderão se descobrir novos caminhos que auxiliam a interpretação do Direito Penal cotidiano, a exemplo de assuntos como dosimetria da pena. Para atingir os objetivos propostos, utilizou-se especialmente da pesquisa empírica jurisprudencial, mediante metodologia dedutiva e revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Criminal. Vitimologia. Estudo da vítima. Relevância. Aplicabilidade.

Abstract: The present work proposes to make a practical analysis, in the context of the Brazilian legal system, about the Victimology, understood as the study about the victim in the context of the commission of crimes. One of the objectives of the study is precisely to focus and emphasize the importance of the study of the subject, not always considered by doctrine or jurisprudence. The central research problem, which guides the proposed research, is to evaluate whether Victimology is taken into account in the Brazilian Criminal Law, in an explicit and unequivocal way, since from the confrontation of this central problem one can discover new ways that aid interpretation of daily criminal law, such as subjects such as dosimetry of the judicial punishment. In order to reach the proposed objectives, empirical jurisprudential research was used, using a deductive methodology and bibliographic review.

Keywords: Criminal Law. Victimology. Study of the victim. Relevance. Applicability.

1 Introdução

O estudo acerca da vítima é de suma importância, tendo em vista que esta foi relegada ao esquecimento por um longo período na história, de protagonista a mero repositório de informações. Verificou-se um declínio em relação à importância das pessoas que sofriam e sofrem processos vitimizatórios.

Atualmente, a Vitimologia preocupa-se com a participação da Vítima no crime, a vulnerabilidade e a definibilidade da Vítima que devem ser sopesados na instrução criminal.

Observa-se que quanto mais destituída de poder econômico, mais sofrimento a vítima terá ao buscar a feitura da justiça, sendo essa vulnerabilidade da vítima ignorada pelos aplicadores do Direito.

Em relação ao crime, deve-se estudar tanto o criminoso quanto a vítima, essa relação é destacada por ele como dupla-penal, pois somente assim se poderá admitir o dolo e a culpa do transgressor e a constatação de uma suposta participação da vítima involuntariamente no efeito criminoso.

O crime não é composto por apenas um personagem, portanto, é de suma importância analisar-se a interação entre a dupla penal: criminoso-vítima, pois, em alguns casos, a vítima participa na consecução criminosa, mesmo que de forma involuntária.

É mister estudar as relações de ordem psicológica que envolvem a dupla-penal.

O presente artigo terá por tema a aplicabilidade da Vitimologia no direito penal brasileiro, assunto este pertencente ao campo de conhecimento: Vitimologia.

O problema que se vislumbra é se o ordenamento jurídico brasileiro utiliza os conceitos da Vitimologia de forma inequívoca e expressa, de modo a auxiliar o Direito na análise da relação criminoso-vítima?

Ao se iniciar o estudo, teve-se como hipótese a existência da Vitimologia como disciplina reconhecida pelos meios acadêmicos recentemente, porém, a valoração da Vítima é antiga na história da humanidade; no Brasil, o conceito é utilizado de forma incipiente, pois os conceitos da Vitimologia poderiam ser utilizados de forma mais abrangente e completa, aumentando o conhecimento da gênese do crime.

O objetivo geral a que se propôs é examinar a aplicação da Vitimologia no ordenamento pátrio e sua relevância no direito penal.

Como objetivos específicos têm-se: estudar a Vitimologia, seu histórico e conceitos necessários para sua compreensão, verificar o uso dos conceitos de Vitimologia no Direito Brasileiro e verificar, na jurisprudência brasileira, como as Cortes têm tratado do assunto em epígrafe.

Como acadêmico e apreciador do Direito Penal, a questão da vítima sempre me intrigou e, por isso, tornou-se a indicada como escolhida para finalizar os estudos no curso de Direito.

Justifica-se o estudo em questão, pois, com ele, contribuir-se-á para a compreensão se os conceitos da Vitimologia encontram-se instaurados no ordenamento penal brasileiro e se essa contribuição vem sendo eficaz, a partir daí poderá ser formulada uma maior inserção da Vitimologia, visando auxiliar o Direito Brasileiro, caso ela se mostre eficaz para tanto; além de beneficiar a sociedade por tratar humanamente as vítimas de delitos, além de contribuir para a melhor compreensão da gênese criminal e dosimetria da pena.

Utilizou-se, para a consecução do presente trabalho, o método dedutivo com a análise empírica de casos concretos jurisprudenciais.

Por isso, o presente trabalho se dedica ao estudo da vítima e da Vitimologia, consideradas essenciais para o Direito Penal e para a sua execução.

2 Conceito e importância do estudo da vítima

Vítimas são pessoas que sofreram dano, individual ou coletivamente, seja de cunho físico ou emocional, econômico ou impossibilidade de usufruir de seus direitos fundamentais, por meio de ações ou omissões que constituem fatos típicos, até mesmo as que se referem a abuso de poder (FERNANDES; FERNANDES, 2002).

Como se percebe, o conceito de vítima é bem amplo e pode abarcar várias pessoas que sofreram algum tipo de violência. A etimologia da palavra vítima tem sua raiz no latim, derivando de vincire cujo significado é ligar, referindo-se aos animais sacrificados aos deuses que ficavam vinculados ao ritual em que seriam vitimados. A vítima é aquele que sofre a ação ou omissão do delinquente, isso do ponto de vista penal (ibidem).

Mais uma vez, observa-se a conotação religiosa em torno da vítima, a qual era imolada em sacrifício aos deuses.

Tanto o criminoso quanto a vítima podem apresentar causas biopsíquicas que o tornam predispostos a ações antissociais e até mesmo vitimizantes, algumas tendências advêm de herança biológica, juntamente com outros fatores de nível psicológico e socioambiental (ibidem).

O estudo da vítima é importante, pois auxilia na compreensão da gênese do delito e no vislumbre que, muitas vezes, criminoso e vítima formam uma parilha, consciente ou inconscientemente (ibidem).

O entendimento da gênese do delito esclarece e pode evitar futuras ações delituosas, protegendo a vítima e educando o criminoso.

3 Aspectos históricos da vítima

O privilégio do estudo da vítima não cabe aos tempos modernos, pois já existia no passado, apesar de não sistematizado. Na chamada idade de ouro da vítima, esta possuía uma posição de destaque na solução do evento criminoso. À vítima e aos seus familiares era facultativo requerer a vingança ou a compensação. Porém, com o fortalecimento do Estado, este passou a ser o titular do direito de vingança. Na idade de ouro da vítima, não existia uma nítida diferenciação entre crime e pecado, a punição tinha o condão de restaurar a harmonia perfeita que havia sido quebrada com a prática delituosa (CALHAU, 2002).

O objetivo da punição ao criminoso objetivava, muitas vezes, saciar o desejo de vingança da vítima e de seus familiares, não possuindo um equilíbrio muito nítido, pois poderia ultrapassar os limites do que foi realmente sofrido pela vítima.

Uma das legislações mais antigas conhecidas – o Código de Hamurabi é originado da Babilônia, datado do século XVIII a. C., tal codificação tem origem supostamente divina. Em alguns delitos, o Código de Hamurabi previa tanto a pena de Talião quanto a composição, para escolher qual seria aplicada, deveria ser sopesada a qualificação do ofensor e do ofendido. O direito da vítima e de sua família era reconhecido para a aplicação tanto da pena de Talião quanto do preço da composição,

porém esse direito possuía limites legais e não podia ser exercido de forma arbitrária (ibidem).

Nesse momento, observa-se que o “o direito à vingança” passa a ser monitorado e deve obedecer aos limites legais estabelecidos pelo Código de Hamurabi.

O Código de Manu, também de inspiração divina, com idade incerta, entre século XIII a V a. C., possui uma clara preocupação com a manutenção da sociedade de castas. A pena possuía função moral e dependia de qual casta pertencia o ofensor, ao purificar quem a recebia, não existindo distinção entre crime e pecado. O princípio de Talião estava presente nas sanções, a maior preocupação estava no fato de que um brâmane pudesse ser vítima do crime (ibidem).

Observa-se que o Código de Manu preocupava-se com a qualidade da vítima, preocupando-se mais quando esta pertencia às castas superiores, como é o caso dos brâmanes.

O direito hebreu, que pode ser encontrado na Torá, também estava repleto de referências religiosas, sendo, portanto, de origem divina, também era regido pelo princípio de Talião, porém, este poderia ser substituído por uma indenização, cujo escopo era compensar a vítima. A lei mosaica fazia distinção entre dolo e culpa (SOARES, 2003).

Interessante observar que, em civilizações antigas, já havia a preocupação de se ressarcir as vítimas como forma de minimizar os efeitos do delito sofrido por elas.

O direito penal sofreu uma secularização com a fundação da República romana, a qual separou a religião e o Estado. A Lei das XII Tábuas, datada de 453-451 a. C., possuía leis penais, a diferença dessa legislação para as anteriores é que ela não foi outorgada pelos deuses (ibidem).

A Lei das XII Tábuas limita a vingança privada, ressaltando os delitos privados, passíveis de penas patrimoniais, com a possibilidade de composição, para, dessa forma, evitar-se a vingança. Não possui diferenciação de classes sociais (ibidem).

No feudalismo, houve a sobreposição do direito germânico sobre o direito romano. O antigo direito germânico baseava-se na vingança de sangue. O delito trazia uma relação entre o criminoso e a vítima, a comunidade autorizava e protegia a vítima, que poderia agredir o criminoso, porém, não tomava parte direta na contenda (PELLEGRINO, 1987).

Observa-se certa isenção nesse sistema, porém, nem sempre deveria ser satisfatório à vítima por não ter clareza em como ressarcir-la.

Quando o poder estatal foi sendo fortalecido, a composição tornou-se obrigatória, portanto, o princípio de Talião foi substituído pela composição. O valor desta dependia do *status* do ofendido e o inadimplemento acarretava a conversão da sanção corporal ou a consequente vingança por parte da vítima (ibidem).

Existiam três tipos de composição no direito germânico: *wergeld* – reparação pecuniária paga ao ofendido ou aos seus familiares; *busse* – o delinquentes pagava à vítima ou a sua família o “direito de vingança” e *fredus* que era o preço da paz ofertado ao chefe da tribo, ao soberano ou ao Estado. Além da composição, havia, no sistema germânico, outras penas, com caráter sacramental, impostas aos criminosos que afetavam as pessoas da comunidade como um todo. O direito germânico prevaleceu até o final do século XI (ibidem).

Do final do século IX ao século XIII, o direito canônico foi a principal fonte do direito positivado. Os tribunais eclesiásticos possuíam uma larga competência, sujeitando-se a eles não somente os clérigos, mas também os leigos (SOARES, 2003).

Na fase da Igreja Primitiva, os cristãos criaram regras de convivência para pacificação dos possíveis conflitos entre os seus pares. Por ser uma instituição clandestina, os adeptos eram orientados a não buscar a solução dos litígios junto à intervenção dos juízes romanos, por isso se submetiam à autoridade dos padres e dos bispos (ibidem).

A partir do ano 313, o Imperador Constantino concedeu às decisões dos bispos o mesmo valor da decisão do juiz. Nos séculos IV e V, foi concedida aos bispos a competência para julgar as infrações religiosas. Nos séculos X a XII, o direito penal começa a intervir nos tribunais em casos seculares (ibidem).

O procedimento penal, nos tribunais eclesiásticos, dependia de provocação, portanto, era acusatório. No século XII, o processo torna-se inquisitorial, portanto, o juiz deveria instaurar o processo sempre que um delito chegasse ao seu conhecimento. Nessa fase, a vítima não tem qualquer relevância (ibidem).

O direito penal canônico limitou a vingança de sangue do direito germânico; a partir desse momento, há uma mudança no papel da vítima: outrora sujeito central em matéria penal, torna-se mero possuidor de informações (ibidem).

A vítima, com o passar dos anos, perdeu o seu papel de protagonista, como o foi no caso do Direito Germânico, passando a possuir um papel periférico, apenas, informativo. Isso se deu com a supremacia do Estado no tocante ao poder punitivo. Conforme Oliveira (1999, p. 33),

o declínio da vítima no sistema penal coincide com o nascimento do Estado e do direito penal como instituição pública: o direito penal estatal surge exatamente com a neutralização da vítima. O Estado assume o controle absoluto do 'jus puniendi', convertendo-se no exclusivo detentor do monopólio da reação penal.

O Procurador surge para fazer substituir a vítima, papel assumido em função de ser o procurador representante da ordem e do poder atingido pelo ato delituoso. Assim, surge a origem do confisco, das multas que são recolhidas pelo Estado – que favoreceram as monarquias emergentes, como uma potente fonte de capital (ibidem).

O afastamento da vítima na solução do conflito penal é patente quando se recorda da atuação dos Tribunais da Inquisição, presente no fim da Idade Média e Idade Moderna. Os Tribunais da Inquisição estavam ao lado dos Tribunais Seculares e recebiam um apoio amplo dos soberanos. À mínima suspeita, a partir de qualquer delação (por mais infundada que fosse), a confissão era obtida por intermédio da tortura, portanto, nem sequer se consultava a vítima como fonte de informações (MAIA, s.d.).

A partir desse momento, a vítima passa a ser relegada ao esquecimento, não se preocupando com sua indenização pelos danos causados nem em minimizar seu sofrimento de qualquer forma, muito menos a sua ânsia por vingança.

Com a Escola Positiva, surge a Criminologia que, a princípio, não valorizava a vítima. Os estudos baseavam-se no Antropologismo de Lombroso e no determinismo

sociológico de Ferri, buscando a compreensão do criminoso. Porém, no curso da evolução da Criminologia, surgiu um eventual interesse pelo papel da vítima no delito (ibidem).

No princípio desses estudos, a vítima ainda não era vislumbrada, observa-se somente o criminoso.

Em relação à vítima, vivencia-se, atualmente, a fase do redescobrimento, a qual se iniciou com o fim da II Guerra Mundial, tendo em vista que a humanidade presenciou o genocídio de seis milhões de judeus nos campos de concentração nazistas. Surge a Vitimologia, que passou a estudar qual o porquê do esquecimento do direito criminal no que concerne à vítima e também entender a razão pela qual a vítima não se enquadrava como possuidora de direitos, o que era concedido aos delinquentes (OLIVEIRA, 1999).

O sentimento trazido à humanidade pelos danos e imolação sofrida pelos judeus, durante a II Grande Guerra, trouxe a necessidade de valoração, de amparo e de estudo da vítima.

É necessário que o vislumbre da importância da vítima continue em ascensão, mormente no Brasil, onde ainda se dá pouca importância ao papel da vítima na parelha criminal.

4 *Iter victimae*

O caminho interno e externo que um indivíduo percorre até se transformar em vítima é chamado de *iter victimae*, sendo o conjunto de etapas que se operam cronologicamente no desenvolvimento de vitimização (OLIVEIRA, 1999).

A vítima também percorre um caminho até a sua imolação.

Tais acontecimentos modificam a natureza interna e externa, fazendo com que uma simples pessoa passe a figurar como vítima de um delito (ibidem).

Segundo a esquematização de Oliveira (1999), esse processo possui cinco fases: intuição: a vítima tem uma intuição ou percepção de que irá sofrer uma agressão; fase dos atos preparatórios (*conatus remotus*): a possível vítima passa a tomar medidas preliminares de autodefesa ou de ajuste de seu comportamento para que não venha a sofrer a agressão do delinquente; fase do início da execução (*conatus proximus*): a vítima começa a exercitar a chance que possuía para operacionalizar a sua defesa ou direcionar o seu comportamento no sentido de cooperar, apoiar ou facilitar a ação ou omissão desejada pelo delinquente; fase executória: operacionaliza-se a verdadeira defesa da vítima, definindo-se a resistência da vítima para evitar que seja atingida pelo resultado que o agressor deseja atingir ou a resignação da vitimização; conclusão: observa-se o ato delitivo, consumado ou não, com ou sem a participação da vítima. Os resultados podem ser diversos, dependendo do crime e de como se deu a ação criminosa e até mesmo os fatores externos presentes.

Caso essas fases sejam identificadas, o evento delituoso pode deixar de existir, posto que será possível evitar-se a sua conclusão.

É mister estudar o *iter victimae* para se verificar até que ponto a vítima contribui para o resultado lesivo.

5 A vitimologia no direito brasileiro

Inicialmente, é necessário ressaltar o uso da terminologia vítima no direito brasileiro. Observa-se que o termo “vítima” designa aquele que foi lesado nos crimes contra a pessoa, conforme a doutrina. Utiliza-se ofendido no caso de crimes contra a honra e contra os costumes, lesado, nos crimes contra o patrimônio. Porém, as leis substantiva e adjetiva penais usam os termos citados várias vezes, de forma indistinta (CARVALHO; LOBATO, s.d.).

O Código Penal não possui uma conceituação explícita ou classificação no que tange à vítima, porém, a sua presença encontra-se nas partes geral e especial do Estatuto Penal, por meio de condições ou qualidades que garantem a conceituação, a qualificação ou a exclusão do crime, em outros casos, a pena principal é diminuída, atenuada ou agravada (BITTENCOURT, 1987).

Observa-se que a utilização dos conceitos de Vitimologia é incipiente no Direito Brasileiro, porém, verifica-se uma mudança na atualidade e uma maior preocupação com a vítima.

5.1 A vítima no Direito Penal Brasileiro

O Código Penal não contempla a definição clara de vítima, porém, ela é mencionada na Parte Geral e na Especial, por meio de “condições, qualidades ou atributos, com que se conceitua ou se qualifica ou se exclui o crime, ou com que a pena principal é diminuída, atenuada, aumentada ou agravada, ou com que a pena acessória é aplicada” (MOREIRA FILHO, 1999, p. 48-49).

Podem ser citados como menções à vítima no Código Penal (ibidem): o art. 20 do Código Penal, em seu § 3º, deixa de considerar as condições e qualidades da vítima, quando esta sofreu a lesão por erro, quando outra era a pessoa visada pelo delinquente; o art. 23, inciso II, em que há a exclusão da ilicitude na legítima defesa do agente diante da agressão da vítima; o art. 59 - caput, na fixação da pena, em que o juiz deve considerar, além das condições do agente, o comportamento da vítima; o art. 61, II, c,i,j, que preconiza o agravamento da pena em função da situação da vítima; o art. 65, III, que garante a existência de circunstâncias atenuantes, no caso do delinquente ter cometido o crime sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; o art. 121, § 1º, homicídio privilegiado garante a diminuição da pena, por ter o autor do homicídio cometido tal delito sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima; o art. 121, § 4º, traz a garantia de aumento de pena no homicídio culposo por não ter o delinquente prestado socorro à vítima; o art. 122, parágrafo único, II, prevê a duplicação da pena no induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio para o caso da vítima ser menor ou ter sua capacidade de resistência diminuída por qualquer causa; o art. 129, § 4º, determina a diminuição da pena quando o agente foi provocado injustamente pela vítima e comete o crime logo após; o art. 133, § 3º, determina o aumento da pena, no abandono de incapaz, se o agente for ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

De acordo com Bitencourt (2008), a vítima, conforme o Código Penal, pode ser classificada de acordo com: sua agressão injusta ao agente; sua provocação; sua defesa;

a lesão que outrem por erro venha sofrer em lugar da pessoa que realmente se desejava lesionar; suas condições subjetivas: idade, doença, parentesco ou sujeição à autoridade do agência; suas condições econômicas e sociais; suas manifestações de vontade; suas qualidades funcionais; conforme a violência ou ameaça contra ela dirigida; conforme a gravidade das lesões ou do dano por ela sofrido; de acordo com a pluralidade de pessoas lesadas; conforme a falta de socorro que lhe pode ser ministrado e sua situação de protegido pela autoridade.

5.2 A vítima no Direito Processual Penal Brasileiro

Encontram-se, no Código de Processo Penal brasileiro, as expressões: vítima, ofendido, pessoa ofendida e lesado. Utiliza-se vítima para caracterizar a vítima penal, ou seja, o sujeito passivo do delito. No art. 188, III, do Código de Processo Penal, pergunta-se ao réu se conhece a vítima; o art. 240, ss. determina que será feita busca domiciliar no intuito de proceder a apreensão de vítimas de crimes; o art. 458 do Código de Processo Penal trata da suspeição do jurado em função de seu parentesco com a vítima (FERNANDES, 1995).

À vítima é permitida a atuação no processo penal como parte querelante na ação privada, nos crimes em que só cabe a ação mediante queixa e nas ações públicas subsidiárias. Intervirá, por representação, quando for exigência para a propositura da ação pública, atuando como assistente do Parquet em todos os casos da ação pública, além de quaisquer outros casos em que a lei expressamente lhe concede a possibilidade de intervenção (BITTENCOURT, 1987).

Conforme propõe Salo de Carvalho (s.d.), há a necessidade de se devolver à vítima o seu direito retirado pelo Estado (quando tomou para si o direito desta), dentro dos moldes da justiça penal consensual, observando-se, portanto, a tendência de tornar a vítima sujeito do processo e privatização do processo penal.

Porém, argumenta-se contra tal ideia que o sujeito envolvido no conflito não possui imparcialidade para responder adequadamente ao caso e que a abdicação pelo homem da autotutela, concedendo ao Estado (imparcial) o poder-dever de solucionar os conflitos como substituto processual, foi uma conquista que retirou o ser humano da barbárie da vingança privada (ibidem).

O processo penal possui uma instrumentalidade garantista, defendendo o réu contra os poderes públicos e/ou privados desregulados. Ao se reintroduzir a vítima no processo penal, deflagra-se a revitimização, pois o processo procura a recomposição de um fato para solucionar o caso penal, potencializando os efeitos da experiência vivida pela vítima (ibidem).

Não significa que o Estado não deve procurar a reparação do dano, pelo contrário: cabe ao Estado, pela sua função intervencionista, tutelar a vítima, por intermédio de uma estrutura de apoio, a partir da compensação financeira e do sistema de seguro público. Isso faz parte dos direitos sociais (direitos de segunda geração), buscando a intervenção estatal, e não de garantias dos direitos individuais do réu no processo penal (ibidem).

Gomes (2001) defende que a justiça penal reparatória representa uma nova maneira de se conceber a reação ao delito, de buscar uma solução para o conflito penal.

O autor (ibidem, p. 187) entende que não se busca a solução para um problema “humano, protagonizado por um infrator e uma vítima, ambos de carne osso” no modelo clássico de justiça penal, porém, apenas uma solução formal, de aplicação lógica jurídica, objetivando atender a expectativa do Estado de realizar sua pretensão punitiva.

Destarte, a reparação do dano teria ficado relegada a segundo plano, não existindo uma real preocupação com a solução humana do conflito, cuja expectativa está além da simples realização da pretensão punitiva do Estado, que se funda no castigo imposto ao infrator. A vítima fica apenas no papel de mera declarante, com todos os percalços que disso poderão advir (ibidem).

A monopolização da Justiça pelo Estado acarretou a marginalização da vida. A política criminal clássica ocupa-se apenas do cumprimento do formalismo, a aplicação do castigo, independente se a pena cumprirá um papel ressocializador, preventivo, e ignorando totalmente as expectativas de reparação do dano causado à vítima (ibidem).

Gomes (2001) afirma que são medidas alternativas que colocam em prática a política reparatória em substituição à postura dissuasória da política clássica: a composição civil extintiva da punibilidade, somada à exigência de representação da vítima nas lesões corporais e a suspensão condicional do processo.

5.3 A vítima e a Lei 9.099/95

A partir da vigência da Lei 9.099/95, o legislador brasileiro demonstrou uma maior preocupação com a vítima. Tal lei foi um marco do reflexo da Vitimologia no direito brasileiro, embora tenha sido alvo de muitas críticas por ter demonstrado tendências despenalizadoras (OLIVEIRA, 1999).

O estabelecimento de critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, no campo processual penal, são exemplos de inovações trazidas pela lei em epígrafe. A conciliação e a transação que ela propõe denota sua preocupação com a vítima, não buscando tão-somente uma decisão formalista, mas também a solução para o conflito e a reparação dos danos de forma híbrida tanto no âmbito penal quanto no civil, por intermédio da composição entre as partes, assumindo ares de título de força executiva quando homologado o acordo pelo juiz. São medidas despenalizadoras que também representam sua natureza híbrida - civil e penal: a transação penal prevista no art. 76, a representação prevista no art. 88 e a suspensão condicional do processo, no art. 89 (ibidem).

A transação penal estabelecida pela Lei dos Juizados Especiais, entretanto, tem alguns pontos polêmicos, pois envolve a violação do princípio da presunção da inocência, tendo em vista que se aplica uma pena sem processo e sem juízo de culpabilidade. Argumenta-se favoravelmente que a aceitação da transação não confirma a culpabilidade penal, não gerando antecedentes criminais ou reincidência; apenas impedindo que o benefício seja usufruído pelo prazo de cinco anos (ibidem).

Critica-se a possibilidade da transação penal, alegando-se que o Poder Público estaria “abrindo mão” do processo, desconsiderando o exercício do *jus puniendi*. A celeridade e a simplificação são as grandes aliadas da Lei 9.099/95, pois desburocratiza e simplifica a fase policial ao encaminhar o caso ao juízo em pouco tempo, inova o

conceito de justiça penal. Sob o enfoque vitimológico, o procedimento favorece o relacionamento entre as partes, juízes e advogados, reduzindo a vitimização secundária (ibidem).

A vítima, no Juizado Especial Criminal, é o centro para a busca da solução do conflito nesse modelo de justiça consensual, pois, na justiça comum, quem comete um crime, após cumprir a pena, terá quitado sua dívida com a sociedade, porém, não há preocupação com a vítima (CALHAU, 2002).

Portanto, a Lei 9.099/95 apresentou uma evolução em relação aos ensinamentos da Vitimologia.

O modelo de justiça consensual é vantajoso para a vítima, pois ela tem a possibilidade de ver a justiça realizada e garante uma pacificação social, à medida que apresenta rápida perspectiva de solução. A aplicação prática da Vitimologia é encontrada nas determinações legais que exaltam a reparação dos danos em favor da vítima (ibidem).

Um dos objetivos da Lei dos Juizados Especiais é garantir a reparação dos danos sofridos pela vítima. A composição dos danos civis permite à vítima propor a execução no Juízo Civil, sem esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. O juiz, na audiência preliminar, com a presença do representante do Ministério Público, do autor e da vítima e seus advogados, esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos civis e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade ou multa. Essa proposta e sua aceitação poderão ocorrer em qualquer fase do procedimento, caso não tenha ocorrido na audiência preliminar, e abrange todas as infrações criminais de competência do Juizado Especial Criminal (ibidem).

A Lei 9.099 representa um marco no processo penal brasileiro ao romper com a estrutura tradicional de solução dos conflitos, estabelecendo uma substancial mudança na ideologia até então vigente (LOPES JÚNIOR, 2012).

Observa-se que o objetivo da Lei 9.099/95 é buscar a paz social, com um mínimo de formalidades, relativamente à prática das infrações de menor gravidade. Busca, portanto, a composição do dano social resultante do fato, prevendo a reparação imediata do dano, ao menos em parte, com a composição e a transação (MIRABETE, 1998).

A Lei 9.099/95 demonstrou uma preocupação com a vítima, no sentido de reparação de dano e do seu próprio bem-estar.

5.4 Lei nº 9.503/97: Código Brasileiro de Trânsito e a multa reparatória

Observa-se o cunho reparador em relação à vítima também no Código de Trânsito Brasileiro, ao determinar a multa reparatória que não deve ser confundida com multa penal. A multa penal destina-se aos cofres públicos e a multa reparatória tem natureza indenizatória, sendo paga diretamente à vítima, caso ela tenha sofrido algum dano material decorrente de um delito de trânsito (GOMES; MOLINA, 2010).

O legislador pretendia possibilitar à vítima e aos seus sucessores a satisfação dos danos que foram impostos pelos atos do criminoso, de forma célere, tornando

desnecessário o ingresso com ação cível, agilizando a satisfação da vítima ou dos seus sucessores (JORGE, 2005).

Assim sendo, o juiz poderia determinar o pagamento de multa reparatória ao autor, no caso de prejuízo material à vítima, revertido apenas a ela ou seus sucessores e não acima do prejuízo denotado nos autos processuais. Os danos morais deverão ser analisados em processo apartado, o juiz verificará apenas os prejuízos materiais (ibidem).

Porém, o instituto em epígrafe sofre diversas críticas. A sua constitucionalidade é questionada, pois desnaturaria a função do natural do processo penal e não ofereceria o mínimo de garantias ao acusado (OLIVEIRA; COSTA JÚNIOR; QUEIJO, *apud* MATOS, 2010). Jesus (1998) alega que, por estar isolado entre os dispositivos, o artigo 297 não é claro em relação a sua natureza: se medida penal, civil ou efeito de condenação.

Outros, porém, defendem o instituto. Gomes (2011) entende que, por ser destinada à vítima, e não ao Estado, a multa reparatória tem conotação de penalidade civil. O contraditório e a ampla defesa, conforme o pensamento de César Roberto Bitencourt (2008), também defensor do instituto, serão assegurados por meio da instrução criminal, em que se comprovará o prejuízo decorrente do crime.

A inovação trazida com esse instituto beneficiará muitas vítimas do trânsito, desburocratizando e democratizando o acesso à Justiça.

5.5 *Lei de Proteção de vítimas ameaçadas*

No dia 13 de julho de 1999, foi promulgada a Lei nº 9.807 que estabelece normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas. Também institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas ameaçadas, dispondo, ainda, sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado colaboração à investigação policial e ao processo criminal (BRASIL, 1999).

Trata-se de uma grande conquista, posto que permite a assistência à vítima, não a relegando ao esquecimento, tendo em vista que protege as vítimas que estão sendo coagidas ou expostas a grave ameaça em função de sua colaboração com a investigação ou o processo criminal (JESUS, 2005).

O escopo da legislação em epígrafe é a preservação das vítimas e das testemunhas durante o decorrer da instrução criminal, a partir da adoção de medidas efetivas para garantir a integridade de tais pessoas nas fases de investigação e apuração do delito, quando estejam sob ameaça (OLIVEIRA, 1999).

Na prática, em relação às questões vitimológicas, a Lei 9.807/99 tem sido pouco praticada, tendo em vista a escassez de recursos para a execução dos programas protetórios. A realidade brasileira não é a mesma de países como a Itália ou os Estados Unidos, em que há o investimento de milhões de dólares para a consecução do programa de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas (BISPO, 2011).

É mister um maior investimento na área, para que as vítimas (e até mesmo as testemunhas, que poderiam ser vítimas em potencial) possam realmente estar seguras

com essa legislação. Não basta ficar apenas na beleza da teoria, mas devem ser concretizados os ideais do Legislador.

5.6 Lei nº 11.340/06: Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/06 recebeu a alcunha de Lei Maria da Penha como homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Manha, representante da luta contra a violência doméstica no Brasil (FREITAS; FALEIROS JÚNIOR, 2011).

A Lei nº 11.340/06, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, é um marco no direito brasileiro por revolucionar a proteção destinada às mulheres vítimas de violência doméstica: limitou a tutela penal exclusivamente para as mulheres, criou a categoria normativa de violência de gênero, redefinindo a expressão vítima, trocando o termo mulheres vítimas de violência por mulheres em situação de violência doméstica, com o objetivo de afastar a estigmatização existente com o termo “vítima” (CAMPOS, 2011).

Com a lei em epígrafe, excluíram-se os atos de violência doméstica da lista de crimes de menor potencial ofensivo, criaram as medidas cautelares de proteção e os Juizados de Violência Doméstica e Familiar com competência civil e penal (ibidem).

Houve a previsão da inclusão da ofendida em cadastros de programas assistenciais do governo e o poder do juiz de ordenar a manutenção de vínculos trabalhistas em casos em que tal medida se fizesse necessária (FREITAS; FALEIROS JÚNIOR, 2011).

O Brasil, com a promulgação da Lei em epígrafe, passou a ser o 18º país da América Latina que possui um instrumento legal específico de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar (ibidem).

Com a promulgação da Lei Maria da Penha, houve o reconhecimento de que a violência de gênero é um problema social e político, necessitando da intervenção dos poderes públicos e da sociedade. Desconstrói, portanto, a discriminação histórica que a mulher brasileira vem sofrendo nos moldes patriarcais de dominação, buscando-se a igualdade e o respeito entre os gêneros (ibidem).

Atentou-se à possibilidade de prisão preventiva do autor de violência doméstica e familiar contra a mulher, desde o inquérito policial, assim como no processo judicial, a ser decretada pelo juiz, ex-offício ou mediante requerimento do *Parquet* ou representação da autoridade policial. Há, ainda, a possibilidade da prisão preventiva do agressor, nas mesmas condições referidas, com o objetivo de aplicar as medidas de urgência de proteção à vítima (ibidem).

Tal inovação ainda foi referendada na recente reforma do Código de Processo Penal, o qual prevê o cabimento da prisão preventiva nos crimes de cunho doméstico e familiar, objetivando garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Ampliou a proteção especial à criança, ao adolescente, ao idoso, ao enfermo ou à pessoa deficiente (ibidem).

5.7 A Vítima e o art. 59 do Código Penal Brasileiro

A culpabilidade é o elemento essencial, moral e ético, ligando o crime e a pena, é necessário para que se verifique a existência do delito e também para que se aplique a pena (GRECO, 2010). Ela serve como fundamento da pena; como elemento de determinação ou medição da pena e como conceito contrário à responsabilidade objetiva (BITENCOURT, 2010).

A culpabilidade, como fundamento para a pena, é definida como juízo de reprovação pessoal, após o agente ter cometido um ato criminoso, ou seja, anteriormente já foi realizada a análise da ilicitude e da antijuridicidade, assim, a culpabilidade serve para responsabilizar o delinquente e dosar o quantum da pena, realizando-se, assim, um juízo externo de valor (ibidem).

Aborda-se, no tocante à culpabilidade, o juízo de reprovação pelas características pessoais do agente que o praticou: personalidade, antecedentes, motivo que originou o crime, verifica-se a culpabilidade do caráter pela conduta de vida ou pela decisão de vida (CAPEZ, 2004).

A culpabilidade do fato ou ato analisa a reprovação em torno do crime e sua gravidade, levando em conta as características objetivas do fato e a perversidade do delinquente, além da comoção social ocorrida e as consequências sofridas pelas vítimas (GRECO, 2010).

Existem alguns casos que ensejam a análise do grau de culpabilidade da vítima na gênese do delito, posto em que esta age na condição de provocadora. Nesses casos, o delinquente não fica isento de pena, mas responderá de forma minorada, em razão de o crime ter sido praticado devido a uma parcela de culpa da vítima, tais fatos são analisados durante a dosimetria da pena. Os crimes sexuais são os que o comportamento provocador da vítima se torna mais evidente (TOMÉ; PEREIRA, 2014).

Quando o magistrado se deparar com casos em que a vítima exerce certa participação ativa, deve fazer uso da Vitimologia para auxiliá-lo na dosimetria da pena, deverá analisar o comportamento da vítima, sua personalidade, vida pregressa com o delinquente e sua intenção no julgamento do caso, observando se o processo não serve apenas as suas intenções vingativas (ibidem).

Nos crimes contra a honra, muitas vezes, observa-se a presença da vítima provocadora. Em crimes contra o patrimônio, a vítima pode provocar o agente que já possua uma pré-disposição criminosa, quando ostenta seus pertences valiosos por mero exibicionismo (ibidem).

A vítima provocadora impulsiona o delinquente a praticar o delito penal, destarte, seu comportamento enseja a minoração da pena, posto a culpabilidade ser mínima e a vítima ter agido de forma provocadora. A vítima não é vista como partícipe ou coautora, não ocupará o polo ativo da ação, porém, impulsionou o crime (ibidem).

O objetivo não é punir a vítima, mas, se ela possui uma parcela de culpa, o grau de reprovação do delinquente deve ser minorado e sua pena diminuída ou, ainda,

extinta. Quando o comportamento da vítima é qualificado como provocador, isso causa um benefício para o delinquente (ibidem).

Observa-se, portanto, a importância do estudo da vítima, sua caracterização e análise acurada, pois, dessa forma, evitam-se injustiças e pode-se procurar auxiliar tais pessoas que se predispõem a ter comportamentos vitimizatórios.

6 A vitimologia na jurisprudência brasileira

Sobre a Vitimologia é mister que se verifique sua posição nos tribunais pátrios. Por ser uma ciência recente, é muito sutil a sua presença e nem sempre recebe seus devidos créditos. Os Tribunais pátrios, ao se depararem com uma vítima ideal (em nada contribuiu para o evento delituoso), tendem a considerar tal fato desfavorável ao acusado.

Por fim, o comportamento da vítima a ser observado na fixação da pena base tem sua premissa na análise do grau de contribuição da vítima para o acontecimento do fato delituoso, nas perspectivas da Vitimologia. Vê-se, pois, que no caso concreto a vítima não contribui para crime, estando configurada no conceito de vítima ideal, assim, resta este fator desfavorável ao acusado (Ap nº 2011.3.008883-9) (BRASIL, 2012).

Os Tribunais reconhecem que o “(...) comportamento da vítima, o qual constitui uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP (LGL \1940\2), possui, de fato, o condão de influenciar o Magistrado quando da fixação da pena-base” (Ac nº 0045089-16.2008.8.13.0685) (BRASIL, 2012).

Em alguns casos, a conduta da vítima acaba favorecendo ou inocentando o acusado, como em alguns crimes sexuais, em que é necessária a averiguação da conduta da vítima (que, muitas vezes, é vítima de si mesma, como se observa a seguir) e os Tribunais atestam-se disso: “ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - Descaracterização - Inexistência nos autos de elementos de convicção - **Ofendida que é vítima de sua conduta desviada** – Absolvção que se impõe” (grifo nosso).

O caso mencionado na jurisprudência que se segue evidencia a importância da verificação do comportamento da vítima para evitar-se a má utilização das leis penais, verifica-se que houve o afastamento da qualificadora surpresa, posto que o comportamento da vítima ensejaria o final trágico:

De sorte que considerando o momento do crime e suas peculiaridades, entendo que o comportamento da vítima influenciou o delito, não se podendo aplicar a qualificadora neste caso, em razão das próprias circunstâncias do fato, donde se infere não ter existido o elemento “surpresa”.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia, afastando a qualificadora, para condenar o acusado como incurso na pena do art. 121, caput, do estatuto repressivo. (...) (BRASIL, 2003, grifo nosso).

A Corte reduziu a pena do Réu ao considerá-lo incurso em homicídio simples e não homicídio qualificado. O que levou a tal decisão foi tão-somente a conduta da

vítima que, por reiteradas vezes, provocava e ofendia o autor do delito, claro que tais fatos não seriam capazes de eximi-lo de sua culpa, porém, exclui o elemento surpresa, tendo em vista que, ao provocar o Autor do delito, a vítima colocou-se na possibilidade de se tornar ofendida e já havia sido avisada do ódio que o delinquente nutria por ele, causado por suas próprias ações e por ter “ofendido a honra” da irmã do Acusado, fato este de suma importância em alguns locais do Brasil, na decisão, percebe-se que há a menção a situações que ocorrem no interior do país e que podem acabar com a paz do local, fatos estes perceptíveis a todos os juízes que trabalharam em comarcas pequenas.

Um caso que repercutiu de forma intensa no país foi o sequestro do empresário Abílio Diniz. O recurso especial envolvendo tal prática criminosa menciona parte da defesa dos sequestradores, que a justificaram com base na Vitimologia:

Em seguida, chegaram os Drs. Defensores ao crime de sequestro. **Sustentaram que a Vitimologia, um dos ramos mais recentes da ciência penal, determina que para o entendimento do fato criminoso é indispensável o estudo do comportamento da vítima. “Dentro da perspectiva socioeconômica dos acusados, vivemos, o povo latino-americano, em meio ao determinado Terceiro Mundo. Aqui, a mortalidade infantil, por falta de alimentação, é das maiores do mundo. As favelas proliferam. O analfabetismo é crescente. A miséria é alarmante e a grande maioria da população está proibida de sonhar. A este contexto macabro opõe-se a imagem da vítima, Sr. Abílio dos Santos Diniz. Homem cuja promoção na mídia, quase que diária, apresenta-o como um dos potentados da nação. As fotografias e publicações juntadas a fls. 1.838 e 1.847 dão esta notícia. Dizem os jornais ser ele dono de dois ‘Mercedes-Benz’: um azul escuro, esporte, outro branco; um iate digno de fazer inveja ao falecido Onassis, ter um patrimônio de aproximadamente cento e oitenta milhões de dólares, e que está para constituir ‘um banco com a marca Diniz’ (fls. 1.841). Além destes bens materiais, informa ter ele corpo atlético, porque diariamente, na hora do almoço, pratica natação e, no final da tarde, o ‘jogging’. Apesar dessa postura pública, no mínimo inusitada, nunca se utilizava de segurança pessoal. Tal comportamento, fora de qualquer dúvida, fez com que o Sr. Abílio dos Santos Diniz se tornasse vítima propiciatória” (fls. 2.054 e 2.055). Foi, assim, Abílio Diniz escolhido como alvo. (...)** (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Conforme o pensamento de Baratta (2002), apoiado pela teoria marxista do direito, a desigualdade substancial dos indivíduos pode acirrar as condutas desviantes.

A presença dos conceitos vitimológicos nos Tribunais brasileiros ainda não é intensa e as pessoas tendem a confundir a Vitimodogmática com uma culpabilização injusta da Vítima, porém não se trata disso, o objetivo do reconhecimento dos conceitos referentes à Vitimologia é justamente dar uma posição de destaque à vítima, uma preocupação em se verificar o que é importante para a solução dos problemas decorrentes da vitimização, e não apenas utilizá-la como mero repositório de informações, a vítima necessita de recuperar pelo menos parte de seu protagonismo. A tendência é que a Vitimologia se torne cada vez mais reconhecida e utilizada nos anos vindouros.

7 Conclusão

Pelo que foi exposto, percebe-se que entender o conceito de vítima e suas implicações nos delitos é fundamental para a verdadeira aplicação da justiça.

Observou-se que é unanimidade que as vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito, porém, no caso concreto, nem sempre isso realmente ocorre.

Ao estudo correto do crime e a sua profilaxia, faz-se necessária a análise tanto do delinquente quanto da vítima, sendo que a esta deve ser fornecido amparo em todos os aspectos que foram lesados pelo evento criminoso.

O presente artigo serviu de alerta para que se percebam as relações psicológicas que envolvem a parilha penal, composta por criminoso e vítima, em que nem sempre esta é inteiramente passiva e, muitas vezes, é vítima de sua própria falta de cuidado ou de suas próprias ações.

O estudo dos conceitos relacionados à Vitimologia foi fundamental para a elucidação do tema, do qual se apreendeu que o conceito de Vítima é amplo, podendo compreender vários elementos em sua tipologia. No ponto de vista penal, vítima é aquela que sofre algum dano por ação ou omissão criminosa.

Constatou-se que, com o passar dos anos, a Vítima perdeu o seu papel de protagonista, tornando-se mera fornecedora de informações, não havia, portanto, a preocupação em ressarcir-la ou minimizar o dano causado por atos criminosos.

Na Idade Média, com os Tribunais da Inquisição, a vítima nem era recorrida como fonte de informação, posto que, na maioria das vezes a confissão era obtida mediante tortura.

Verificou-se que, com o surgimento da Criminologia, iniciou-se uma preocupação com a vítima que, porém, era incipiente; no período pós II Grande Guerra, o cenário mundial começa a mudar, evidentemente por causa das atrocidades cometidas contra os judeus, e o que trouxe à tona a necessidade de se valorizar, analisar e apoiar as vítimas de atos delinquentes.

Vários foram os autores que apresentaram sua classificação de vítimas, o que foi apresentado neste trabalho, verificou-se que eles trabalham com a hipótese de que nem toda vítima é inocente e existem aqueles que corroboram para o resultado criminoso, o que é passível de muitas críticas, quando não se entende que não se trata de culpabilizar a vítima, mas de verificar até que ponto suas atitudes estão coadunando com o evento criminoso.

Tratou-se do *iter victimae*, que são as etapas que ocorrem cronologicamente até a vitimização, a saber: intuição, atos preparatórios, início da execução e conclusão.

Em relação ao exame vitimológico, que é de suma importância para se elucidar o crime e auxiliar a vítima em relação às suas necessidades decorrentes de ter sofrido um ato criminoso, percebe-se que ele é pouco utilizado no Brasil e compreenderia uma ação conjunta com profissionais de várias áreas que deveriam ser convocados, de acordo com o caso concreto, pelo magistrado, podem ser psicólogos, médicos legistas, psiquiatras, assistentes sociais, quaisquer que sejam as áreas que irão trazer luz ao caso devem ser convocados.

O trabalho discorreu sobre a Vitimodogmática, que é parte da Vitimologia que estuda a participação da vítima no crime, ou seja, analisa a sua real participação no

crime, tendo em vista que existem vários tipos de vítima, até mesmo aqueles que se colocam propositadamente em imolação ou provocam o resultado.

Verificou-se que o Código Penal Brasileiro não conceitua a vítima, porém, ela é mencionada tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial e, por meio das condições, dos atributos e das qualidades da vítima pode qualificar, excluir o crime ou alterar a pena de forma a diminuí-la, atenuá-la, aumentá-la ou agravá-la.

O Código de Processo Penal Brasileiro utiliza as expressões vítima, ofendido, pessoa ofendida e lesado. Nas ações privadas, o desenrolar do processo depende da atuação da vítima e, nos casos de ação pública, a vítima pode intervir como assistente da acusação. Percebeu-se a necessidade da intensificação de uma justiça penal reparatória, pois, atualmente, a preocupação é de punir o criminoso e, até mesmo, de uma prevenção geral, mas não há um cuidado especial em reparar o dano sofrido pela vítima.

A Lei 9.099/95 apresentou um avanço em termos de preocupação com a vítima, como restou comprovado no presente trabalho, pois, a partir da conciliação e transação, as necessidades da vítima podem ser verificadas e supridas, ocorrendo maiores chances de uma verdadeira reparação e minimizando os efeitos do delito sobre a vítima. O ofendido não precisa mais entrar com uma ação na esfera cível para ver reparados os danos causados pelo crime.

A multa reparatória, preconizada pelo Código Brasileiro de Trânsito, denota a preocupação em reparar os danos sofridos pela vítima em decorrência de delitos de trânsito, observa-se que o cunho dessa multa é a reparação do dano e não vai para os cofres públicos, mas é destinada à vítima ou a seus sucessores, porém, o instituto sofre diversas críticas, inclusive a respeito de sua constitucionalidade e natureza dúbia.

Observou-se que a Lei 9.807/99, que estabelece o programa de proteção à vítima e às testemunhas, demonstrou preocupação com a vítima, posto que nem sempre os ofendidos declaravam o delito sofrido e o delinquente com medo de sofrerem ameaças e represálias, então, essa lei representa um marco da Vitimologia em terras pátrias, porém, verificou-se que o programa de proteção não funciona tão magistralmente quanto nos países que já possuem essa tradição de proteção à vítima, como é o caso dos Estados Unidos e da Itália.

A Lei Maria da Penha é uma das leis mais festejadas do país, por ser um marco expressivo na proteção da vítima de violência doméstica, trazendo em seu bojo diversas inovações como a criação da categoria normativa de violência de gênero, a redefinição da expressão: *mulheres vítimas de violência* por *mulheres em situação de violência doméstica*, com o intuito de evitar a estigmatização. Verificou-se que a Lei 11.340/06 excluiu os atos de violência doméstica do rol de crimes de menor potencial ofensivo, criando os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, com competência cível e criminal; previu a existência de programas assistenciais para cadastrar as ofendidas e garantiu a possibilidade de manutenção de vínculo trabalhista quando fosse necessário. A prisão preventiva do autor de violência doméstica foi um dos pontos áureos dessa lei, pois propicia maior proteção à vítima, que outrora, ao denunciar, ficava à mercê de seu agressor com quem continuava mantendo contato ininterrupto.

Em relação à dosimetria da pena, percebeu-se que a análise do papel da vítima é obrigatória, podendo minorar-se a pena do delinquente ou, até mesmo, agravá-la. É mister observar se a vítima e sua contribuição ou negligência na prática do crime, além de seu comportamento e personalidade, vida pregressa com o delinquente.

Em relação às Cortes brasileiras, observou-se que, apesar da Vitimologia não estar presente nos julgados de forma maciça, sua presença vem se tornando constante paulatinamente.

Vários julgados têm mencionado claramente a Vitimologia em suas decisões, reconhecendo a importância dessa ciência, não só para se aplicar adequadamente o direito, mas também para amparar da forma devida e necessária a vítima, uma das jurisprudências mencionadas no trabalho determinou que o processamento do ofensor, mesmo contra a vontade da vítima, não era a melhor atitude, posto que o mais adequado e eficaz seria o apoio à família de forma integral, baseando-se na conscientização e no acompanhamento multidisciplinar envolvendo todos os indivíduos.

Em casos diversos, verificou-se que o comportamento da vítima deve ser observado na fixação da pena base e, quando a vítima for considerada ideal, dentro da perspectiva da Vitimologia, tal fato deve ser encarado como desfavorável ao delinquente.

A jurisprudência atesta, mormente nos crimes sexuais, que, em alguns casos, a vítima o é por sua própria conduta e narrou-se o caso de uma vítima, já entrada nos anos, acostumada a pedir dinheiro aos homens e a manter encontros sexuais com os mesmos e que teria, pretensamente, sido vítima de estupro por um de seus companheiros de brincadeiras sexuais. Porém, no caso concreto, o Tribunal reconheceu que a atitude de denunciar o acusado foi tão-somente uma tentativa de minimizar a sua má fama e de silenciar a indignação das filhas quanto à própria conduta lasciva da pretensa vítima.

Um caso de bastante repercussão nacional que foi trazido à baila neste trabalho foi o sequestro do empresário Abílio Diniz, à época vice-presidente do Grupo Pão de Açúcar, que era uma figura pública que todos tinham o conhecimento de ser muito rico, ostentando suas posses e, ao mesmo tempo, não dispunha de segurança pessoal, o que não justifica, mas facilitou e o tornou um suposto alvo fácil aos olhos dos delinquentes. Esse caso foi muito famoso e um dos estopins para a inclusão do sequestro como crime hediondo.

Os causídicos dos acusados justificaram o crime com base na Vitimologia, inadvertidamente tentaram colocar às costas da vítima a culpa pelo crime sofrido, o que não é correto nem foi aceito pelo Tribunal, porém, não há como negar que a conduta da vítima facilitou o crime, tendo em vista que, se o mesmo possuísse segurança pessoal, expusesse menos a sua vida publicamente, as chances de ser escolhido pelos acusados diminuiria drasticamente, pois claro que eles procuravam um alvo fácil, mas sabidamente rico. Porém, entendeu-se por bem salientar o pensamento da Teoria Marxista do Direito, a qual entende que as desigualdades sociais podem acirrar as condutas desviantes e, ao mesmo tempo, o Direito acaba por privilegiar o interesse da classe dominante, criminalizando e penalizando de forma mais gravosa os delitos comumente praticados pelas classes que lhes são subalternas, ao passo que os

delitos comumente cometidos pela classe dominante são imunizados ou atenuados em sua reprovabilidade.

Pelo presente trabalho conclui-se que a Vitimologia é de sua importância para o Direito, seus aplicadores, em todos os níveis e, até mesmo, para o legislador, que não podem virar às costas aos seus conceitos e à sua utilização. Percebe-se que o legislador tem estado mais sensível à situação da vítima, criando institutos para dirimir seus conflitos e minimizar suas dores. Verifica-se que a necessidade da existência e aplicação de um Exame Vitimológico, com os profissionais adequados e preparados para atender a vítima, verificar suas necessidades e minimizar os efeitos causados pelo delito, além da conscientização das condutas e espaços vitimogêneos que são mais propensos a atizar a ocorrência do delito.

À vítima deve-se aplicar um tratamento humanitário e diligente em todos os campos nos quais ela merecer cuidado. Os Tribunais recorrem à Vitimologia de forma incipiente, espera-se que a consciência da importância dessa ciência comece na base da formação acadêmica do futuro operador do direito e, assim, possa-se formar gerações futuras de aplicadores do Direito conscientes da necessidade de se proteger, analisar e estudar a vítima e aplicar os conceitos vitimológicos, propiciando uma melhor aplicação da justiça e, principalmente, a reparação do dano causado ao ofendido.

Em terras pátrias, a Vitimologia tem sido bem aceita, porém, ainda resta um longo caminho a ser percorrido, necessitando-se do empenho dos profissionais do Direito em trazer os conceitos de Vitimologia à baila para a realidade jurídica dos Tribunais e doutrina.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BISPO, Márcia Margareth Santos. *Da vitimização secundária à revalorização da vítima no processo penal brasileiro*. 2011. Disponível em: <<http://www.evocati.com.br/artigos>>. Acesso em: 05 set. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. 3. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1987.

BRASIL, *Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999*. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 14 de julho de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº REsp 39.734-0 - 6.ª Turma. Brasília, 16 de novembro de 1993. *Revista dos Tribunais*, v. 706, p. 383-402.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ac nº 0045089-16.2008.8.13.0685. *Revista dos Tribunais Online*. Belém, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 24 out. 2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Ap nº 2011.3.008883-9. *Revista dos Tribunais Online*. Belém, 22 maio 2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. *Acórdão nº 02.003881-0. Natal, RN, 08 de abril de 2003*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, out. 2003. v. 816, p. 657-669.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral, v.1-7, ed. rev. e atual*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Salo de. *Abolicionismo penal versus garantismo processual: notas sobre as incongruências da justiça penal consensual*. Recurso eletrônico. Acesso em: 05 maio 2016.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho. *Vitimização e processo penal. Jus Navigandi*, Recurso eletrônico. Acesso em: 12 maio 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. *Estudos contemporâneos de Vitimologia*. 2011. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/Direito/Estudos_contemporaneos_de_vitimologia_-_Final.pdf> Acesso em: 20 set. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Atualidades do Direito – qual a natureza jurídica da multa reparatória aplicada nos crimes do CTB?* 2011. Disponível em:

<<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/12/22/qual-a-natureza-juridica-damulta-reparatoria-aplicada-para-aquele-que-comete-crime-previsto-no-ctb/>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Vitimologia e justiça penal reparatória. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (org.) *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. *Criminologia: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal Brasileiro*. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7551>>. Acesso em: 02 set. 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Dois temas da parte penal do Código Brasileiro de Trânsito*. Teresina: Jus Navigandi, 1998. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1734> Acesso em: 30 ju. 2016.

JORGE, Alline Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIA, Luciano Mariz. *Vitimologia e direitos humanos*. Recurso eletrônico. <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmmaia_vitimologia_dh.pdf> Acesso em: 10 ago. 2015.

MATOS, Joana Sarmiento de. *A multa reparatória no código de trânsito brasileiro: o caminhar do direito rumo à vitimologia*. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29102#_ftn42>. Acesso em: 23 jun. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PELLEGRINO, Laércio. *Vitimologia: história, teoria, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SOARES, Orlando. *Curso de criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOMÉ, Karine Sousa Pessoa; PEREIRA, Samuel. *Grau de culpabilidade da vítima na dosimetria da pena*. 2014. Disponível em: <<https://www.periodicos.set.edu.br>>. Acesso em: 23 set. 2016.

Abordagem constitucional do interrogatório no Direito Penal Militar e seu reflexo no processo administrativo disciplinar mineiro

Constitutional approach to interrogation in Military Criminal Law and its reflection in the administrative disciplinary process in Minas Gerais

Gustavo Lúcio Rocha Alves

Aluno do 5º período do curso de Direito do UNIPAM.

E-mail: gustavo-vzt@hotmail.com

Resumo: O Direito Penal Militar possui suas especificidades e encontra abrangência sobre toda e qualquer pessoa submetida ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, além dos militares *strictu sensu*¹, pode abarcar civis em alguns casos, atraindo com mais vigor a necessidade de compreensão de sua sistemática. O interrogatório enquanto ato processual, importante meio de prova e de defesa em qualquer processo, será analisado sob o prisma de um processo penal arcaico e carecedor de reformulação, principalmente por ser anterior à Constituição Federal. Finalmente será possível compreender como as leis e códigos penais militares podem influenciar no direito administrativo militar, sobretudo na ótica dos militares atuantes em Minas Gerais, em completo desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Militares. Direito Processual. Justiça Militar. Defesa.

Abstract: Military Criminal Law has its specificities and is covered by any and all persons subject to the Brazilian legal system. This is because, in addition to the military *strictu sensu*, it can encompass civilians in some cases, attracting more forcefully the need to understand its systematic. Interrogation as a procedural act, an important means of proof and defense in any proceeding, will be analyzed under the prism of an archaic and unrecorded criminal procedure, mainly because it predates the Federal Constitution. Finally, it will be possible to understand how military criminal laws and codes can influence military administrative law, especially in the eyes of the military in Minas Gerais, in complete disregard of the Democratic State of Law.

Keywords: Military. Procedural Law. Military justice. Defense.

1 Introdução

A análise de constitucionalidade das normas é matéria que provoca fascínio entre juristas, advinda de um senso crítico e racional da composição de todo o arcabouço jurídico, muitas vezes, esse senso é permeado de conceitos que infringem os mais variados preceitos previstos na Constituição. Quando o tema é voltado para a seara penal, que possui caráter sancionador por natureza, revela-se a necessidade de maximizar o alcance dos direitos e das garantias da pessoa humana, sem distinção, no intuito de preservar princípios norteadores constitucionais, garantindo ao acusado

¹ Expressão em latim que significa literalmente; em sentido estrito.

todos os meios de defesa, em consonância com o contraditório e a ampla defesa, evitando condenações injustas, pois é a liberdade do sujeito que está em julgamento.

Adentrando diretamente no Direito Militar, ramo autônomo das Ciências Jurídicas, o conjunto de leis que disciplinam a matéria é vasto e de relevância para o Brasil. Além das forças federais e estaduais atuantes em um país de dimensão continental, a Justiça Militar da União também julga os civis que cometem crimes contra as instituições militares, o que torna qualquer pessoa passível de enfrentar a justiça castrense. Entre as variadas normas existentes, tem-se o Código Penal Militar, responsável por listar os crimes e as sanções respectivas (direito material), bem como o Código de Processo Penal Militar, responsável por estabelecer a marcha processual das ações que tramitam na justiça especializada (direito formal).

O cerne deste trabalho consiste em analisar a (in)constitucionalidade no procedimento do interrogatório de acusados frente ao ordenamento jurídico militar vigente, fazendo uma correlação com o seu reflexo no procedimento administrativo disciplinar mineiro.

Para resolver o debate proposto, foi utilizada pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca da temática, além de uma análise normativa no âmbito federal, estadual e de resoluções internas das corporações militares do Estado de Minas Gerais. Assim, sem esgotar a problemática, evidencia-se a ampla discussão e relevância do tema.

2 Os militares

No Brasil, os militares são subdivididos em forças federais e estaduais, sendo os primeiros pertencentes aos quadros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, nos termos do artigo 142 da CF/88, enquanto os demais são lotados nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares de cada Estado, nos termos do artigo 144, V da CF/88.

Os militares, regulados pela hierarquia e disciplina, estão sujeitos à legislação penal especial, notadamente pelo Decreto-Lei nº. 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e pelo Decreto-Lei nº. 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar), sem prejuízo de responderem perante o restante do ordenamento jurídico. Diante do caráter especial atribuído constitucionalmente aos militares, foram instalados tribunais competentes para processar e julgar os crimes previstos no Código Penal Militar.

No âmbito da União, foram criadas circunscrições militares subordinadas ao Superior Tribunal Militar, responsáveis por julgamentos de membros das forças militares federais. Já no âmbito estadual, para julgar policiais e bombeiros militares, foram criadas auditorias militares dentro da organização do Poder Judiciário Estadual Comum. A exceção está em Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, cujo efetivo policial na ativa é superior a vinte mil militares, sendo instituído um Tribunal de Justiça Militar em cada Estado, por força do artigo 125 da CF/88. Todos os militares processados e julgados pelas Auditorias e pelos Tribunais Militares serão submetidos a regras próprias. Importante esclarecer que civis também serão processados perante a

Justiça Militar caso cometam crimes previstos no Código Penal Militar em desfavor de instituições militares, conforme disposto na referida norma:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

Destarte, quando o acusado for submetido a julgamento perante a Justiça Militar, seja ele militar federal ou estadual e, até mesmo civil, em alguns casos, o direito que regulará o trâmite do processo será o estabelecido no Código de Processo Penal Militar, pelo critério da especialidade.

3 Aspectos históricos da legislação penal militar

Em 31 de março de 1964, foi desencadeado um golpe militar no Brasil, consistindo na derrubada do então presidente João Goulart e, por conseguinte, a assunção dos militares ao poder, iniciando, assim, um período de, aproximadamente, vinte e cinco anos de ditadura militar. O Código de Processo Penal Militar e o Código Penal Militar entraram em vigor durante a transição do governo do marechal Costa e Silva para o do general Emílio Garrastazu Médici, período considerado mais duro do governo militar e vulgarmente chamado de “anos de chumbo”, vigente o então AI-5.

Diante da elaboração dos citados códigos, no fim de 1969, há de se perceber o caráter iminentemente autoritário das normas, que tinham como objetivo precípua manter o controle total dos militares jurisdicionados e proteger as instituições militares contra os ataques de civis, naquela época denominados de subversivos. Assim, amparados pela lei, o regime militar conseguiu impor a tirania e se prolongou no poder soberano por longos e tardios anos.

Com o fim da ditadura militar e a elaboração da Constituição de 1988, o Decreto-Lei nº. 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e o Decreto-Lei nº. 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar), foram recepcionados pela nova constituinte com status de lei ordinária, produzindo seus efeitos jurídicos até os dias atuais.

4 O Interrogatório

O interrogatório é um ato processual personalíssimo, sendo um dos momentos mais relevantes, pois é quando o acusado tem a oportunidade de falar diretamente ao juiz sobre a acusação que lhe é imposta. De acordo com Távora e Alencar (2010, p. 386), “o interrogatório é a fase da persecução penal que permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa”.

No que tange à natureza jurídica do interrogatório, a doutrina é divergente no sentido de ser meio de prova ou meio de defesa. Para Lopes Jr. (2007, p. 598), essa discussão é irrelevante e estéril,

[...] pois as alternativas 'meio de prova' e 'meio de defesa' não são excludentes, senão que coexistem de forma inevitável. Assim, se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova, até porque, ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o 'sentire' judicial materializado na sentença.

Ainda no tocante ao momento oportuno do interrogatório, Reis e Gonçalves (2013, p. 343) ressaltam que

a ocasião adequada para a realização do interrogatório é a audiência de instrução e julgamento, depois das declarações do ofendido, da oitiva das testemunhas de acusação e de defesa e de eventuais outras diligências probatórias (esclarecimentos dos peritos, acareações e reconhecimentos). Ou seja, o interrogatório deve ser o último ato instrutório da audiência, precedendo o requerimento de diligências complementares ou, conforme o caso, a apresentação de alegações finais orais (art. 400, *caput*, do CPP).

4.1 Interrogatório no Direito Penal Comum

O interrogatório do acusado é umas das fases processuais que mais sofreram mudanças no texto original do Direito Penal Comum, marcadas pelas Leis de nº. 10.792/2003 e nº. 11.719/2008. No texto originário, não havia possibilidade de o advogado do acusado influir nas perguntas realizadas pelo juiz, que era, até então, o único a fazer questionamentos no interrogatório, além do mesmo ser realizado logo após o recebimento da denúncia e antes do depoimento de testemunhas e/ou vítimas.

A edição da Lei nº. 10.792/2003 trouxe mais garantias ao acusado, como a possibilidade de reunir-se previamente ao interrogatório, com seu advogado, além do direito de permanecer calado sem prejuízo à sua defesa.

Contudo, a mudança mais significativa que traz à baila o cerne da problemática apresentada no trabalho é a Lei nº. 11.719/2008, a qual trouxe nova redação ao artigo 400 do Código de Processo Penal:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

A reforma promovida no Código de Processo Penal nasceu de um processo de constitucionalização do texto legal, pois a nova redação reproduz uma interpretação mais coerente com os princípios da ampla defesa, contraditório e do devido processo legal, primados do artigo 5º, incisos LIV e LV da CF/88, respectivamente. Traduz uma abordagem sistêmica das normas existentes, analisando o conjunto normativo com o fim de lhe dar melhor interpretação, nos moldes constitucionais adequados.

4.2 Interrogatório no Direito Penal Militar

Conforme já dito anteriormente, a legislação penal militar é uma justiça especializada, sendo um dos ramos do Direito, possuindo regras e competências próprias. Ocorre que, como é cediço na doutrina e na jurisprudência, a CF/88 é hierarquicamente superior em relação ao restante do ordenamento jurídico, possuindo um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico irradia por todo o sistema jurídico.

A esse respeito, Barroso (2012, p. 43) leciona que,

em suma, a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

Com relação à supremacia da Constituição, afirmam Mendes e Branco (2016, p. 106) que

o conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável.

Nesse sentido, observa-se que o interrogatório no Direito Penal Militar, ao inverso do Direito Penal Comum, é o primeiro ato processual subsequente ao recebimento da denúncia pelo juiz, conforme preceitua o Código de Processo Penal Militar:

Art. 302.

O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas.

Segundo a normativa exposta alhures, percebe-se que os acusados de crimes militares são submetidos ao interrogatório antes da produção de provas judiciais, sendo que, na maioria das vezes, sequer conhecem o teor das acusações que lhe são desfavoráveis.

Portanto, verifica-se que há uma disparidade entre o interrogatório dos acusados submetidos ao crivo da Justiça Comum em relação aos acusados na Justiça Militar. Não se trata de uma simples diferença temporal no momento do interrogatório, mas, sim, de uma rara oportunidade de o acusado influenciar diretamente no convencimento do juiz natural e dar a última palavra no processo, isso após conhecer todo o arcabouço probatório. O interrogatório torna-se a melhor possibilidade de o acusado produzir prova a seu favor e, ao mesmo tempo, utilizar-se desse momento como um importante meio de defesa.

5 Abordagem constitucional

O interrogatório resume-se, basicamente, em um ato processual revestido da maior importância ao acusado, devendo ser preservado os direitos e as garantias fundamentais básicas a qualquer pessoa, nos termos do artigo 5º da CF/88.

No Brasil, impera, ou pelo menos deveria, o Estado Democrático de Direito, princípio previsto no artigo 1º da CF/88 que determina, em apertada síntese, o respeito aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Carta Magna, por parte das autoridades públicas. Nesse sentido,

a democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de *Estado de Direito*, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao *Estado Democrático de Direito* que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito Democrático da República Portuguesa (art. 2º) e o de Estado Social e Democrático da Constituição Espanhola (art. 10) (SILVA, 2002, p. 116).

Como corolário do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, é possível destacar outros princípios constitucionais, revelados como fatores norteadores e impeditivos, que impossibilitam a manutenção no ordenamento jurídico pátrio da norma prevista no artigo 302 do Código de Processo Penal Militar, por serem contrários às garantias fundamentais.

5.1 Devido Processo Legal

O processo penal possui caráter sancionador (tutela a liberdade) e, por isso, deve guardar ao direito de defesa, que se manifesta sob vários princípios, notadamente ao do devido processo legal. O respectivo princípio está insculpido expressamente na CF/88, no artigo 5º, inciso “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Além de possuir caráter constitucional, ainda há previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, norma supralegal que assegura:

Artigo 11, nº.1:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Como a temática adotada neste trabalho se refere principalmente a um aspecto processual, o devido processo legal no sentido formal é caracterizado como

[...] a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes. Seu conteúdo identifica-se com a exigência de paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa. Na realidade, a paridade de armas tem como destinatário não apenas o Estado, mas também a parte contrária (TAVARES, *apud* MORAES, 2000, p. 600).

Ainda:

todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. [...] O devido processo legal é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral em relação às demais garantias (MENDES; BRANCO, 2016, p. 565).

5.2 Ampla defesa e contraditório

Derivado do princípio do devido processo legal, a ampla defesa consiste no dever atribuído ao Estado de garantir aos acusados em geral a possibilidade de exercer a mais completa defesa quanto à imputação oferecida, bem como o acesso a todos os meios de prova produzidos.

Sobre a ampla defesa, Nucci (2012, p. 290) preleciona que

a ampla possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de se preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano. Não se deve cercear a autoproteção, a oposição ou a justificação apresentada; ao contrário, exige-se a soltura das amarras formais, porventura existentes no processo, para que se cumpra, fielmente, a Constituição Federal.

Nesse mesmo condão, o princípio do contraditório é derivado do latim *audiatur et altera pars*, que significa que a parte contrária deve ser ouvida, impondo que o Estado operacionalize e proporcione aos acusados o direito de manifestar-se em todas as fases do processo, contradizendo as provas produzidas. Segundo Tavares (2016, p. 621), “todo ato ou fato produzido ou reproduzido no processo por qualquer de suas partes deve dar ensejo ao direito da outra de se opor, de debater, de produzir contraprova ou fornecer sua versão”.

Assim como o devido processo legal, os princípios da ampla defesa e do contraditório estão expressamente arrolados na CF/88 no artigo 5º, “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

5.3 Da recepção constitucional

A partir do reconhecimento da supremacia que a Constituição exerce sobre o conjunto de leis vigentes, é possível analisar se o artigo 302 do Código de Processo Penal Militar (norma esta que estabelece o interrogatório como primeiro ato da

instrução processual) está de acordo com os preceitos fundamentais arrolados anteriormente.

Primeiramente, cumpre esclarecer que, com o advento da CF/88, as leis anteriormente vigentes não foram descartadas, mas passaram a ser material e formalmente analisadas sob o aspecto da Carta Maior, sendo recepcionadas ou não pela nova ordem constitucional. O Código de Processo Penal Militar é um Decreto-Lei editado em 1969, previamente à constituição vigente, o qual foi recepcionado e ganhou status de lei ordinária.

Ocorre que, a partir de uma simples análise sistêmica, é possível perceber que o rito adotado no interrogatório dos acusados perante a Justiça Militar colide com os princípios basilares constitucionais. Deslocar o momento do interrogatório para o início é típico de processos de natureza inquisitorial da Idade Média, em que se buscava a “verdade”² a qualquer preço. Inverte-se o tempo de maneira insidiosa para fazer com que o acusado tente adivinhar o que as testemunhas dirão a seu respeito e quais provas pesam em seu desfavor, sem dever-poder contradizer ao final.

O direito de defesa “caracteriza-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo” (MENDES; BRANCO, *apud* ANDRADE, 1987, p. 155).

Nesse sentido, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório reafirmam a possibilidade de o acusado enfrentar as razões postas contra ele, podendo, inclusive, mostrar suas próprias razões e derrubar a verdade da acusação. Como desdobramento desse direito, surgem outros três: o direito de informação, de manifestação e de ter suas razões consideradas. No direito à informação, o acusado tem acesso a todos os atos processuais; o de manifestação assegura o pronunciamento em todas as fases do processo e, no de ter suas razões consideradas, a decisão deve enfrentar uma a uma as sustentações da defesa. Somente com isso é possível afirmar que houve proteção aos direitos e às garantias do acusado, emanando, assim, um julgamento de plena justiça.

A única conclusão possível é considerar que o artigo 302 do Código de Processo Penal Militar não foi recepcionado pela CF/88, pois se encontra em total desarmonia com os princípios constitucionais expressos, devendo ser rechaçado do ordenamento jurídico.

5.4 Posicionamento do STF

O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, já enfrentou o tema por algumas oportunidades, promovendo decisões conflitantes, e não uníssonas entre as turmas. Ainda no ano de 2013, a Primeira Turma daquele sodalício julgou procedente um *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União contra

² No século XII, foi implantado na França o Tribunal da Santa Inquisição, responsável pelo julgamento das pessoas consideradas hereges, sendo promovidas, durante a instrução processual, as mais tormentosas práticas de tortura em busca da verdade que seria aprazível aos ouvidos dos julgadores, mesmo não sendo a verdade real.

acórdão do Superior Tribunal Militar, que havia negado o pedido do paciente para ser interrogado somente ao final do processo. Eis a ementa do acórdão:

PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528, PLENÁRIO). ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal.

2. A máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, *caput*) impõem a incidência da regra geral do CPP também no processo penal militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011).

3. Ordem de *habeas corpus* concedida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 115.698/AM, Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. DJe: 14 ago. 2013).

O entendimento firmado na corte foi no sentido de que a alteração do Código de Processo Penal realizada a partir da Lei nº. 11.719/2008, que deu nova redação ao artigo 400, é aplicável à norma especial militar por ser mais recente, favorecer o acusado e estar em consonância com os postulados constitucionais da Carta de 88.

Porém, a Segunda Turma do STF manifestou-se de forma diferente em 2014, quando julgou um agravo regimental em *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, concluindo que a alteração promovida pela Lei nº. 11.719/2008 não se aplicava à legislação militar, em face do disposto no princípio da especialidade, conforme ementa:

HABEAS CORPUS – CRIME MILITAR – INTERROGATÓRIO JUDICIAL – PRETENDIDA APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR – INADMISSIBILIDADE – CARÁTER ESPECIAL DA LEGISLAÇÃO CASTRENSE (ART. 302 DO CPPM) – ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº. 121.735/AM, Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe: 29 ago. 2014).

Diante da divergência entre as turmas do STF e como os julgamentos proferidos em sede de *habeas corpus* não possuíam caráter vinculante, os juízes militares de 1ª e 2ª instância continuavam a adotar o rito estabelecido na legislação militar, ou seja, interrogava-se o acusado para, posteriormente, prosseguir com a instrução processual. O Superior Tribunal Militar denegou *mandamus* sobre o tema:

HABEAS CORPUS. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. LEI Nº 11.719/2008. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMUM. DESLOCAMENTO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU PARA O FINAL DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO EM DETRIMENTO DO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ORDEM DENEGADA. Quando da criação da Lei nº 11.719/2008, o legislador menção nenhuma fez quanto à lei adjetiva penal castrense. Permanece vigendo o artigo 302 do CPPM, que rege o tempo e lugar da qualificação e interrogatório do réu. Como não há, na hipótese, omissão a ser suprida na lei processual penal militar, deve-se privilegiar o princípio da especialidade, sob pena de se incorrer em um hibridismo jurídico. Matéria sumulada conforme verbete da Súmula nº 15 desta Corte Castrense. Ordem denegada. Decisão por maioria. (BRASIL. Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº. 0000106-47.2015.70.00000/MS. Relator: Francisco Joseli Parente Camelo. DJe: 02 jul. 2015).

A fim de pacificar a questão e de proporcionar aos jurisdicionados uma posição dominante, o Ministro Dias Toffoli afetou ao plenário do STF, em março de 2016, o julgamento do HC nº. 127.900/AM, a fim de fixar um entendimento pacífico na Suprema Corte. Criou-se, a partir daquele julgamento, valioso precedente que estabeleceu a tese na qual a redação do artigo 400 do CPP deveria ser aplicado em detrimento dos procedimentos adotados em leis especiais. Eis a transcrição da ementa:

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal *comum* aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b).

2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.
3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).
4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).
5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal.
6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.
7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 127.900/AM, Relator: Min. Dias Toffoli. Plenário. DJe: 03 ago. 2016).

Portanto, desde o recente julgado em 2016, o STF adotou posição jurisprudencial favorável ao interrogatório do acusado como último ato do processo, por garantir a máxima efetivação dos direitos e das garantias constitucionais previstas no artigo 5º da Carta Magna.

6 Processo administrativo disciplinar – PAD

O processo administrativo disciplinar, também conhecido como PAD, possui caráter sancionador e visa impor medidas restritivas àqueles vinculados à Administração Pública, sendo assim conceituado:

processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem cronológica, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros (GASPARINI, 2012, p. 857).

Nesse sentido, em todo processo administrativo, deve imperar a máxima garantia de defesa, associada aos princípios da ampla defesa e do contraditório, consectários do devido processo legal, conforme previsão expressa do artigo 5º, inciso LV da CF/88, além daqueles princípios contidos no artigo 37 da mesma Constituição,

ambos com intuito de evitar favorecimentos e injustiças no âmbito do setor público. Está revestido de grande importância no Estado Democrático de Direito. Conforme escreveu Rocha (1997, p. 10),

na organização administrativa democrática, o processo administrativo surge como uma forma de superação da atuação autoritária. É por ele, fundamentalmente, que o princípio da legitimidade do poder desempenhado por meio da atividade administrativa ganha densidade e foros de evidência e eficiência social e política. Mais ainda, é por meio do processo administrativo – em suas diferentes concepções, aplicações e demonstrações – que a legitimidade administrativa democrática concretiza e estampa os princípios da responsabilidade e da moralidade administrativa.

No âmbito militar, o processo administrativo disciplinar visa analisar a conduta do militar, federal ou estadual, acusado de uma transgressão disciplinar previamente estabelecida no regulamento ético ao qual está vinculado, conforme preceitua o princípio da legalidade.

A teor do que dispõe a CF/88, a organização e o emprego dos militares federais será de competência do Presidente da República, que deverá fazê-lo a partir de lei (art. 142, §1º), enquanto, nos Estados, a competência recai sobre o Governador (art. 144, §6º e 7º).

6.1 PAD de militares em Minas Gerais

No Estado mineiro, os militares pertencentes à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militar são submetidos à Lei Estadual nº. 14.310, de 19 de junho de 2002, que dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina. Além do mais, a fim de regular os procedimentos administrativos, foi aprovada a Resolução Conjunta nº. 4.220/12 – MAPPa que dispõe sobre o Manual de Processos e Procedimentos Administrativos das Instituições Militares de Minas Gerais. Ambas as legislações estão vigentes, produzindo seus efeitos jurídicos.

O cerne do trabalho, analisar a questão do interrogatório na legislação militar, é o ponto a ser destacado na análise dos PAD's desenvolvidos pela Administração Pública Estadual, elencando os reflexos do CPM e do CPPM na instrução administrativa. Isso porque, durante a elaboração do Código de Ética e do MAPPa, houve forte influência do ordenamento jurídico vigente.

No que tange ao interrogatório dos militares acusados, o Código de Ética disciplina, no artigo 70, inciso VIII, "c" – "ao acusado é assegurado, após o interrogatório, prazo de cinco dias úteis para oferecer sua defesa prévia e o rol de testemunhas".

Nessa mesma linha de raciocínio é o MAPPa, pois prevê:

Artigo 126.

A primeira pessoa a ser formalmente ouvida em um processo será, em regra, o sindicado/acusado ou, quando devidamente justificado, em qualquer outra fase da apuração, antes da abertura de vista para defesa final.

Além do mais, em caso de dois ou mais acusados, o interrogatório será realizado em apartado, sem a presença dos demais acusados, conforme comando do artigo 130 da mesma resolução:

se o processo possuir mais de um sindicado/acusado, estes serão interrogados separadamente, de preferência, no mesmo dia, podendo estar presente o defensor de sindicado/acusado diverso. Haverá necessidade de notificações a todos os sindicados/acusados e/ou defensores para todos os interrogatórios.

A defesa tanto no processo penal como no processo administrativo sancionador apresenta-se sobre dois aspectos: defesa técnica e autodefesa. Sobre elas, lecionam Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2011, p. 73) que

a primeira é sem dúvida indisponível, na medida em que, mais que garantia do acusado, é condição de paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz. O cerceamento de autodefesa, mutilando a possibilidade de o acusado colaborar com seu defensor e com o juiz para apresentação de considerações defensivas, pode redundar em sacrifício de toda a defesa.

Importante ainda salientar, com relação à autodefesa, que esta se compõe também de dois aspectos a serem meticulosamente observados pelo julgador imparcial: o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro, por óbvio, traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do julgador durante seu interrogatório. O segundo aspecto manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas. Ou seja, é o direito do acusado de comparecer, de assistir e de presenciar os atos processuais, auxiliando o defensor técnico, especialmente durante inquirição de testemunhas da acusação e dos demais acusados.

Resta evidente que o texto de ambas as legislações estaduais, no que tange ao interrogatório, é mera repetição daquilo que dispõe o não recepcionado artigo 302 do Código de Processo Penal Militar, em nítida influência jurídica. Portanto, como a Lei Estadual nº. 14.310/02 e a Resolução Conjunta nº. 4.220/12 foram elaboradas após a CF/88, também padecem de flagrante inconstitucionalidade, posto que violadoras de preceitos fundamentais explícitos, como exemplo o devido processo legal.

6.2 *Direito comparado*

O Direito enquanto ciência permite aos estudiosos a comparação entre as diversas legislações, seja de direito interno ou externo, a fim de promover um alargamento das fronteiras jurídicas e, com isso, contribuir sistematicamente com a evolução constante das normas aplicadas na sociedade.

A fim de demonstrar o atraso clarividente das legislações mineiras já citadas, não é preciso ir muito longe, bastando analisar a legislação do Estado de São Paulo que, a respeito do tema, instituiu a Portaria CORREGPM-1/360/13:

Artigo 5º.

Encerrada a oitiva das testemunhas, proceder-se-á o interrogatório do acusado que, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, será informado pela autoridade policial-militar, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, sendo que o seu silêncio, não importará em confissão e nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Nesse mesmo sentido caminha o processo administrativo no âmbito da União, regulado pela Lei nº. 8.112/90, dispondo, em seu artigo 159, que “concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158”.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o assunto no julgamento de um mandado de segurança contra a decisão do Ministro da Justiça, visando a anulação do processo administrativo que transcorreu na Polícia Federal, cuja ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. NULIDADE.

1. Na condução de seus procedimentos, deve a administração se orientar no sentido de assegurar a proteção aos direitos dos administrados, e não sacrificar direitos constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório, em nome do formalismo procedimental.

2. A comissão pode, motivadamente, rejeitar pedido protelatório, porém, se, ainda na fase instrutória, defere pedido de oitiva de testemunhas, não pode deixar de ouvir novamente o acusado, que será, sempre, o último a falar nessa fase. Segurança concedida. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº. 17.423/DF, Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Primeira Seção. DJe: 17 nov. 2011).

Em voto apartado no mesmo julgamento do MS nº. 17.423/DF, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho destacou que o direito administrativo é um direito sancionador e, por isso, deve seguir as mesmas regras do direito penal. Vejamos:

Senhor Presidente, na minha opinião, este voto e este julgamento vão constituir um divisor de águas na percepção que temos do processo administrativo disciplinar. O voto do eminente Ministro Relator, ao meu ver, foi extremamente poderoso. Os discursos do Dr. Celso Luiz Braga de Lemos e do Dr. Rodrigo Frantz Becker estiveram à altura da gravidade do que estamos discutindo. Ao meu sentir, tudo isso ocorre porque há uma teimosa e obstinada resistência da Administração em se aplicar no processo disciplinar as garantias próprias do processo penal. Isso é, diria, a obviedade ululante, para usar a expressão consagrada por Nelson Rodrigues. Desde a Lei 11.689, de 2008, que se reimpõe, não como alternativa, nem como possibilidade, nem como faculdade, que o interrogatório é o último ato da instrução. O direito penal é o direito sancionador por excelência, mas o direito disciplinar também é um direito sancionador. Isso acontece sabe por quê, Senhor Presidente Castro Meira? Porque a sanção, muitas vezes, já está definida antes do processo. Já existe na ideia de quem instaura a comissão a convicção de que aquele

servidor deve ser punido porque é useiro e vezeiro em praticar ilícitos. É uma coisa grave? Claro que é. Deve ser punido? Severamente, mas de acordo com as normas processuais que são retiradas, a meu ver, da cultura do processo penal.

7 Conclusão

A partir da entrada em vigor da nova ordem constitucional, em outubro de 1988, o sistema jurídico brasileiro passou a ser analisado sob essa perspectiva, em um nítido movimento de constitucionalização do ordenamento jurídico. Isso ocorreu devido ao período ditatorial vivido antes da constituinte de 1988, tempo de verdadeiro retrocesso nos direitos fundamentais. Com isso, o legislador originário fixou uma nova diretriz ao Direito, primando pela democracia e liberdade, fez com que a luminosidade dos princípios e das normas insculpidos na Carta transcendessem ao seu próprio texto.

Os códigos e as leis até então vigentes passaram e ainda passam, constantemente, pelo exame de constitucionalidade, a fim de constatar se são ou não recepcionados pela CF/88. Analisando em específico um dos atos processuais, o interrogatório, no que tange a sua aplicabilidade no regramento militar como um todo, é possível verificar que o artigo 302 do Código de Processo Penal Militar, instituído no ano de 1969 (período da ditadura), não é compatível com a CF/88, posto que violador de preceitos fundamentais, como o do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

A Suprema Corte brasileira já reconheceu, em 2016, que o referido texto normativo é prejudicial à defesa dos acusados submetidos à especialidade da lei, conforme tese fixada no julgamento do HC nº. 127.900/AM. Ocorre que o Código de Processo Penal Militar influenciou na elaboração de leis, de portarias e de resoluções que disciplinam sobre os procedimentos administrativos militares, em período anterior a essa decisão.

Notadamente, ao inverter a ordem do interrogatório, atua em dissonância com a Constituição Federal, ultrapassando as fronteiras do direito penal e exercendo reflexo no direito administrativo, sobretudo no que tange aos militares atuantes em Minas Gerais, alvos da abordagem do trabalho. Há imperiosa necessidade de reformulação, pelo legislativo federal, dos códigos militares vigentes, uma vez que estão desatualizados com a Constituição.

Por tudo isso, percebe-se que o artigo 302 do CPPM não foi recepcionado pela CF/88, o que, conseqüentemente, fulmina pela mesma lógica, a Lei nº. 14.310/02 e a Resolução Conjunta nº. 4.220/12, ambas utilizadas, atualmente, para orientar os processos administrativos dos militares de Minas Gerais. É possível afirmar que as sanções aplicadas a essa categoria de servidores vêm ocorrendo de forma abusiva e contrária aos preceitos constitucionais, passíveis de reforma pelo judiciário.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

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

_____. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 21 de out. de 1969.

_____. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 21 de out. de 1969.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº. 17.423/DF, Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Primeira Seção. DJe: 17 nov. 2011).

_____. Superior Tribunal Militar. *Habeas Corpus* nº. 0000106-47.2015.70.00000/MS. Relator: Francisco Joseli Parente Camelo. DJe: 02 jul. 2015).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 115.698/AM, Relator: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. DJe: 14 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº. 121.735/AM, Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJe: 29 ago. 2014).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 127.900/AM, Relator: Min. Dias Toffoli. Plenário. DJe: 03 ago. 2016).

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINAS GERAIS, Lei estadual n.º 14.310, de 19 jun. 02, que dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina Militares do Estado de Minas Gerais (CEDM).

MINAS GERAIS. Polícia Militar de Minas Gerais. Portaria Conjunta nº. 4.220, de 03 de julho de 2012. Disponível em: <<https://policiamilitar.mg.gov.br/conteudoportal/uploadFCK/42bpm/21052013121148269.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 04 jan. 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Processual Penal Esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº. 17, p. 10, 1997.

SÃO PAULO. Polícia Militar de São Paulo. Portaria CORREGPM-1/360/13. Disponível em: <http://www.tjmsp.jus.br/leis/rito_rdp20141021.pdf>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

A recepção da Teoria Da Ponderação pelo STF nos conflitos entre intimidade e liberdade de imprensa

The reception of Weighting Theory by Federal Supreme Law Court in conflicts between privacy and free expression of the press

Rayane Figueiredo da Silva

Acadêmica do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: rayane_figueiredo@yahoo.com.br

Resumo: O presente artigo se propôs a investigar o grau de fidelidade das decisões judiciais em face das vertentes teóricas em que se pautam. Para tanto, foi desenvolvida intensa pesquisa jurisprudencial no acervo do Supremo Tribunal Federal no que concerne à aplicação da Teoria da Ponderação, pensada por Robert Alexy, em conflitos entre o direito fundamental à intimidade e o direito fundamental à livre manifestação da imprensa. Com o mesmo objetivo, foi dedicada especial atenção às bases teóricas desenvolvidas por Alexy na diferenciação entre normas-regra e normas-princípio, bem como nos métodos de resolução das colisões entre estas. Ao final da pesquisa, o panorama encontrado demonstrou a incoerência entre as decisões proferidas e a teoria na qual, em tese, se fundamentam. Por conseguinte, a falta de critérios para decidir abre espaço para a discricionariedade e o arbítrio, evidenciando o desatendimento ao dever constitucional de fundamentação.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Colisão entre Princípios. Proporcionalidade. Dever de Fundamentação.

Abstract: The present article has proposed to investigate the degree of fidelity of the judicial decisions in the face of the theoretical aspects in which they are based. In order to do so, intense jurisprudence research was developed in the collection of the Federal Supreme Court regarding the application of the Weighting Theory, thought by Robert Alexy, in conflicts between the fundamental right to privacy and fundamental right to free expression of the press. With the same objective, special attention was given to the theoretical bases developed by Alexy in the differentiation between norms and rule and norms and principle, as well as in the methods of solving collisions between them. At the end of the research, the overview found demonstrated the incoherence between the decisions made and the theory on which they are based. Therefore, the lack of criteria to decide open room for discretion, showing the lack of compliance with the constitutional duty to state reasons.

Keywords: Fundamental Rights. Collision Between Principles. Proportionality. Substantiation Duty.

1 Introdução

A Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, disciplina o dever de fundamentação imposto aos órgãos do Poder Judiciário, sem a qual estaria eivada de nulidade qualquer decisão. De forma complementar, o Código de Processo Civil, em seu art. 489, §1º, elenca circunstâncias em que as decisões judiciais não atendem

adequadamente ao ônus de fundamentação, como nos casos em que se restringe a reprodução de ato normativo, precedente ou enunciado de súmula, sem indicar a correlação com a questão decidida, ou quando invoca motivos que poderiam subsidiar quaisquer outras decisões.

O diploma processual também adota expressamente a técnica de ponderação para a resolução de colisões entre normas, ocasião em que incumbe ao magistrado justificar os critérios adotados, de forma a demonstrar as razões de interferência na norma afastada e as premissas que embasaram a predileção por qualquer delas. Dessa forma, o ordenamento jurídico reafirma, com clareza solar, a necessidade de se estabelecer critérios objetivos para orientar os julgadores e a imprescindibilidade de uma fundamentação adequada como instrumento legitimador da atuação do Poder Judiciário.

Conquanto constitua dever constitucional, a fundamentação das decisões judiciais permanece como um dilema. Críticas reverberam no sentido do desatendimento ao ônus de justificação por magistrados das diversas hierarquias da organização judiciária, com especial relevância nas ocasiões que exigem a aplicação dos critérios de ponderação, pensados e aprimorados por Robert Alexy.

Nessa ordem de ideias, o presente trabalho intenciona analisar a forma como o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a Teoria da Ponderação para decidir a colisão entre o direito à intimidade e o direito à liberdade de imprensa. A Suprema Corte recepcionou a Teoria da Ponderação nos moldes como fora pensada por Alexy? A máxima da proporcionalidade é devidamente aplicada? A jurisprudência do Pretório Excelso privilegia algum dos direitos em conflito?

Com o fito de responder tais questionamentos, a pesquisa se debruçará sobre as decisões da Suprema Corte que digam respeito à colisão entre o direito à intimidade e o direito à livre manifestação da imprensa para analisar a forma como a teoria alexyana foi recepcionada pela corte máxima nacional. Ademais, será desenvolvida análise teórico-argumentativa sobre os estudos de Alexy, a fim de apontar os pilares da Teoria da Ponderação.

A importância do tema perpassa pela inegável necessidade de se enfrentar o grave problema da discricionariedade das decisões judiciais, evidenciada pela recorrente sobreposição de convicções pessoais dos julgadores em detrimento de postulados legislativos. Por conseguinte, imprescindível analisar, com seriedade, as bases teórico-doutrinárias em que a jurisprudência pátria tem se pautado para solucionar as antagonias principiológicas.

2 Direitos fundamentais

As normas jurídicas fundamentais têm o viés material afeto à dignidade da pessoa humana e à limitação do poder estatal. De outra monta, no aspecto formalista, os direitos fundamentais devem gozar do *status* de norma constitucional, de onde irradiam mandamentos orientadores de todo o ordenamento jurídico (MARMELSTEIN, 2016).

A evolução da teoria dos direitos fundamentais está intimamente relacionada ao aprimoramento do conceito de Constituição. Com efeito, a concepção de que as

normas definidoras de direitos carecem de proteção especial pelo ordenamento jurídico coincide com o reconhecimento do texto constitucional como norma suprema de um Estado Democrático de Direito, dotada de força normativa máxima. Dessa feita, impossível abordar um fenômeno sem, por via de consequência, referir-se ao outro.

Para Dimoulis e Martins (2014), o surgimento dos direitos fundamentais pressupõe a conjugação de três fatores: a existência de um Estado centralizado e organizado, sem o qual a proclamação dos direitos careceria de relevância prática; o reconhecimento dos cidadãos enquanto indivíduos dotados de personalidade própria e a existência de um texto normativo capaz de regular as relações envolvendo o Estado e os indivíduos, dotado de uniformidade em todo o território nacional e supremacia em face das demais espécies normativas. O ambiente propício para o surgimento de tais garantias se deu, especialmente, no século XVIII.

Com o intuito de afastar a excessiva intervenção do Estado, a primeira dimensão de direitos fundamentais proclamou a liberdade dos cidadãos em todos os seus aspectos, bem como tutelou a privacidade e a intimidade como valores de elevada estima. De igual forma, a propriedade privada e a livre exercício de atividade econômica foram objeto de especial proteção.

Evolutivamente, o desenvolvimento da sociedade demonstrou que a abstenção do Estado em intervir nas relações privadas acarretou disfunções sociais graves. Nessa ordem de ideias, a segunda dimensão de direitos fundamentais traz o Estado de volta ao papel de interventor com a incumbência de proporcionar o mínimo necessário a uma vida digna. Os direitos surgidos nesse contexto histórico são classificados como sociais e têm como principais expoentes o direito à igualdade em seu aspecto material, o direito à moradia, à educação, ao transporte e à saúde.

A terceira dimensão de direitos fundamentais tem como marco histórico o final da Segunda Guerra Mundial. As atrocidades levadas a efeito tanto na Primeira como na Segunda Grande Guerra evidenciaram a necessidade de proteção a um bem jurídico mais amplo que o indivíduo. Por conseguinte, o ser humano deixa de ser observado sob a ótica da singularidade e é inserido na coletividade, angariando direitos vinculados à solidariedade e à fraternidade.

Conquanto não goze de uniformidade doutrinária, teóricos afirmam a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, divergem, contudo, quanto ao seu conteúdo. Segundo dicção de Norberto Bobbio (2004), decorreriam tais direitos dos avanços na área de engenharia genética e manipulação de genomas humanos. Paulo Bonavides (2004), por sua vez, entende que tal geração decorreria da globalização mundial e consistiria no direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Importante celeuma se institui acerca do direito à paz. Parte dos estudiosos no assunto, entre os quais se destaca Karel Vasak (*apud* LENZA, 2016), defende que referido postulado se amolda aos caracteres dos direitos de terceira dimensão. De outra parte, Bonavides (2004), ao reconhecer a natureza de supremo direito da humanidade, introduz o direito à paz em dimensão autônoma; a quinta dimensão de direitos fundamentais.

À vista do exposto, resta aclarado que o conjunto do que se conhece hoje como direitos fundamentais é fruto de uma longa e gradativa evolução. As especificidades

sociais de cada povo definem, em dado momento histórico, quais valores gozarão de maior prestígio. Assim, as dimensões de direitos não constituem complexos estanques, incomunicáveis, mas permanecem em constante mutabilidade.

Como outrora mencionado, o surgimento e a positivação dos direitos fundamentais em muito se relacionam com a necessidade de limitação do poder do Estado. *A priori*, a incidência das normas constitucionais definidoras de direitos se deu essencialmente nas relações público-privadas, o que convencionou chamar-se eficácia vertical dos direitos fundamentais. O Direito Constitucional Contemporâneo, no entanto, reconhece a necessidade de aplicação dos direitos também nas relações privadas, divergindo os teóricos quanto à forma.

Para uma primeira corrente de pensamento, a confluência das normas fundamentais nas relações privadas estaria condicionada a regulamentação legislativa. Dessa forma, se estabeleceria uma situação de dependência da produção de leis infraconstitucionais (MASSON, 2015). Noutro giro, teóricos defendem a aplicabilidade ampla e imediata dos direitos fundamentais entre particulares. Nessa vertente, seria prescindível qualquer intervenção legislativa, de forma que as normas constitucionais estariam aptas, por si só, a vincular tanto o Estado quanto os particulares.

2.1 *Direito à livre manifestação da imprensa*

As primeiras manifestações sociais em prol da positivação dos direitos fundamentais tiveram como principal bandeira a defesa das liberdades. Em um ambiente de totalitarismo estatal, as pretensões iniciais impunham ao Estado o dever de abstenção, de forma a não interferir nas relações particulares. A evolução experimentada pela teoria dos direitos fundamentais, contudo, não afastou a proteção a tão valorosa garantia, senão ampliou.

O texto constitucional de 1988 abordou o tema em minúcias, garantindo não só a liberdade de expressão como a liberdade de crença, de locomoção, de reunião e associação, livre exercício profissional entre outras que delas decorrem. A excessiva preocupação do Constituinte em muito decorre do período que precedeu a promulgação da Constituição.

No decurso do período militar, as liberdades foram estritamente limitadas, sobretudo a liberdade de expressão. Por meio da censura institucionalizada e da violência, as manifestações de pensamento foram tolhidas juntamente com a imprensa, que não gozava de autonomia. Ultrapassado o período trevoso, nada mais natural que a pretensão constitucional de impedir qualquer forma de censura ou limitação à liberdade.

O direito à livre manifestação da imprensa, também tratado com liberdade de imprensa ou liberdade de informação jornalística, constitui desdobramento lógico da liberdade de expressão. Os meios de comunicação, sejam audiovisuais ou escritos, exercem imprescindível função na construção e manutenção de uma democracia, afinal é por meio deles que as notícias são veiculadas e ganham proporção mundial, o que possibilita o debate de ideias e o controle social da atuação dos entes estatais.

Em razão de tão importante papel, o texto constitucional veda expressamente a instituição de qualquer mecanismo que possa embaraçar a plenitude do exercício da

atividade jornalística, bem como a censura de natureza política, ideológica ou artística. Ao assim dispor, a Carta Magna também protege o direito dos cidadãos de receber informações livres de interferências e manipulações.

Diante do caráter eminentemente negativo, o direito à liberdade de expressão é exercido naturalmente em face do Estado, impondo ao Poder Público o dever de abstenção. Não é razoável conjecturar a possibilidade de um jornalista se valer da liberdade de expressão em face do veículo de comunicação para publicar matéria que vá de encontro com os interesses da empresa. Caso fosse possível, nos dizeres de Mendes e Branco (2017, p. 266), “seria impossível organizar um trabalho editorial, ou preservar uma tendência do periódico, o que é desejável para a livre escolha dos leitores”.

Conquanto de inegável importância, o abuso no exercício do direito à livre manifestação do pensamento, sempre que acarretar violação à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem, faz surgir para a vítima direito à indenização proporcional aos danos morais e materiais sofridos.

Outra questão digna de nota é que, no desenvolvimento de atividade jornalística, a responsabilidade pelo ressarcimento do dano causado atinge não apenas o profissional que produziu a matéria, como também a empresa de comunicação pela qual a notícia foi veiculada. A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 221 (BRASIL, 1999), com redação: “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

As vítimas do abuso no exercício da liberdade de expressão também possuem a faculdade de resposta proporcional ao agravo, de forma que poderão se valer do mesmo meio de comunicação em que foram veiculadas as ofensas para retrucar o que foi dito ou fornecer esclarecimentos a seu respeito. Importante destacar que o texto constitucional, no art. 5º, V, especifica ser a resposta proporcional ao ato ilícito, não se admitindo o uso desarrazoado da prerrogativa.

2.2 *Direito à intimidade*

O texto constitucional dispõe, no art. 5º, X, serem invioláveis a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada dos indivíduos. O presente trabalho se debruçará estritamente no que concerne ao direito fundamental à intimidade, sem adentrar especificamente nas demais formas de proteção da personalidade.

O direito à intimidade está intrinsecamente conectado à garantia de vida digna e, por via de consequência, ao princípio da dignidade humana. Para Mendes e Branco (2017, p. 283), “o direito à privacidade, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral”.

De forma semelhante ao abordado em relação à liberdade de expressão, o direito à intimidade, por seu caráter eminentemente negativo, também impõe ao Estado o dever abstenção. No presente caso, contudo, a obrigação de não interferência

também incide nas relações privadas, constituindo barreira protetiva aos interesses particulares.

A convivência em sociedade, conquanto não tenha o condão de anular a garantia constitucional, acaba por relativizar a intimidade, sobretudo quando em conflito com outros direitos fundamentais. Assim, as circunstâncias do caso concreto, notadamente o interesse público envolto e as condições pessoais da pretensa vítima, influem diretamente no grau de proteção dispensado ao bem jurídico.

Por essa ótica, poderia se questionar quanto ao direito à privacidade das celebridades. O reconhecimento público, seja decorrente de atividade profissional ou do exercício de função pública, não tem o condão de anular o direito à intimidade, contudo é capaz de reduzir sua abrangência. Ultrapassado o momento de notoriedade, seja pelo regular decurso do tempo ou mesmo por opção da celebridade que prefira se recolher à vida comum, não padecem razões para o tratamento diferenciado, o que também se aplica aos que cumpriram integralmente condenação criminal e pretendem retornar à vida em sociedade.

Outro aspecto digno de nota diz respeito ao comportamento da pessoa que teve sua intimidade violada. Com efeito, a proteção dispensada àquele que teve sua privacidade devassada a sua revelia não pode ser a mesma ofertada àqueles que livremente a expuseram. A linha que divide tais circunstâncias é tênue, de forma a desafiar os operadores do direito.

Válido ressaltar que a veracidade da notícia não é capaz de, por si só, afastar a proteção à intimidade. É indispensável avaliar a relevância social da matéria veiculada, que ela não se preste simplesmente à especulação ou ao atender a mera curiosidade daqueles que dedicam mais tempo a conhecer a vida alheia do que a própria.

3 Teoria da ponderação de princípios

O estudo da teoria da ponderação pressupõe a concepção de normas jurídicas como gênero do qual são espécies as normas-regra e as normas-princípio. A correta aplicação do método de resolução de conflitos é indissociável da diferenciação entre as espécies normativas.

3.1 Distinção entre regras e princípios

A discussão acerca da natureza das normas não é recente. Muitos foram os autores que estabeleceram mecanismos para diferenciá-las, alguns pautados na generalidade, outros no conteúdo axiológico, na forma de surgimento ou ainda na importância para o ordenamento jurídico. A presente obra terá por fundamento as concepções estabelecidas por Robert Alexy, para quem o critério distintivo entre normas-regra e normas-princípio seria qualitativo.

Os princípios enunciam que algo deve ser atendido tanto quanto possível, observada a realidade fática e jurídica que se apresenta. São “mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados” (ALEXY, 2015, p. 90). De forma diversa, as regras impõem satisfação total de seus

enunciados, nem mais, nem menos. Sua aplicabilidade não pode ser atendida apenas parcialmente.

Regras e princípios também se diferenciam quanto à forma de solução de eventuais colisões. No caso de conflito entre regras, a solução perpassa por duas possibilidades: a inserção de uma cláusula de exceção em um dos enunciados para que ele possa ser afastado naquela situação específica ou a invalidade de uma das normas antagônicas. A contrário senso, em se tratando de normas-princípio, a colisão acarreta a sobreposição de uma norma em face da outra nas circunstâncias específicas do caso concreto, sem que qualquer delas seja considerada inválida.

A natureza e as características das normas-regra permitem aferir que seu papel fundamental no ordenamento é proporcionar a segurança jurídica. Nesse diapasão, o Direito observado pela ótica das regras é objetivo e pouco valorativo. Em sentido diverso, as normas-princípio emprestam referencial ético ao ordenamento, funcionando como feixe de luz na interpretação das demais normas. Diante de papéis tão diversos, o regular funcionamento do sistema jurídico pressupõe o equilíbrio entre ambas.

À vista do exposto, restou evidenciado que a distinção entre as duas espécies de normas jurídicas ultrapassa as discussões teóricas para incidir na realidade prática. O tema possui inegável importância, especialmente à luz da moderna visão que circunda a teoria dos direitos fundamentais. Nessa ordem de ideias, apontar a natureza das normas constitucionais perpassa pela análise das características primordiais dos direitos fundamentais.

Como outrora mencionado, o traço característico dos enunciados fundamentais, na concepção de grande parte dos teóricos, é a estreita ligação com a dignidade humana, “[...] no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, 2014, p. 182).

Conquanto se dediquem à positivação dos bens jurídicos mais caros à humanidade, as normas definidoras de direito não gozam de caráter absoluto e, não raras vezes, conflitam com outras de mesma natureza e hierarquia. A relevância do tema aguça discussões doutrinárias acerca da forma de resolução de tais colisões.

Com efeito, a importância das normas definidoras de direitos afasta a possibilidade de resolução nos moldes do que se daria com a contraposição entre regras. Um enunciado fundamental não pode ter sua validade questionada pela colisão com enunciado de igual natureza, sob pena, em último caso, da própria desestruturação do ordenamento jurídico. Por conseguinte, a forma de resolução de colisões entre enunciados fundamentais coincide com aquela utilizada no enfrentamento entre princípios.

A esse respeito, Mendes e Branco (2017, p. 183) mencionam: “as situações de embates entre princípios podem assumir tanto a forma de colisão de direitos fundamentais, como a de conflito entre um direito fundamental e outro valor consagrado na Constituição”.

3.2 *Colisões entre normas-princípio*

Na dicção de Alexy (2015), as normas de direitos fundamentais não são absolutas e podem sofrer restrições por outras normas, desde que sejam elas compatíveis com a Constituição. Quando as normas tiverem natureza de regra, as limitações se impõem por meio de um não-direito de igual conteúdo. De forma diversa, os princípios restringem direitos fundamentais por meio do sopesamento em caso de colisão. A análise a ser desenvolvida recairá, exclusivamente, nas limitações impostas por normas-princípio em situações de colisão.

Para Alexy (2015), a identificação das colisões pressupõe o delineamento de situações em que a aplicação de duas ou mais espécies normativas levaria a resultados contraditórios. Identificada a colisão, a solução para a antagonia não advém da invalidação de qualquer das normas, mas da sobreposição de um dos princípios em face do outro observadas as circunstâncias concretas. Assim, a antagonia entre normas-princípio não encontra solução no plano da validade, mas com atenção à dimensão de peso que possuem.

A dimensão de peso, que pode ser identificada como integrante do próprio conceito de norma-princípio, não tem sua origem em Alexy, mas em Ronald Dworkin (2002, p. 42), para quem “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.

À primeira vista, poderia se questionar a noção de validade dos princípios. Mesmo uma norma claramente violadora da ordem jurídica e constitucional poderia conflitar com outras normas do ordenamento? Em tal hipótese, seria aplicável a dimensão de peso ou de validade?

A teoria alexyana não foi displicente ao tema. Em sua concepção, a aplicação do método de resolução de conflitos entre princípios, na obra denominado como lei de colisão, apenas se aplicaria às normas válidas. Uma norma, ainda que com natureza de princípio, que contrarie o ordenamento jurídico, não congrega as condições necessárias para se opor a outra, vez que não integra o próprio sistema (ALEXY, 2015).

De mais a mais, a antagonia entre normas-princípio obriga o julgador a analisar as circunstâncias que envolvem o caso concreto capazes de interferir de forma relevante para a prevalência de qualquer deles. Nessa ordem de ideias, Alexy nega a existência de princípios absolutos, uma vez que não existiria a preponderância abstrata de um princípio, mas o estabelecimento de condições que, quando presentes, acarretariam a sobreposição de uma norma em face da outra. A esse respeito, destaca Alexy (2015, p. 111) que,

se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável.

Especial atenção deve ser dispensada ao princípio da dignidade humana. A norma, não raras vezes, é interpretada como absoluta, já que prepondera em uma variedade infundável de conflitos. Contudo, na dicção de Alexy (2015), o postulado não possui prevalência incondicional, mas natureza dúplice; ora atua como regra, ora como princípio. A natureza de regra prepondera quando não se questiona a prevalência da norma sobre as demais, mas apenas se foi violada ou não. De outra face, o princípio é identificado quando sopesado com outro de igual natureza.

3.3 *Máxima da proporcionalidade*

A origem da máxima da proporcionalidade remonta a jurisprudência do Tribunal Federal Alemão, para o qual o postulado decorreria da própria natureza dos direitos fundamentais enquanto normas-princípio. Para o Tribunal, conquanto não exista menção expressa na Constituição, a proporcionalidade goza de status constitucional e tem por função disciplinar as formas de limitação a aplicação concreta dos direitos fundamentais.

O aprimoramento do conceito, especialmente com a contribuição doutrinária, levou a estruturação da proporcionalidade em três subprincípios; adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em Alexy (2015), necessidade e adequação decorrem dos princípios como mandamentos de otimização em face de possibilidades fáticas e proporcionalidade em sentido estrito dos princípios como mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas.

Conquanto seja comumente denominada como princípio, a proporcionalidade não possui os caracteres da referida espécie normativa. Alexy (2015) afirma que ela não deve ser sopesada em face de postulados antagônicos, mas apreciar se foi satisfeita ou não e, em caso negativo, a consequência será a ilegalidade. Via de consequência, a natureza jurídica da máxima em exame mais se aproxima das regras que dos princípios.

A recepção da proporcionalidade pelos teóricos brasileiros ora se dá com a equivalência ao critério da razoabilidade, ora com redução a instrumento de interpretação teleológica. Por via de consequência, a imprecisão no emprego do postulado acarreta sérios riscos à segurança jurídica, uma vez que ele não foi pensado como mecanismo de aplicação da concepção pessoal de equidade do julgador em face da norma positivada, mas como forma de estabelecer critérios objetos para a resolução de colisões entre princípios (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Especialmente acerca dos subcritérios da proporcionalidade, constituem eles requisitos cumulativos, de forma que não é suficiente que o julgador respeite apenas um ou alguns deles. Para que seja considerada proporcional, a decisão terá de atender simultaneamente a todos.

O critério de adequação pressupõe que a medida a ser adotada tem de ser apta a fomentar o resultado. Nessa ordem de ideias, quando, em uma situação concreta, dois princípios se colidem e a medida a ser adotada implica limitação a qualquer deles, salutar avaliar se ela é capaz de, eficazmente, promover a outra norma. Não é razoável que um direito fundamental seja sacrificado em prol de solução inadequada para proteger o outro direito em conflito.

A máxima da necessidade, por sua vez, implica que, diante de dois ou mais critérios admitidos como adequados, a escolha recaia sob o menos gravoso. Dito de outra forma, estando duas ou mais soluções aptas a proteger determinado bem jurídico, a escolhida será a que implicar menor grau de sacrifício ao direito fundamental colidente. Com isso, são vedadas limitações desnecessárias a normas jurídicas.

O último elemento da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido, a qual implica diretamente o sopesamento entre os princípios colidentes. Alexy (2015) esclarece que a etapa é composta de três fases: inicialmente, é observado o sacrifício imposto a um dos princípios, em seguida, as atenções se voltam ao grau de importância conferido à satisfação do princípio colidente e, por fim, é preciso avaliar se a satisfação do princípio colidente justifica a afetação imposta à norma antagônica.

Em sede doutrinária, a método de resolução de conflitos é objeto de constantes críticas. Habermas (1997, p. 321) lança dúvidas no que tange à objetividade ao afirmar que: “no caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios de direito”. Schmitz (2015), por sua vez, destaca a possibilidade de apropriação do método para atender à discricionariedade do julgador.

No enfrentamento às críticas, Alexy (2015) admite que nem sempre o sopesamento acarreta uma decisão objetiva, contudo as ocasiões em que conduzirá a racionalidade são suficientes para justificar o emprego do método, que impõe limites à atividade estatal sem engessar a atuação dos julgadores. O autor reforça a importância da argumentação como legitimadora das razões de decidir; é por meio dela que se torna possível o controle do grau de discricionariedade que impulsiona a escolha de um princípio em face de outro.

4 Decisões do Supremo Tribunal Federal nos conflitos entre intimidade e liberdade de imprensa

Os direitos fundamentais não possuem incidência absoluta e podem sofrer limitações quando colidem com normas de igual hierarquia, de forma que o Supremo Tribunal Federal é constantemente invocado a resolver conflitos entre princípios. Consoante o papel do Pretório Excelso na pacificação da interpretação das normas constitucionais, críticas reverberam quanto à fidelidade dos julgados frente à base doutrinária em que se fundamentam.

Morais (2016), após a análise de cento e oitenta e nove decisões da Suprema Corte pautadas na proporcionalidade, aponta a falta de uniformidade dos pronunciamentos judiciais, bem como a ausência de indicação clara dos princípios colidentes. Outra disfunção observada é a falta de critérios para aplicar os subitens.

O trabalho, por ora, se dedicará a construir a própria análise acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal no conflito entre o direito à intimidade e o direito à liberdade de imprensa, sempre com a observância dos pressupostos construídos por Alexy. Para isso, foi realizada pesquisa com o uso da ferramenta “Pesquisa de

Jurisprudência”, disponível no endereço virtual da Suprema Corte¹, com o emprego das palavras-chave “Direito à Intimidade e Liberdade de Imprensa”.

A *priori*, foram gerados 131 (cento e trinta e uma) decisões monocráticas e 13 (treze) acórdãos, contudo nem todos os julgados versam sobre o tema buscado. Em função do elevado número de resultados encontrados e da potencialidade de não satisfazerem aos objetivos da pesquisa, salutar a seleção apriorística daqueles que serão úteis ao desenvolvimento do trabalho.

No que tange aos acórdãos, parte dos julgados não diz respeito ao objeto do presente trabalho. Pertencem a tal grupo o Mandado de Segurança nº 28178 (BRASIL, 2015), que dispõe acerca da publicidade dos gastos produzidos pelos Senadores da República, a ADPF 54 (BRASIL, 2015), que versa sobre o reconhecimento da atipicidade da interrupção de gestação de feto anencéfalo, o Habeas Corpus nº 95009 (BRASIL, 2008), o qual dispõe acerca da restrição à liberdade de locomoção, a ADI 3510 (BRASIL, 2008), que busca a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança e os Inquéritos nº 2245 (BRASIL, 2007) e nº 1052 (BRASIL, 2005), instaurados para apurar notícia da prática de infrações penais.

Noutro giro, os acórdãos proferidos na Reclamação nº 9428 (BRASIL, 2009), Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 (BRASIL, 2008), Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 24832 (BRASIL, 2004) e Medida Cautelar na Petição nº 2702 (BRASIL, 2002), conquanto digam respeito ao conflito entre direito à intimidade e liberdade de imprensa, não adentram no mérito, ora por decidirem apenas medidas cautelares, ora por negarem seguimento ao recurso.

O primeiro acórdão que atende aos objetivos do trabalho foi proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815 (BRASIL, 2015), que buscou dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil para afastar a obrigatoriedade de autorização prévia do biografado na produção e publicação de biografias. Por ocasião, os eminentes ministros, por unanimidade, julgaram procedente a ação, acompanhando o voto da relatora Ministra Cármen Lúcia.

No decorrer do voto, a relatora, conquanto reconheça a existência de colisão entre os princípios constitucionais e a necessidade de aplicação das regras de ponderação no caso concreto, não explicita os parâmetros de sopesamento utilizados. De igual forma, não foram delineados os subcritérios da proporcionalidade que subsidiam a decisão por qualquer dos direitos fundamentais.

De forma semelhante, o acórdão que julgou procedente o Recurso Extraordinário nº 208.685 (BRASIL, 2003) para declarar não ser abuso de direito a reprodução pela imprensa de acusação por mau uso de verbas públicas, apesar de mencionar a necessidade de ponderar princípios e reconhecer que o peso de cada um deve incidir no caso concreto, nega a existência de conflito entre princípios constitucionais na questão objeto de análise.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 (BRASIL, 2009), por seu turno, buscou declarar a não recepção da lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) pela Constituição Federal de 1988. O acórdão que julgou procedente a ação explicita a existência de antinomia entre dois blocos de direitos: o primeiro composto pelos

¹ www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar.jurisprudencia.asp

direitos à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, enquanto o segundo formado pelos direitos à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada.

Digna de atenção a menção, no referido acórdão, à precedência dos direitos agrupados no primeiro bloco, qualificados como sobredireitos (BRASIL, 2009): “[...] antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado [...]”. Ao assim dispor, a decisão contraria a teoria alexyana quando ela nega a existência de princípios superiores, que teriam preponderância abstrata em face de outros de igual hierarquia.

A análise das decisões monocráticas proferidas pelos eminentes Ministros no julgamento de recursos e ações não revela panorama diverso. Com efeito, das cento e trinta e uma decisões encontradas, cento e dez não enfrentavam o mérito da discussão, cingindo a negar provimento a recursos por ausência de algum dos requisitos de admissibilidade ou a apreciar medida liminar.

Nos autos das Reclamações nº 25075 (BRASIL, 2017), nº 19260 (BRASIL, 2017) e nº 19164 (BRASIL, 2016), os relatores, respectivamente, Ministro Luiz Fux, Ministro Celso de Mello e Ministra Rosa Weber, consoante identifiquem a existência de conflito entre o direito à liberdade de imprensa e a tutela de garantias individuais, não estabelecem parâmetros para a realização de juízo de ponderação, tampouco aplicam pormenorizadamente a máxima da proporcionalidade.

Nos autos do Agravo de Instrumento nº 857045 (BRASIL, 2016) do Distrito Federal, a relatora Ministra Cármen Lúcia entende pela prevalência do direito à liberdade de imprensa em face de alegada ofensa aos direitos de intimidade e vida privada, e pauta a decisão em julgados do Excelso Pretório que reconhecem a supremacia abstrata das liberdades. Fato semelhante se observa na decisão monocrática exarada nos autos do Recurso Extraordinário como Agravo nº 892127 (BRASIL, 2015), em que a mencionada Ministra também privilegia a liberdade de imprensa sem estabelecer parâmetros de sopesamento.

O Ministro Luiz Fux, na decisão monocrática proferida na Reclamação nº 20989 (BRASIL, 2016), julgou procedente a ação para invalidar a decisão reclamada sob o argumento de que “destarte, nota-se que esta Corte tem defendido, em abstrato, a primazia da livre e plena manifestação do pensamento, da criação, de imprensa e da informação [...]”. O mesmo entendimento foi aplicado pelo eminente Ministro Dias Toffoli, quando do julgamento dos Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 742224 (BRASIL, 2012), do qual era relator.

O eminente Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, nos autos do Recurso Extraordinário como Agravo nº 892892 (BRASIL, 2015), nega provimento ao recurso com fundamento na decisão proferida na ADI 4815 (BRASIL, 2015), em que o plenário deu interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil para afastar a necessidade de autorização do biografado ou de seus familiares para a edição e publicação de biografias. Na oportunidade, não foram delineados os parâmetros de sopesamento entre os direitos antagônicos, com simples remissão às discussões enfrentadas no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

Na mesma ordem de ideais, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 652330 (BRASIL, 2014, p. 5), o eminente Ministro Ricardo Lewandowski entendeu pela supremacia do direito à liberdade de imprensa, sob o argumento de que “[...]”

crítica exercida pelo recorrente não transbordou dos limites constitucionais da liberdade de imprensa, ainda que elaborada em tom mordaz ou irônico”. Contudo, o relator não se dispôs a delinear quais seriam os limites a serem respeitados, tampouco realizou a ponderação entre os princípios constitucionais incidentes no caso.

À vista do exposto, a análise dos julgados proferidos pela Suprema Corte permite inferir que os nobres julgadores reconhecem a antagonia entre os direitos da personalidade e o direito ao livre exercício da atividade jornalística, bem como a necessidade de ponderação entre os postulados incidentes no caso, o que fica claro no julgamento do Recurso Extraordinário nº 683751 (BRASIL, 2015), de relatoria do Ministro Celso de Mello. Todavia, não é possível identificar critérios objetivos para ponderar. Ademais, as menções à máxima da proporcionalidade, não raras vezes, são feitas como sinônimo de razoabilidade, sem apresentar quaisquer de seus subcritérios.

Embora não seja considerado direito absoluto, a liberdade de imprensa é comumente alçada à condição de sobredireito nos julgados da Suprema Corte. Nesse diapasão, o bloco do direito à livre manifestação do pensamento figuraria em uma relação de precedência em face do bloco dos direitos à intimidade, à honra, à imagem e à vida privada, que incidiriam *a posteriori*, por meio do direito à indenização por danos morais ou de resposta proporcional ao agravo.

Nessa ordem de ideias, a análise detida dos julgados do Supremo evidencia a falta de critérios na aplicação da Teoria da Ponderação. Ao mesmo tempo em que decisões ignoram a existência de conflitos entre princípios e deixam de aplicar o método, outras o aplicam em circunstâncias em que não se verificam colisões. Em todas elas, contudo, não é possível observar a aplicação completa da máxima da proporcionalidade com seus subcritérios.

Outra disfunção digna de nota é a concepção de precedência abstrata do direito à liberdade de imprensa sobre o direito à intimidade. Com efeito, Alexy (2015) rechaça qualquer possibilidade de prevalência abstrata de princípios constitucionais, inclusive com relação ao princípio da dignidade humana, mas disciplina a ideia de precedência condicionada. Por esse conceito, observadas determinadas condições do caso concreto, um princípio prevalecerá sobre o outro, o que pode variar dadas outras circunstâncias.

5 Conclusão

No decorrer da pesquisa, foi possível observar que o ordenamento jurídico pátrio adotou o método de ponderação como meio adequado para solucionar conflitos entre normas-princípio. Prova disso é a redação do art. 489, §2º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que dispõe acerca da necessidade da exposição dos critérios de ponderação e o panorama fático que conduziu à conclusão. Também na jurisprudência, é possível vislumbrar a aceitação da teoria alexyana pelos nobres julgadores, contudo de forma distorcida.

A análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal permitiu observar as dificuldades enfrentadas pelas partes que intencionam recorrer à Suprema Corte. O número de recursos e de ações autônomas indeferidas pelos eminentes Ministros é consideravelmente maior que os submetidos à análise, o que pode ser

comprovado pelas 110 (cento e dez) decisões monocráticas que não enfrentaram o mérito de 131 (cento e trinta e uma) encontradas.

O reduzido número de recursos e de ações pendentes de apreciação poderia sinalizar para um melhor exame do mérito pelos julgadores, todavia o que se observa é a falta de critérios no ato de sopesar. Os métodos utilizados e as questões fáticas que conduziram a um ou a outro resultado não foram explicitados, tampouco as etapas perpassadas até a conclusão.

Outra disfunção verificada é a errônea equiparação da máxima da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade. Não foi possível encontrar, nas decisões analisadas, a exposição clara dos subcritérios da proporcionalidade, com a indicação de adequação e necessidade da medida adotada e do sopesamento entre os ônus e bônus que dela derivam (proporcionalidade em sentido estrito).

De mais a mais, é evidente a predileção pelo direito à liberdade de imprensa na jurisprudência do Pretório Excelso. Os julgados são claros ao entender que o bloco de direitos vinculados à liberdade de expressão figura em uma relação de precedência em face dos direitos da personalidade. Em abordagens mais incisivas, os julgadores chegam a afirmar ser o direito à livre manifestação da imprensa um sobredireito, o que vai de encontro aos parâmetros por Alexy.

À vista do exposto, a conclusão não pode ser outra senão pelo reconhecimento do desvirtuamento na aplicação da Teoria da Ponderação pelo Supremo Tribunal Federal. Não é possível estabelecer equivalência entre o que foi construído por Alexy e o que é aplicado pelos julgadores pátrios.

Não bastasse a falta de razoabilidade em decidir com base em uma teoria sem respeitar seus postulados, a posição assumida pela Suprema Corte evidencia um problema maior: a falta de critérios para decidir. A partir do momento em que os magistrados deixam de explicitar as razões de decidir, abrem-se as portas para a discricionariedade e o arbítrio.

O dever de fundamentação exerce importante papel legitimador do Poder Judiciário, afinal é por meio dele que a sociedade estabelece controle sobre a atuação dos magistrados. Contudo, o desvirtuamento da garantia constitucional abre precedente para que os julgadores sobreponham as próprias convicções em face das normas jurídicas. Ademais, a superficialidade com que conceitos tão robustos como a ponderação são empregados é uma afronta e um risco à própria democracia. Não é possível falar de segurança jurídica em um Estado em que direitos fundamentais são limitados sem o mínimo de cuidado em explicitar as razões, em demonstrar a objetividade dos critérios empregados.

Ressalta-se que as críticas não apontam para a escolha de um ou outro princípio colidente, mas pela inexistência de uma fundamentação mínima que pudesse conduzir a conclusão por qualquer deles. O que se questiona é a falta de coerência de um julgador que fundamenta as razões de decidir em dada teoria sem conhecer e respeitar seus pilares.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Disponível em:

<<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAhCCgAH/robert-alexey-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015-completo>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502228061/cfi/0>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em:

<<https://ia801302.us.archive.org/26/items/BobbioAEraDosDireitos/Bobbio%20-%20A%20era%20dos%20direitos.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/militarmineiro/curso-de-direito-constitucional-paulo-bonavides2>>. Acesso em: 05 maio 2017.

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

_____. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 221*. São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação. Brasília, DF de 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 de julho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815*. Relator (a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática no Agravo de Instrumento nº 857045*. Agravante: Cláudio Humberto de Oliveira Rosa e Silva. Agravado: Claudio de Oliveira Lima. Relator (a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 26 de abril de 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática no Agravo em Recurso Extraordinário nº 892127*. Recorrente: Folha da Manhã S/A. Recorrido: Ivo Cristiano Perini Miranda e outros. Relator (a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF 15 de dezembro de 2015. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática no Agravo em Recurso Extraordinário nº 892892*. Recorrente: Vilma Guimarães Rosa. Recorrido: LGE Editora LTDA. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 23 de junho de 2015. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator (a): Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 de junho de 2015. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*. Relator (a): Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática em Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 742224*. Embargante: Eduardo Banks dos Santos Pinheiro. Embargado: Marcia de Almeida Rodrigues/Frase Feita Comunicação e Marketing. Relator (a): Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 95009*. Impetrante: Nélio Roberto Seidl Machado. Coator: Ministro Arnaldo Esteves Lima Relator (a): Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 06 de novembro de 2008. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Inquérito nº 1052*. Relator (a): Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 11 de maio de 2005. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Inquérito nº 2245*. Relator (a): Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 28 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 28178*. Impetrante: Empresa Folha da Manhã S/A. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 04 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão em Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*. Relator (a): Carlos Britto. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 24832*. Impetrante: Law Kin Chong. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados. Relator (a): Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 10 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Medida Cautelar na Petição nº 2702*. Requerente: Infoglobo Comunicações LTDA e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator (a): Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 18 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Reclamação nº 9428*. Reclamante: S.A. O Estado de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relator (a): Ministra Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática na Reclamação nº 19164*. Reclamante: Edições Globo Condé Nast S/A. Reclamado: Juízo da Décima Sétima Vara do Trabalho de São Paulo. Relator (a): Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 30 de junho de 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática na Reclamação nº 19260*. Reclamante: Editora Gazeta do Povo S/A. Reclamado: Juízo da Primeira Vara Cível da Comarca de Campo Mourão/PR e Tribunal de Justiça do Paraná. Relator (a): Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 27 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática na Reclamação nº 20989*. Reclamante: Dublê Editorial LTDA EPP. Reclamado: Juízo da Quinta Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Paulo/SP. Relator (a): Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática na Reclamação nº 25075*. Reclamante: Manoel Helder de Moura Dantas. Reclamado: Juízo da Sexta Vara Cível da Comarca de João Pessoa/PB. Relator (a): Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 29 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário nº 208.685*. Recorrente: Danuza Leão. Recorrido: José Maria de Mello Porto. Relator (a): Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 24 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática no Recurso Extraordinário nº 652330*. Recorrente: Rubens Glasberg. Recorrido: Luiz Leonardo Cantidiano Varnieri Ribeiro. Relator (a): Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 10 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática no Recurso Extraordinário nº 683751*. Recorrente: Remi Michelin. Recorrido: Omar Batista Luiz. Relator (a): Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522487226/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002. Disponível em: <<http://lexcast.in/docs/rdlodas.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/direito-e-democracia-entre-facticidade-e-validade-ii.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212087/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/31206074/Manual_de_Direito_Constitucional_Nathalia_Masson>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo, Atlas, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006193/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.0810>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/epub:199424>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. 270 p.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/23461318/curso-de-direito-constitucional-positivo>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 367 p.