

Agosto 2018

REVISTA

Edição nº 21

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Anderson Machado da Silva
Bernardo Girardi Sangoi
Bruna Andrino de Lima
Carla Beatriz de Oliveira
Céu Silva Cavalcanti
Emilene Martins da Silva
Gustavo Knopp
Helena Lahude Costa Franco
Henrique da Fonte Araújo de Souza
Jean Hatzfeld dos Santos
Jiulia Estela Heling
Karine Montanari Migliavacca
Lisiane Beatriz Wickert
Luana Rodrigues Chagas
Lucas Benedetti Dall'Agnol
Marjane Bernardy Souza
Pedro Torres Lobo
Schirley Kamile Paplowsk
Thaíse Santos da Rosa
Victor Matheus Bevilaqua

Coord. Editorial
Mariana Py Muniz Cappellari



REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

do Rio Grande do Sul



**Porto Alegre/RS
2018**



ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [on line] /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 9, V.21
(maio/agosto.2018). – Porto Alegre: DPE, 2018 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Cristiano Vieira Heerdt

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Adriana Hervé Chaves Barcellos

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Liseane Hartmann

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Tiago Rodrigo dos Santos

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Antonio Flávio de Oliveira

COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Mariana Py Muniz Cappellari

CONSELHO EDITORIAL

Angelita Maria Maders
Cristiane Achilles Guedes
Juliano Viali dos Santos
João Batista Oliveira de Moura
Jorge Luís Terra da Silva
Mariana Py Muniz Cappellari
Paulo Cezar Carbonari
Sandra Beatriz Morais da Silveira
Vanessa Chiari Gonçalves

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Luciana de Albuquerque Machado
Thiago Silveira de Oliveira
Virginia Feix

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico

CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS

Tel. 51 3211-2233

www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	10
TRANSFORMA-SE O DIREITO, PERMANECEM OS ESTIGMAS: A TRANSGENERIDADE E O PROVIMENTO N° 73/2018 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA <i>Céu Silva Cavalcantie Henriqueda Fonte Araújo de Souza</i>	13
A RELAÇÃO ENTRE A VIOLÊNCIA E OS ATOS INFRACIONAIS: QUEM DOLESCENTE INFRATOR NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL <i>Bruna Andrino de Lima</i>	33
A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA VULNERÁVEL NOS CRIMES DE ESTUPRO FRENTE ÀS FALSAS MEMÓRIAS <i>Anderson Machado da Silva, Helena Lahude Costa Franco, Marjane Bernardy Souza</i>	55
HERANÇAS DA ESCRAVIDÃO: DA NATURALIZAÇÃO DO RACISMO INSTITUCIONAL AO GENOCÍDIO DA POPULAÇÃO NEGRA <i>Emilene Martins da Silva</i>	91
E SE FOSSE COM VOCÊ? UM DIÁLOGO JURÍDICO E EMPÁTICO SOBRE A (IM) POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO DE TRANSEXUAL <i>Lisiane Beatriz Wickert e Schirley Kamile Paplowsk</i>	126
A GUARDA COMPARTILHADA E A “FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA”: UMA ABORDAGEM DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO TJ-RS <i>Bernardo Girardi Sangoi</i>	153
O EXERCÍCIO DA POSSE DIRETA E O ABANDONO DE LAR COMO REQUISITOS CONTROVERSOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR <i>Carla Beatriz de Oliveira</i>	178
O NOSSO TEMPO LIMINAR: REFLEXÕES SOBRE O ATUAL ESTADO PENAL E A NECESSÁRIA CONTRAPULSÃO JURÍDICO-MARGINAL <i>Victor Matheus Bevilaqua</i>	196
UM OLHAR CONTEMPORÂNEO DAS RAÍZES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DAS ALTERNATIVAS AO CÁRCERE <i>Jean Hatzfeld dos Santos</i>	220
ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO INTRAMUROS PRISIONAL <i>Jiulia Estela Heling</i>	249

DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SEU CONCEITO, DIMENSÕES E FORMAS DE REPARAÇÃO	
<i>Karine Montanari Migliavacca , Luana Rodrigues Chagas.....</i>	<i>269</i>
O ATO ADMINISTRATIVO QUESTIONADO EM JUÍZO: PONDERAÇÃO DE VALORES À LUZ DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	
<i>Gustavo Knopp.....</i>	<i>301</i>
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ANIMAIS COMO SERES SENCIENTES	
<i>Tháise Santos da Rosa.....</i>	<i>336</i>
GUERRA ÀS DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A RETÓRICA PROIBICIONISTA, A INEFICÁCIA ESTATAL E O DESASTRE SOCIAL	
<i>Lucas Benedetti Dall’Agnol e Pedro Torres Lobo.....</i>	<i>375</i>

APRESENTAÇÃO

Convidamos os(as) leitores(as) a um mergulho nesta nova edição de nossa revista que mantém e reafirma sua linha editorial. Linha, esta, de produção e disseminação do conhecimento comprometido com a visão estratégica da Defensoria, e que auxilia no desenvolvimento de teses defensivas para o cumprimento de sua missão de promoção, proteção e defesa dos direitos humanos.

Apresentamos com muito entusiasmo o conjunto de 14 artigos, com ampla diversidade de temas em abordagens inovadoras e críticas do Direito.

Um primeiro conjunto de 04 artigos complementam-se pelo enfrentamento de temas de grande relevância para a garantia dos Direitos Humanos dos segmentos sociais vulneráveis, ao tratar da transgeneridade (Céu Silva Cavalcanti e Henrique da Fonte Araújo de Souza), da adolescência em conflito com a lei (Bruna Andriano de Lima), da complexidade da prova das vítimas de crimes sexuais (Anderson Machado da Silva, Helena Lahude Costa Franco, Marjane Bernardy Souza) e das heranças da escravidão (Emilene Martins da Silva).

Em outros 03 artigos nossos autores(as) abordam polêmicos aspectos da evolução do campo do Direito das Famílias, seja ao tratar de casamento transexual (Lisiane Beatriz Wickert e Schirley Kamile Paplowsk), do instituto da guarda compartilhada (Bernardo Girardi Sangoi), ou das controvérsias advindas do usucapião familiar (Carla Beatriz de Oliveira).

Na sequência, em outra área do Direito, de enorme repercussão para o trabalho da Defensoria, a Execução Penal, alinham-se 03 artigos com questionamentos sobre o atual Estado Penal (Victor Matheus Bevilaqua), novas alternativas ao encarceramento (Jean Hatzfeld dos Santos), e a própria atuação da Defensoria (Jiulia Estela Heling).

Também na perspectiva do Direito Público apresentamos outros 02 importantes textos: sobre reparação de dano ambiental extrapatrimonial (Karine Montanari Migliavacca e Luana Rodrigues Chagas) e sobre a aplicação dos princípios constitucionais em relação ao ônus da prova do ato administrativo questionado em Juízo (Gustavo Knopp).

Finalizando, os dois últimos artigos desta edição, compartilhamos análises sobre questões há muito presentes no debate popular e que necessitam de olhar inovador da sociologia-jurídica. Olhar este que oriente a busca de

soluções para antigos problemas e conflitos sociais que envolvem interesses aparentemente contraditórios, exigindo ponderação de valores. Direitos dos animais e liberdade religiosa (Tháise Santos da Rosa); bem como segurança pública, saúde e liberdade individual, quando se discute a efetividade das políticas de guerra às drogas (Lucas Benedetti Dall’Agnol e Pedro Torres Lobo).

Porto Alegre, dezembro de 2018.

MARIANA MUNIZ CAPPELLARI
DEFENSORA PÚBLICA
COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA

TRANSFORMA-SE O DIREITO, PERMANECEM OS ESTIGMAS: A TRANSGENERIDADE E O PROVIMENTO N° 73/2018 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

**Céu Silva Cavalcanti e
Henrique da Fonte Araújo de Souza ¹**

RESUMO: Após a julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4275 pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n° 73/2018, regulamentando o procedimento para alteração de nome e/ou gênero das pessoas transgêneras diretamente no Registro Civil. O citado Provimento prevê a possibilidade de a pessoa interessada apresentar laudos médicos ou psicológicos a atestar a transgeneridade. Almeja-se analisar a incompatibilidade dessa previsão com o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, conjugando o debate em torno da hegemonização do saber médico-psiquiátrico sobre as transidentidades com a análise textual do Provimento e dos documentos jurídicos que conferem sustentação ao direito de alteração do nome e/ou gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas trans. Despatologização. Provimento n° 73/2018 CNJ.

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais. 2 Dos jogos do dizer. 3 Dizer-se trans. 4 O Provimento n° 73 do Conselho Nacional de Justiça: um breve resgate cronológico. 5 A desvinculação do reconhecimento legal de nome e gênero a prévios diagnósticos: desnecessidade de certificações médicas ou psicológicas. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em meio a um cotidiano de negação de identidades e de uma sociedade que põe à margem as pessoas transgêneras, a alteração do registro civil configura um

¹Céu Silva Cavalcanti

Psicóloga e mestre em psicologia pela Universidade Federal de Pernambuco, Doutoranda em Psicologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Integrante da Associação Elas Existem – Mulheres Encarceradas.

Henrique da Fonte Araújo de Souza
Bacharel em direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Defensor Público do Estado de Pernambuco.

passo de suma importância na concretização do direito à identidade de gênero, tendo impacto direto e radical na afirmação da dignidade da pessoa humana, ao reduzir situações vexatórias e humilhações rotineiras.

Historicamente, o reconhecimento legal do nome e gênero exigia pronunciamento judicial, tornando necessária a propositura de ações junto ao Poder Judiciário, valendo-se de fundamentos estampados na Constituição e na Lei 6015/1973 para efetivar a mudança registral.

Esse cenário, no entanto, foi alterado em março de 2018, após histórica decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275, reconhecendo às pessoas transgêneras o direito à alteração do prenome e sexo diretamente no registro civil². Além de firmar a desnecessidade de autorização judicial, a Corte Constitucional estabeleceu que o exercício de tal direito independe da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes.

Após a decisão acima mencionada, diversos Tribunais de Justiça passaram a estabelecer regramentos próprios, no âmbito dos respectivos Estados, disciplinando a documentação necessária para realizar a averbação e o procedimento a ser adotado pelos Oficiais do Registro Civil. Tais provimentos já continham dispositivos bastante questionáveis, a exemplo da extensa relação de documentos exigidos, sendo o primeiro deles emitido no Estado do Ceará, seguido por Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Goiás, São Paulo, Pernambuco, Pará, Piauí, Maranhão e Sergipe.

Em junho do ano de 2018, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 73, de modo a regulamentar e padronizar, em âmbito nacional, os procedimentos de averbação do nome e gênero. Embora encerre uma longa espera pela uniformização das averbações, o Conselho Nacional de Justiça optou por manter um procedimento bastante burocratizado, restringindo a possibilidade de mudança registral às pessoas que alcançaram a maioridade, além de demandar anuências de cônjuges e descendentes nas averbações subsequentes dos registros de casamento e nascimento, respectivamente.

² Neste ponto, os termos utilizados equivalem àqueles de que se valeu o Supremo Tribunal Federal

A excessiva burocratização está estampada na quantidade de documentos exigidos às pessoas interessadas na alteração. À parte de precisamente 7 (sete) certidões obrigatórias, compreendendo esferas do Poder Judiciário Estadual e Federal, incluindo as Justiças do Trabalho, Militar e Eleitoral, a norma do Conselho dispõe ser facultativo à parte requerente apresentar laudo médico ou parecer psicológico que ateste a transexualidade/travestilidade (doravante resumidas ao termo transgeneridade) ou, ainda, laudo médico que ateste a cirurgia de redesignação de sexo.

A menção a laudos médicos e pareceres psicológicos, de modo a comprovar a transexualidade ou travestilidade mantêm, em uma normativa de caráter emancipatório, uma perspectiva patologizante e biologizante sobre as identidades de gênero. O presente artigo, a partir da interface entre direito e psicologia, pretende analisar a incompatibilidade da previsão contida nos incisos I e II do art. 4º, § 7º do Provimento nº 73/2018³ com a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos, esmiuçando a permanência de mecanismos violentos aos corpos trans, estruturantes da normativa em questão.

2 OS JOGOS DO DIZER

Nos últimos anos, muito se tem construído no debate sobre gênero. Dos anos 80 para cá, quando os estudos da sexualidade começam a tomar forma enquanto campo específico de teorização feito sobre e por pessoas LGBTs⁴, passamos a ter acesso a uma proliferação dos discursos que se propõe a pensar sobre os sujeitos, mas também sobre as normas e as linhas de força que os compõem. A linguagem é entendida como importante elemento a prestarmos atenção, pois, como lembra Foucault (2014), os discursos têm poderes de organização do real a partir dos jogos

³ 7º Além dos documentos listados no parágrafo anterior, é facultado à pessoa requerente juntar ao requerimento, para instrução do procedimento previsto no presente provimento, os seguintes documentos: I – laudo médico que ateste a transexualidade/travestilidade; II – parecer psicológico que ateste a transexualidade/travestilidade;

⁴ A partir dos anos 70, com grandes contribuições nas reflexões filosóficas, sociológicas e políticas, vemos autores como Foucault, Monique Wittig, Eve Sedgwick, Audre Lorde, Glória Anzaldúa entre várias outras e outros produzindo pensamento sobre questões de sexualidade e gênero. Muitas destas produções convertem-se em base do que posteriormente se nomeou como teorias queer. Questões interseccionais passam a ser postas, bem como a reflexão sobre os processos de produção de conhecimento e de autoria, relações de colonização na produção de conceitos etc.

de verdade que sustentam e/ou excluem versões desse mesmo real. Entendendo que os sujeitos são constituídos sempre na relação com os discursos, podemos então pensar brevemente sobre algumas composições de forças que atravessam o tecido social.

A delimitação do que é e do que pode ser dito sobre os sujeitos é também resultante de sistemas de poder e sobre esse ponto, Monique Wittig (1980) inicia o emblemático texto “O Pensamento Hétero” lembrando que a partir do movimento que foi denominado como giro linguístico, a linguagem deixa de ser entendida como mero instrumento de representação para ser alocada ela mesma como mediadora da relação do sujeito com as coisas e necessariamente atravessada pelo campo do político. Nesse sentido, todas as formas de composição de discursos são invariavelmente interpeladas pela relação entre saber-poder que ao fim legitimam as formas de conceber e falar sobre as pessoas (FOUCAULT 2014). Tanto para Foucault quanto para Wittig, uma certa normativa é percebida nas entrelinhas e esta justifica alguns *modus operandi* tanto de instituições quanto das microrelações interpessoais.

3 DIZER-SE TRANS

Na nossa cultura ocidental, a existência social de pessoas trans⁵ trouxe e vem trazendo questões para a coletividade e marcando diferentes posições. Podemos pensar que há certo “discurso oficial” sobre a experiência trans, porém para fazer tal afirmação nos cabe percorrer uma breve genealogia desses discursos, a fim de que possamos entender a complexidade dos atravessamentos que as significações guardam em si.

A datação histórica exata do surgimento da experiência trans mostra-se um projeto ineficaz, pois ao mesmo tempo em que considera que as expressões de gênero não cisgêneras⁶ são elementos aculturais, subentende que há uma base natural das experiências com o próprio corpo que sempre seria de identificação

⁵ Utilizamos nesse ponto a palavra trans como termo guarda-chuvas que busca abarcar em si as diferentes denominações da experiência de transição de gênero. Como Travesti, transexual, transgênero etc.

⁶ Cisgeneridade pode ser entendida como expressão de identidade de gênero que matem conformidade com o que fora designado no nascimento. Diz-se que uma pessoa cis é uma pessoa que não é trans.

cisgênera. Essa suposta base natural marcaria que o caminho esperado é o de que as pessoas não “se tornassem” trans, e que as que assim o fazem estão indo em direção contrária a alguma ordem das coisas.

Podemos, portanto, não datar o início das experiências, pois estas falam de como somos todas e todos constituídos em relação com o sistema sexo-gênero (RUBIN, 1993), mas sim organizar o conjunto de discursos que começam a se proliferar a fim de explicar e catalogar o que veio a ser chamado por transexualidade.

Alguns dos primeiros registros médicos que tratam especificamente da transição de gênero datam do fim dos anos 40 (ARAM, MURTA, 2009) e se tornam desde então marcos discursivos que organizam o entendimento sobre as experiências trans e suas inserções nos sistemas médico-jurídicos. A publicação do artigo “Psychopatia Transexualis” (1949) de autoria de David O. Cauldwell abre um campo de “investigações” posteriormente ocupado por nomes como Harry Benjamin (1969), John Money (1969) e Robert Stoller (1973,1982) (ARAM, MURTA, 2009). Podemos, segundo as autoras citadas, entender que tais publicações:

Somadas ao progresso da biologia e da viabilidade técnica para adequação do corpo à identidade de gênero, deslocaram essa experiência de uma situação individual e absolutamente marginal para um problema médico-legal reconhecido e passível de tratamento. (ARAM, MURTA. 2009, p. 26)

O campo médico-psiquiátrico passa a centralizar os debates sobre as experiências trans operacionalizando o conceito de *transexualismo*. O sufixo *ismo* que, nesse contexto, denota doença, aponta que o processo indicado pelas autoras como o deslocamento de experiências individuais para problemáticas coletivas se deu a partir da patologização das identidades trans, entendidas, a partir de então, como um distúrbio mental da ordem das psicoses.

Judith Butler (2003) nos empresta elementos conceituais para pensar sobre as matrizes que atravessam o entendimento que passa a ser hegemônico de que pessoas trans são portadoras de transtorno mental. Para esta autora, os limites da normalidade e da humanidade são marcados pelo grau de linearidade esperados entre as esferas do sexo, gênero e desejo. A partir dessa analítica, Butler nos

convida a pensar em termos de uma normativa cultural que subentende que os sujeitos sempre se desenvolvem a partir de uma matriz de heterossexualidade cisgênera composta por três núcleos – sexo sempre correspondente e alinhado ao gênero (este sendo a soma dos marcadores culturais que materializam o sexo) e desejo sempre heterossexualmente orientado.

A partir dessa expectativa, as normas e sanções se encarregariam de garantir que a cisheterossexualidade seja em si o único caminho possível e desejável. As pessoas que escaparem dessa linha, para Butler, são entendidas como “menos humanas” ou mesmo “menos legítimas”. No caso das pessoas trans, a patologização é uma forma de assegurar a delimitação das normas de gênero.

Ao refletir sobre possibilidades de despatologização das identidades trans, Miguel Missé (2010) afirma que um dos mais perversos efeitos da patologização foi o de criar um paradigma a partir do qual pensar modificações de corpos e trânsito de gêneros. Para esse autor, a delimitação diagnóstica de uma suposta identidade transexual, elege elementos que necessariamente deveriam ser preenchidos para que o sujeito tenha sua narrativa de si minimamente validada (MISSÉ, 2010).

O pressuposto de que especialidades médicas possuem o conhecimento necessário para afirmar identidades se espalharia por vários entremeios sociais, gerando duas lógicas – por um lado, a compulsoriedade do laudo psiquiátrico em processos vários; por outro, a legitimação do que se entende como *cidadania cirúrgica* (CARVALHO, 2011).

Mario Carvalho descreve o conceito de cidadania cirúrgica como sendo uma lógica que subordina o respeito e o reconhecimento das pessoas trans aos procedimentos de intervenção cirúrgica. Podemos perceber nesse jogo a suposição de que o estatuto de humanidade seria ressarcido quando o corpo trans recompusesse a linearidade exposta por Butler entre sexo, gênero e desejo. Cidadania, nesse contexto, parte de um processo de eleição de padrões que, no fim, afirmam a desigualdade entre corpos e vivências, definindo que alguns valem mais que outros.

Quem pode ascender ao status da cidadania mescla-se à definição mesma de quem pode tomar para si o *status* de humanidade. Para além dos processos de adequação à norma da cisheterossexualidade compulsória, os sujeitos em suas

composições singulares escapolem às grades normativas em seus processos de constituição de si, e dadas as violentas normas culturais que atravessam nossas constituições de gênero, as pessoas que não se enquadrarem nos padrões esperados terão a própria humanidade questionada.

Em resposta, diferentes agentes políticos organizam-se em torno da agenda da despatologização das identidades trans e organizam o movimento internacional conhecido como “Stop Trans Pathologization” - STP 2012. Tal movimento, composto por grupos acadêmicos e movimentos sociais trans, surge quando é anunciado o processo de revisão dos principais manuais psiquiátricos em uso e tem como objetivo promover entendimentos mais ampliados sobre as experiências trans, deslocando tais vidas do campo do distúrbio mental e da psiquiatria. Um trecho do manifesto traz que:

O paradigma no qual se inspiram os procedimentos atuais de atenção à transexualidade e à intersexualidade os converte em processos médicos de normalização binária. De “normalização” já que reduzem a diversidade a somente duas maneiras de viver e habitar o mundo: as consideradas estatística e politicamente “normais”. E com nossa crítica a estes processos, resistimos também a termos a que nos adaptar às definições psiquiátricas de homem e mulher para poder viver nossas identidades, para que o valor de nossas vidas seja reconhecido sem a renúncia à diversidade na qual nos constituímos (...) Reclamamos nosso direito a nos autodenominarmos. (STP, 2012)

Enquanto se proliferam contradiscursos que visem escapar das gramáticas médico-psiquiátricas, é importante marcar que há, ainda, entre as instituições brasileiras, certa hegemonia que recorre ao saber médico como principal mecanismo a deter conhecimento sobre a experiência trans.

Apesar da citada hegemonia, a multiplicação dos contradiscursos apontados propicia o surgimento de um embate no que tange à produção científica que se debruça sobre problemáticas trans dentro dos campos de produção e legitimação do saber. Os jogos de saber/poder que viabilizam a criação de um movimento internacional, a exemplo do STP2012, apontam para a polifonia de vozes e sentidos que permeia os campos de estudos trans.

O debate sobre os procedimentos jurídicos está relacionado, assim, a complexas disputas que reivindicam os campos que significam e/ou mesmo diagnosticam as vidas trans. O diagnóstico torna-se ele próprio ferramenta central nessa vereda de embates, pois sua existência materializa e legitima todo um campo epistemológico de entendimentos sobre sexo-gênero e o atravessamento destes na constituição de subjetividades.

Historicamente, no cenário brasileiro, as perspectivas diagnósticas, a produção de discurso psiquiátrico sobre transgeneridade e a averiguação das modificações anatômico-corporais mantiveram-se firmes como condicionantes para acesso a direitos, especificamente o direito à adequação do nome e gênero nos documentos de identificação pessoal. É necessário, então, traçar um breve resgate dos instrumentos primordiais que trataram sobre o reconhecimento legal do nome e gênero das pessoas trans, objetivando o alcance da disciplina normativa atual.

4 O PROVIMENTO N° 73 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: UM BREVE RESGATE CRONOLÓGICO

Após décadas de luta por reconhecimento de direitos, no vácuo de uma legislação federal protetiva, o Supremo Tribunal Federal profere, em março de 2018, a primeira decisão da Corte que toca especificamente as pessoas travestis e transexuais. A decisão alcançada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4275 (doravante chamada ADI 4275), antes de representar uma eclosão inédita de ideias, é também fruto de um processo construtivo, dialogando com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em princípio, é necessário resgatar que a ADI 4275 foi ajuizada no ano de 2008 pela Procuradoria Geral da República (PGR), pretendendo conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da Lei de Registros Públicos, franqueando às pessoas travestis e transexuais, independentemente da cirurgia de transgenitalização, o direito à alteração de nome e gênero no registro civil. A petição encaminhada pela PGR requer, contudo, que às pessoas que não houvessem se submetido ao procedimento cirúrgico, fossem estabelecidos alguns critérios, a exemplo da maioridade e da permanência, ao longo de um período de 3 (três) anos, da convicção de possuir identidade de gênero diversa do sexo atribuído no momento

do nascimento, o que seria certificado por um grupo de especialistas avaliadores de aspectos médicos, psicológicos e sociais.

Vê-se que a (des)necessidade de comprovação da cirurgia de transgenitalização desempenha papel central no ajuizamento da citada ação, mas não existe debate verticalizado sobre o papel dos laudos médicos ou psicológicos nos processos judiciais. Ao revés, a petição é permeada de fundamentos patologizantes, indicando ela própria que o direito à mudança documental estaria condicionado à constatação de uma patologia.

Nos anos seguintes, os Tribunais Pátrios proferiram importantes decisões sobre o processo de transgenitalização e o reconhecimento legal do nome e gênero. No ano de 2017, o Superior Tribunal de Justiça, coroando decisões pretéritas, no julgamento do Recurso Especial nº 1.626.739/RS (STJ, 2017), estabeleceu que a cirurgia de redesignação sexual não é requisito para o deferimento da alteração de registro civil. Tornava-se desnecessário, portanto, qualquer laudo pericial ou prova documental que atestasse essa condição.

A partir de então, assentava-se o entendimento de que a imposição de modificação anatômico-corporal, por meio de intervenções cirúrgicas, como condicionante de acesso a direitos, contrariava as disposições do Código Civil, uma vez que a submissão a tratamento médico ou procedimento de alterações corporais deve contar com a voluntariedade da pessoa⁷. Corroborando este entendimento, o Princípio 03 – Direito ao Reconhecimento Perante a Lei - dos Princípios de Yogyakarta (2007), documento elaborado por especialistas nos estudos de gênero e sexualidade, preconiza que

Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero;

Em abril de 2017, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no Caso A.P., Garçon e Nicot vs. França, consignou que o reconhecimento legal da identidade de gênero (alteração do sexo em registro civil) não poderia ser condicionado à existência de procedimentos cirúrgicos prévios (alterações permanentes na

⁷ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

aparência) aos quais as partes não queiram se submeter (Corte Europeia de Direitos Humanos, 2017). De acordo com a Corte, ao estabelecer semelhante condição, o Estado Francês teria violado art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que expressa o direito ao respeito pela vida privada e familiar.

Superando a concentração dos debates em torno da necessidade de cirurgia de redesignação sexual, no mês de novembro de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a Opinião Consultiva nº 24, destacando importantes direitos da população travesti e transexual. Segundo a citada Opinião Consultiva, elaborada em resposta à solicitação do Estado da Costa Rica, a Corte afirmou que os procedimentos destinados ao reconhecimento legal de nome e gênero nos documentos oficiais

a) devem estar dirigidos à adequação integral da identidade de gênero auto-percebida; b) devem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como certificações médicas ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) devem ser confidenciais e os documentos não podem fazer remissão às eventuais alterações; d) devem ser expeditos, e na medida do possível, devem tender à gratuidade; e e) não devem exigir a realização de operações cirúrgicas ou hormonais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

Em 2018, ano de julgamento da ADI 4275, a produção de conhecimento jurídico sobre direitos da população travesti e transexual era bastante diversa daquela presente em 2008, quando ajuizada a ação. O diálogo com as Cortes internacionais, o avanço da jurisprudência pátria e as diversas manifestações de *amici curiae* não permitiam uma decisão limitada aos moldes dos inicialmente propostos pela PGR.

Assim, diretamente apoiada na citada Opinião Consultiva, a Corte Constitucional concedeu interpretação Conforme à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Estabeleceu-se, portanto, a um só tempo, a desnecessidade de judicializar o pedido de alteração do registro civil; a desvinculação desse direito a prévias

modificações anatômico-corporais; e a desnecessidade de provas técnicas, nomeadamente as médico-psicológicas, que atestassem determinada condição desviante de identidade de gênero.

Em junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça, ao regulamentar e padronizar os procedimentos de averbação de nome e gênero nos Registros Cíveis do país, estabeleceu, a título de documento facultativo, a possibilidade de apresentação, pela parte interessada, de laudo médico ou parecer psicológico que ateste a transgeneridade. O Provimento, então, extrapola o conteúdo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mantendo o diagnóstico como ferramenta relevante na construção identitária.

A fim de verificar os pontos contidos no Provimento que expressam contrariedade ao acórdão em tela, é imprescindível analisar os elementos utilizados pela Corte Constitucional ao longo de seu arcabouço argumentativo.

5 A DESVINCULAÇÃO DO RECONHECIMENTO LEGAL DE NOME E GÊNERO A PRÉVIOS DIAGNÓSTICOS: DESNECESSIDADE DE CERTIFICAÇÕES MÉDICAS OU PSICOLÓGICAS

Ao analisar a decisão proferida na ADI 4275, vê-se que o critério da autodeclaração foi utilizado como guia decisório. Em outras palavras, não cabe a terceiros – incluindo perito médico ou psicólogo – atestar a identidade de gênero de outrem, pois “a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero”. (STF, ADI n° 4275, 2018).

O voto do Ministro Edson Fachin, relator para o Acórdão, é assentado em três premissas, segundo as quais a identidade ou expressão de gênero é abarcada pelo direito à igualdade sem discriminações; cabe ao Estado apenas reconhecer a identidade de gênero – não a constituir -, já que é expressão própria da pessoa humana; não se deve exigir da pessoa provas do que se é e o Estado, assim, não pode condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo.

Diante dessas premissas, o Ministro declara que é vedado ao Estado exigir certificações médicas ou laudos psicológicos que exijam do indivíduo a posição de vítima de determinada condição a fim de que possam manifestar legal e livremente as respectivas identidades. (STF, ADI n° 4275, 2018).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também se debruçou sobre a necessidade de certificações médicas ou psicológicas. Reafirmando que a identidade de gênero de alguém não é passível de prova, considerada a primazia do critério autodeclarativo, a Opinião Consultiva estampa o caráter invasivo dos laudos médicos ou psicológicos, que põem em questão a própria declaração identitária da pessoa. Semelhantes exigências impõem às pessoas trans obstáculos não enfrentados pelas pessoas cisgêneras ao realizar alterações ou correções nos respectivos registros civis, já que a identidade de gênero autonomamente assumida por estas corresponde ao sexo que lhes fora atribuído ao nascer – o que não ocorre com aquelas, cuja identidade é diversa daquela compulsoriamente imposta por terceiros. Normaliza-se, então, um tratamento diferenciado não justificado ou razoável entre as pessoas cis e trans. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

Ainda segundo a Corte Interamericana, os laudos médicos ou psicológicos repousam em uma lógica que enxerga enquanto patologia a identidade diversa do sexo designado no momento do nascimento. Assim, as certificações médico-psicológicas apenas solidificam os preconceitos associados à construção binária dos gêneros masculino e feminino (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

Em verdade, não há exame clínico adequado para se distinguir as pessoas “transtornadas” de gênero das pessoas “normais” de gênero (BENTO, 2010). Isso porque os exames, como aponta (BUTLER, 2009), verificam não uma adequação da pessoa ao gênero com que se identifica, mas sim se esta é capaz de se adequar à linguagem do diagnóstico, ao discurso médico-científico. Nesse sentido, segundo a pesquisa mexicana publicada na revista *The Lancet Psychiatry* no ano de 2016 com o objetivo de retirar a denominação transgênero da classificação de transtornos mentais da Organização Mundial da Saúde (OMS), resta nítido que o sofrimento e o dano emocional nas pessoas transgêneras e travestis não é causado pela identidade gênero, e sim pelos discursos patologizantes e pelas normas de gênero, pelas expectativas e pressões que a sociedade exige de certos corpos marcados como femininos ou masculinos.

As certificações médico-psicológicas podem, inclusive, reiterar uma lógica falaciosa que constringe a pessoa trans a se submeter a normativas organizadas pelo próprio entendimento do profissional que for incumbido da confecção do laudo. Butler fala sobre isso quando aponta que há uma série de expectativas reforçadas, muitas vezes, pelos próprios profissionais (psicólogos/psiquiatras) que, na medida em que levam as pessoas a produzirem estereotipações das normas de gênero, fazem-no, não raro, a partir de procedimentos invasivos que incutem na pessoa o sentimento de doença. Para ela:

É necessário que a pessoa se submeta a todo um aparato regulatório, tal como Foucault o teria chamado, para chegar ao ponto em que alguma coisa semelhante ao exercício da liberdade se torne possível. Essa pessoa tem de se submeter a rótulos e nomes, a incursões, a invasões; tem de ser medida com os parâmetros da normalidade; e tem de passar nos testes. (BUTLER, 2009 p 112)

O discurso médico patologizante possui, portanto, um caráter perverso, que corre o risco de orientar a forma como outras pessoas percebem a transexualidade, ou até de influenciar a forma como as próprias pessoas trans observam a si mesmas. Nessa direção, Judith Butler, no texto “Desdiagnosticando o gênero”, traz que

A intervenção que é requerida por um profissional de saúde mental quando uma pessoa quer transicionar insere uma estrutura paternalista no processo e, diga-se logo, solapa a própria autonomia que é a base para a reivindicação do direito de transicionar. (BUTLER, 2009. P.104)

Tendo como foco o critério de autodeclaração, calcado nos princípios da autonomia enquanto elemento-base de composição de si, Butler entende que o processo de patologização, ao inserir uma dinâmica paternalista, toma para si o estatuto de dizer sobre as pessoas quem elas próprias são. Em níveis pessoais, coletivos, políticos e subjetivos, este ato produz efeitos perversos na composição das dinâmicas sociais.

Em relação aos processos que interpelam as vidas das pessoas trans, uma figura-chave legitimada pela lógica da patologização é o “perito”. No livro *Os Anormais*, Foucault (2010) explicita o surgimento do princípio da convicção íntima, no Século XIX, a partir da reorganização do sistema jurídico europeu. O mencionado

princípio traduz a migração de uma lógica que recorre a percepções de base aritmética calcada nas composições de *provas completas e incompletas* para um sistema no qual os deferimentos eram possibilitados pela convicção íntima do magistrado.

Para Foucault, a partir de fins do século XVIII e especialmente do século XIX, é abolida a proporcionalidade entre a demonstração e a pena. Os vereditos devem passar a operar a partir da “lei do tudo ou nada” o que faz com que as penas só possam ser decididas quando houver a “prova total, completa, exaustiva, inteira”.

O princípio da convicção íntima faz surgir uma figura que detém um papel primordial nos processos, sendo o perito a pessoa que, ocupando o lugar de suposto saber, vai apresentar exames definitivos e provas exaustivas sobre a situação. O documento produzido, portanto, assume um campo privilegiado na rede de enunciados e legitimações. Uma dupla figuração é acionada e cria-se entremeados médico-jurídicos e campos discursivos arenosos, nos quais os discursos específicos de cada área misturam-se ao mesmo tempo em que se legitimam mutuamente.

A psiquiatria é amplamente convocada a preencher o espaço da verdade científica junto aos sistemas jurídicos e, particularmente, em relação a pessoas trans esse fato aponta para a manutenção – ou mesmo exigência de permanência – da lógica de patologização, segundo a qual a vivência trans é uma patologia mental, da ordem das psicoses. Essa percepção começa a ser gradualmente modificada a partir do posicionamento de diferentes entidades, sendo possível destacar o Conselho Federal de Psicologia que, em janeiro de 2018, lança a resolução CFP nº 01/2018, a qual estabelece normas de atuação para psicólogas e psicólogos em relação às pessoas travestis e transexuais. Tal resolução configura um marco, na medida em que prevê a abertura de processo ético para profissionais de psicologia que reproduzam discursos discriminatórios direcionados à população trans ou que considerarem que a condição trans é em si patológica (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2018).

Em junho de 2018, a Organização Mundial de Saúde anuncia⁸ que na próxima versão do Cadastro Internacional de Doenças (CID 11), o capítulo que associava as identidades trans às doenças mentais será reorganizado, fazendo com que a denominação “transtorno de identidade de gênero” deixe de ser operacionalizada ao mesmo tempo em que desloca a psiquiatria como campo de saber sobre as experiências trans.

Diante de modificações sociais nas formas de entendimento sobre as transidentidades, percebe-se uma crescente valorização de perspectivas corroborando a construção da identidade de gênero enquanto vivência subjetiva de cada pessoa, tomada individualmente e, portanto, apenas a própria parte interessada no procedimento pode se autodeclarar e se autodeterminar dessa forma.

Idêntico entendimento foi reproduzido na OC-24/2017 e na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – e, por este motivo, não poderia ser tratado de forma diversa no Provimento n° 73 do Conselho Nacional de Justiça, diante do teor dos incisos I e II do art. 4º, § 7º⁹ do mesmo ato normativo.

Embora o Provimento não estabeleça a apresentação do laudo enquanto exigência ou condicionante, é certo que a mera previsão – ainda que em caráter facultativo – apresenta incompatibilidades com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e com a Opinião Consultiva, reforçando estigmas e preconceitos ligados às identidades de gênero alheias à cisgeneridade.

Se o critério a nortear o reconhecimento legal de nome e gênero é a autodeclaração e, conseqüentemente, se não cabe a um terceiro – ainda que centrado na figura do perito – constituir a identidade de gênero de alguém, a simples possibilidade de apresentar os laudos psicológicos mitigam o citado critério.

⁸ Ver <https://www1.folha.uol.com.br/eqilibrioesaude/2018/06/oms-tira-transexualidade-de-nova-versao-de-lista-de-doencas-mentais.shtml>

⁹ Art. 4º O procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar, perante o registrador do RCPN, a vontade de proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos. § 7º Além dos documentos listados no parágrafo anterior, é facultado à pessoa requerente juntar ao requerimento, para instrução do procedimento previsto no presente provimento, os seguintes documentos: I – laudo médico que ateste a transexualidade/travestilidade; II – parecer psicológico que ateste a transexualidade/travestilidade;

Mantém-se a permissão, pois, para que profissionais ligados à psicologia e à medicina detenham o poder de dizer quem são as pessoas trans, à parte do que elas próprias podem dizer sobre si mesmas.

Observado o conteúdo de ambos os instrumentos decisório (ADI 4275) e consultivo (OC-24/2017), constata-se que as certificações médico-psicológicas representam a patologização das identidades trans. A necessidade de prévio diagnóstico para acesso ao direito de legalmente exercer as transidentidades, contudo, é rechaçada pela Corte Constitucional e pela Corte Interamericana, pois ambas entendem nociva a lógica patologizante.

A simples possibilidade de apresentar laudos psicológicos perpetua o entendimento segundo o qual as identidades trans são patológicas e, assim, reforçam, em cadeia, estigmas e violências. A faculdade, na prática, pode se tornar obrigatoriedade, a partir de leituras equivocadas pelas pessoas interessadas ou pelos Oficiais Registradores, diante de uma menor compreensão do conteúdo do ato normativo e do entendimento prévio do Supremo Tribunal Federal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste texto apontamos como os entendimentos sobre as identidades trans não são ontologicamente estáveis, mas, longe disso, decorrem de disputas políticas por enunciados, significados, normativas e seus efeitos práticos no cotidiano de todo um segmento de pessoas. Em 2018, vivemos um conjunto de avanços em relação à população trans, de modo que entendemos ser este momento histórico um espaço de encruzilhadas em que aberturas que garantam acesso a direitos historicamente negados tornam-se possíveis.

A discussão em torno das consequências, no âmbito jurídico, do discurso patologizante é fundamental. Em razão da falta de informação e dos conceitos previamente estabelecidos dentro do Sistema de Justiça, suscitar o debate sobre a subordinação do exercício de direitos a uma condição médico-psiquiátrica assume, por si, um caráter estratégico.

Entende-se, junto a Foucault (2010), que na organização dos sistemas jurídicos ocidentais há, muitas vezes, uma cisão entre as fronteiras dos saberes

jurídicos com os saberes médicos. Geram-se, assim, formas de entendimento que enredam os procedimentos jurídicos a perspectivas epistemológicas guiadas por critérios que, em alguns casos, possuem algum significado apenas dentro de seu próprio campo disciplinar.

O procedimento de investigação, os “testes de vida real”, a psicoterapia compulsória e outras ferramentas requeridas para a composição de documentos comprobatórios assinados por peritos que se pautam na patologização tornam-se, muitas vezes, vexatórios e violentos. Os danos decorrentes da produção dos laudos e exames podem reverberar diretamente nos processos de vida e autopercepção da pessoa que necessita passar por esse procedimento.

O Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça, ao prever a faculdade de apresentação de laudos médicos ou psicológicos que atestam a transgeneridade, conserva a perspectiva patologizante das transidentidades, extrapolando o conteúdo decisório do Supremo Tribunal Federal e da função Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sob a premissa de não se tratar de pré-requisito à averbação de nome e gênero, mantém-se uma estrutura violenta e estigmatizante, esvaziando o próprio critério de autodeclaração, já que o Provimento em tela não impossibilita que terceiros afirmem quem são as pessoas trans.

É preciso, portanto, que se volte a atenção à construção da disciplina normativa dos direitos conquistados, sob pena de os avanços historicamente alcançados não se concretizarem. Desse modo, diante de um tempo político de controvérsias, atentar para as composições dos discursos e especialmente seu estabelecimento institucional enquanto critério normativo se faz fundamental, pois é exatamente nessa construção que habita a possibilidade de transformação, ou os limites que mantêm os contextos da forma como sempre foram.

7 REFERÊNCIAS

ARAN, Márcia; MURTA, Daniela. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 15-41, 2009.

BENTO, Berenice. Gênero: uma categoria cultural ou diagnóstica? In: ARILHA, Margareth; LAPA, Thais; PISANESCHI, Tatiane. **Transexualidade, Travestilidade e Direito à Saúde**. São Paulo: Oficina Editorial, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.626.739/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Informativo de Jurisprudência nº 608**, 30 de agosto de 2017. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0608.pdf?fref=gc&dti=1399645660343194>. Acesso em: 13.09.2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 01.03.2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf>>. Acesso em: 03.08.2018.

BUTLER, J. Desdiagnosticando o Gênero. **Physis**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, pp. 95-126, 2009.

BUTLER, Judith. Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do sexo. in: Louro, Guacira L. (Org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, Mario Felipe de lima. **"Que mulher é essa?" Identidade, política e saúde no movimento de travestis e transexuais**. 2011 Dissertação (Mestrado). Programa de pós-graduação em Saúde Coletiva, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP nº 1/1999, de 22 de março de 1999**. Disponível em < https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em 08.08.2018.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Nota técnica do Conselho Federal de Psicologia sobre a atuação da(o) Psicóloga(o) no processo transexualizador e demais formas de assistência às pessoas trans**, de 04 de Setembro de 2013. Disponível em < <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Nota-t%C3%A9cnica-processo-Trans.pdf>> Acesso em 08.08.2018.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP nº 01/2018, de 29 de janeiro de 2018.** Disponível em < <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolucao-CFP-01-2018.pdf>> Acesso em 08.08.2018

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso A.P., Garçon e Nicot vs. França.** Estrasburgo, 06 de abril de 2017. Disponível em: < <http://www.acthe.fr/upload/1491513262-affaire-a.p.-gar-on-et-nicot-c.-france.pdf> >. Acesso em: 08.09.2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/2017 de 24 de novembro de 2017. Identidade de gênero, e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo.** Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em> 02.08.2017.

FOUCAULT, Michael. **A Ordem do Discurso – Aula inaugural no Colège de France.** Pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo. Ed. Loyola: 2014.

FOUCAULT, Michael. **A Verdade e as Formas Jurídicas.** Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FOUCAULT, Michael Os **Anormais: Curso no Collège de France (1974/1975).** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010

HARAWAY, Donna. Saberes Localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. In: **Cadernos Pagu.** Núcleo de Estudos de Gênero/ UNICAMP. São Paulo, 1995.

MISSÉ, Miquel e COOL-PLANAS, Gerard. (orgs.) **El género desordenado: Críticas em torno a la patologización de la transexualidad.** Barcelona-Madrid, Egales, 2010.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Março de 2017. Disponível em: < http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf >. Acesso em: 10.09.2017

RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: notas sobre a “economia política” do sexo.** Recife: SOS Corpo. 1993.

STOP TRANS PATHOLOGIZATION. **Manifesto.** 2012. Disponível em <http://www.stp2012.info/old/pt/manifesto>. Acessado em set 2018.

WITTIG, Monique. **O Pensamento Hetero.** 1980. Disponível em: <http://www.geocities.com/girl_ilga/documentos.htm>, Acesso em: set 2017.

A RELAÇÃO ENTRE A VIOLÊNCIA E OS ATOS INFRACIONAIS: QUEM É O ADOLESCENTE INFRATOR NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Bruna Andrino de Lima¹

RESUMO: o presente trabalho busca demonstrar através de dados estatísticos os principais motivos que os adolescentes iniciam a vida no crime. Atualmente, na maioria das vezes, tão somente em busca de ostentação, como é sabido, entram para as estatísticas da segurança pública. Todavia, é importante observar o perfil de cada adolescente, quem são, a idade, a escolaridade, e assim, relacionar com os números dos atos infracionais, a fim de concluir a relação entre o adolescente infrator e os atos infracionais, que resultam nos dados da segurança pública. Por fim, não se deve esquecer que, em cada jovem, há uma esperança e poder de recuperação, por isso a importância voltar o olhar a eles, a fim de valorizá-los e protegê-los.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescente infrator. Ato infracional. Segurança Pública. Poder. Violência.

SUMÁRIO: 1 Considerações Iniciais. 2 O ato infracional no Brasil. 2.1 O adolescente infrator. 2.2 A estigmatização do adolescente brasileiro. 3 A relação dos adolescentes infratores e a violência no estado do Rio Grande do Sul. 3.1 A população dos adolescentes infratores na FASE/RS. 3.2 Confronto estatístico jovem x atos infracionais da FASE/RS. 4 Reduzir a maioridade penal não é sinônimo de segurança pública. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na legislação vigente Brasileira, considera-se criança, o indivíduo com até 12 anos incompletos, e adolescente a pessoa dos 12 aos 18 anos, conforme dispõe o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. É realizada essa distinção,

¹Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito pela UniRitter Laureate International Universities. Pós-graduada em Direito e Processo Penal com Ênfase em Segurança Pública pela UniRitter Laureate International Universities. Membro da Comissão Especial de Criminologia Crítica do Canal Ciências Criminais. Membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/RS. Colunista no Canal Ciências Criminais. Advogada.

pois nos casos em que as crianças e os adolescentes cometem crimes, denominados no referido estatuto como atos infracionais, eles são punidos de uma maneira diversa dos maiores de idade. No caso das crianças (ou seja, dos indivíduos com até 12 anos incompletos), serão aplicadas as chamadas medidas protetivas, previstas no artigo 101 e incisos do ECA, enquanto nos casos dos adolescentes, (maiores de 12 anos e menores de 18 anos), serão aplicadas as medidas socioeducativas, elencadas no artigo 112 do mesmo estatuto.

Conforme muito bem preleciona Vera Regina Pereira de Andrade, “Decifrar e compreender os movimentos contemporâneos do controle do crime é tarefa, a um só tempo, fundamental e desafiadora”². Torna-se muito mais desafiador, quando relacionamos as atitudes dos adolescentes com ênfase na segurança pública, ante polêmicas trazidas pela política e/ou mídias nacionais. Exemplo disso, é a discussão existente no Congresso Nacional acerca da redução da maioria penal dos 18 para os 16 anos, a qual tem todo o apoio da mídia, que elege nos noticiários as matérias referentes aos menores de idade, impedindo por vezes uma discussão democrática e jurídica sobre o tema, considerando tamanha manipulação³ e de determinados políticos que não objetivam a efetividade na segurança pública, mas sim autopromoção e auto-vantagem frente à população.

De acordo com pesquisa realizada pelo Ministério Público, durante os anos de 2014 e 2015, resta evidenciado, tanto à nível nacional, quanto à nível estadual gaúcho, que, baseando-se em número de população carcerária, não há que se comparar o sistema adulto⁴, com o dos adolescentes. A população carcerária, quando trata-se do sistema adulto, é quase vinte vezes maior do que a dos adolescentes⁵. Assim sendo, é notório que o sistema está super habitado e não tem as mínimas condições de proteção da dignidade da pessoa humana, devendo vez por todas afastarmos o argumento de que reduzir a maioria penal vai cessar com a violência pública, uma vez que a tendência é aumentar a violência, já que

2 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Movimentos contemporâneos do controle do crime**. p. 01. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/criminologia.critica/artigos/movimentos.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

3 KHALED JR, Salah H; ROSA, Alexandre Morais da. **Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 46.

4 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016**. p. 90. Disponível em:<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_w eb_7_12_2016.pdf>. Acesso em 28 de novembro de 2017.

5 RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **População Carcerária**. Disponível em: <<http://www.fase.rs.gov.br/wp/populacao-diaria/>>. Acesso em: 28 de novembro de 2017.

misturaria os adolescentes com os adultos e, conhecendo o sistema brasileiro, os menores sairiam repletos de dívidas aos maiores.

Outro aspecto importante diz respeito à forma com que o sistema de ressocialização destinado ao jovem atua. Nas fundações, a atenção, amparo e preparação para o trabalho é mais intensa e focada do que em qualquer outro sistema destinado aos adultos. Nas fundações, o jovem possui tratamento especializado e individualizado. Ele é tratado como ser humano, pessoa e não como “isso, coisa ou objeto”.

Assim sendo, cabe maior análise sobre a relação entre os dados estatísticos da FASE/RS e as formas atuais de possíveis soluções à criminalidade prematura, já que dia após dia se buscam soluções rasas, sendo que quem paga toda esta conta é o jovem que fica cada vez mais a margem do processo social⁶.

O Estado por sua vez, acaba por desenvolver um sistema baseado na repressão e aniquilação do “diferente” sem perceber que o foco está equivocado, preocupado apenas em dar uma resposta aos anseios midiáticos. Sem preocupar-se com soluções que envolvam a boa sistemática científica. Portanto, se está punindo quem merece atenção e cuidado. A atenção aqui pode ser sinônimo de educação e amparo, de recepção e não de exclusão. Se está punindo o inimigo do direito penal eleito pela cultura brasileira – de forma cega - ao invés de ater-se às verdadeiras causas da (in)segurança pública.

2 O ATO INFRAACIONAL NO BRASIL

Diferentemente do maior de 18 (dezoito) anos que comete crimes e contravenções penais, o adolescente infrator (indivíduo menor de 18 anos), considerado inimputável⁷ pela legislação, comete atos infracionais⁸, que são os mesmos tipificados no Código Penal e Decreto-Lei nº 3688/41, porém são regidos pelo Estatuto da Criança e Adolescente (ECA)⁹.

6 KHALED JR, Salah H; ROSA, Alexandre Morais da. **Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 46.

7 Artigo 104: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.” (BRASIL, 1990, *online*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2017.

8 Artigo 103: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. (BRASIL, 1990, *online*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2017.

9 Artigo 27: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” (BRASIL, 1990, *online*). Disponível em:

Outra diferença importante a ser destacada entre os crimes/contravenções penais e os atos infracionais, são as consequências. Enquanto nos primeiros as consequências resultam em pena privativa de liberdade, restritivas de direito ou multa¹⁰, no ato infracional, conforme preceitua o artigo 112, da legislação da Criança e Adolescente¹¹, resultam em advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semi-liberdade e internação em estabelecimento educacional, ou qualquer uma das hipóteses previstas no art. 101, incisos I a VI¹².

A medida socioeducativa da internação, a qual é a mais rígida, assemelha-se ao regime fechado adulto, e deve ser aplicada somente nos casos de ato infracional cometido por grave ameaça ou violência, se o adolescente cometeu mais de 03 infrações graves ou se a medida imposta anteriormente tiver sido descumprida por mais de 03 vezes sem justificativa. Caso contrário, devem ser aplicadas as demais medidas dispostas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destaca-se que o procedimento de apuração do ato infracional, regido pelo ECA, conforme referido anteriormente, também possui suas particularidades, tanto quanto as consequências, o que não é objeto do presente trabalho. Porém, importante consignar.

2.1 O ADOLESCENTE INFRATOR

Conforme referido, o adolescente infrator, de acordo com a legislação penal brasileira, é o menor de 18 (dezoito) anos, considerado penalmente imputável. Ou seja, é a criança, até os 12 anos incompletos e o adolescente dos 12 anos aos 18

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2017.

10 Artigo 32: "As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa". (BRASIL, 1940, *online*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2017.

11 BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em outubro de 2017.

12 Artigo 101: "Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos (...)". (BRASIL, 1990, *online*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2017.

anos¹³. Importante ressaltar que, de acordo com a legislação vigente, as crianças não recebem medida socioeducativa, somente medida protetiva¹⁴.

A legislação brasileira adotou tal postura, a partir de entendimentos internacionais, de que o jovem é pessoa em desenvolvimento¹⁵, coberto de possibilidades múltiplas, erros e acertos. É necessário entender que ela se formará de acordo com fatores biológicos, culturais e sociais¹⁶.

Quando falamos do adolescente infrator, já remetemos os pensamentos às cenas de violência trazidas pela mídia, pois são chocantes e impressionantes. Conseqüentemente, associamos à ideia trazida por Bauman, no livro *Vidas Desperdiçadas*: “Sempre há um número demasiado deles. 'Eles' são os sujeitos dos quais devia haver menos – ou, melhor ainda, nenhum. E nunca há um número suficiente de nós. 'Nós' são as pessoas das quais devia haver mais.”¹⁷ Nesse sentido, resta importante entendermos “quem são eles”, ou seja, quem são os “indivíduos diferentes que nos impõe medo”¹⁸, a partir do perfil traçado pela sociedade brasileira.

2.2 A ESTIGMATIZAÇÃO DO ADOLESCENTE BRASILEIRO

Para que o Estado exerça o poder da punição, é importante verificar a quem se está aplicando determinada medida, pois há uma seleção na hora de punir. Nítido é que a população carcerária brasileira predomina-se de jovens negros¹⁹ e de baixa renda. Quando mais o adolescente, tiver estes critérios, mais fácil de ser

13 Artigo 2º: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.” (BRASIL, 1990, *online*). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2017.

14 BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigos 101 e 105. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em outubro de 2017.

15 Saraiva, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral – Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: 2005. 2.ed. p. 74.

16 Zamora, Maria Helena. **Medida Socioeducativa: entre A & Z**. Pessoa em desenvolvimento. Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 190.

17 BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 47.

18 IENNACO, Cláudio Réche. **A sociedade Viglada: o medo como instrumento de controle social**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 93.

19 BRASIL. Ministério Da Juventude. **Mapa de Violência do Brasil**. p. 26-27. Disponível em: <<http://juventude.gov.br/articles/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf>>. Acesso em: 28 de novembro de 2017.

selecionado pelo controle social formal ou penal (Legislativo, polícia, Ministério Público)²⁰. Assim, o professor Felipe Lazzari, traz importante crítica ao estado brasileiro:

No caso brasileiro, a tortura é verificada no exercício do controle da criminalidade comum e destinada à destruição de um “inimigo” diferente, ou seja, de pessoas suspeitas da prática de crimes como tráfico de drogas, homicídios, roubos, furtos e outros, normalmente indivíduos pertencentes aos estratos economicamente inferiores da população.²¹

A classe social dominante da população brasileira, é a classe média. Conforme visto e sabido, tanto a classe média, quanto a alta, não são as escolhidas como inimigas do direito penal. Ou seja, não fazem parte da seletividade penal preferida pelo estado brasileiro punitivo. A partir de tais assertivas, podemos pensar acerca do medo que cria-se em cima do estigma do adolescente brasileiro.

Bauman, na sua obra *Medo Líquido*, destaca que: “tendo assolado o mundo dos humanos, o medo se torna capaz de impulsionar e se intensificar por si mesmo”²². Interpretamos, pois, que criamos uma espécie de monstro em torno do adolescente brasileiro, quando mais este carrega as características “do medo”, os estigmas criados pela sociedade, mais ele será “perigoso”, sendo alvo do sistema punitivo.

O nosso cérebro cria estigmas e assim externizamos à sociedade nossos medos, ainda que abstratos. Nesse sentido, o ilustre sociólogo e filósofo Bauman, contribui:

O medo nos estimula a assumir uma ação defensiva, e isso confere proximidade, tangibilidade e credibilidade às ameaças, genuínas ou supostas, de que ele presumivelmente emana. É nossa reação à ansiedade que reclassifica a premonição sombria como realidade cotidiana, dando ao espectro um corpo de carne e osso. O medo se enraíza em nossos motivos e propósitos, se estabelece em nossas ações e satura nossas rotinas diárias. Se dificilmente precisa de qualquer outro estímulo externo é porque as ações que incita dia após dia fornecem toda a motivação, toda a

20 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Movimentos contemporâneos do controle do crime**. p. 01. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/criminologia.critica/artigos/movimentos.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

21 SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A Tortura Continua! O regime militar e a institucionalização da violência e do autoritarismo nas instituições de segurança pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 11.

22 BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 172.

justificativa e toda a energia exigidas para mantê-lo vivo, expandido-se e florescendo.²³

Em uma pesquisa realizada pela AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, resta bem claro que quanto mais jovem for a pessoa e mais cedo for levada ao cárcere “profissional”, mais rápido ela estará nas mãos do crime e mais difícil a sua ressocialização²⁴. O equívoco sob a clemência da redução da maioria penal, por exemplo, surpreende, pois está faltando ao cidadão informação e conhecimento, vez que estes são cegos pelo medo que – principalmente - a mídia, destaca nos seus programas jornalísticos, quando mais nos que escorrem sangue em forma de prazer. Todos os dados de pesquisas sérias (governamentais, acadêmicas,...) apontam para uma solução diversa do senso popular do momento.

Atualmente existem outras classes que também querem a diminuição das distâncias que as marginalizam e, nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade, “O medo, que vira medo do crime, e a insegurança, que vira insegurança contra a criminalidade, aparecem, pois, como a base da grande demanda por segurança pública”²⁵. A classe média, que aponta para os delitos e clama por segurança, é a mesma que financia muitos dos delitos, sem – querer - perceber o ciclo vicioso a que faz parte.

Curioso é o fato de que se fala, e a mídia incessantemente demonstra, o jovem homicida, esquecendo dos casos em que o jovem é a vítima. O número de jovens que são assassinados é alarmante e preocupa, ainda mais quando se analisa em conjunto a etnia, vez que jovens negros são diariamente assassinados e essa taxa cresce desenfreadamente²⁶. Não se busca aqui, inverter valores ou fechar os olhos à violência. Todavia, ambos os lados devem ser analisados para aí sim verificar onde estão os erros e acertos e acharmos possíveis soluções à segurança pública. E nesse sentido, Lennaco traz a seguinte reflexão: “O pior é quando a

23 BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.p. 173.

24 Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS. **O que os adolescentes pensam da redução da maioria penal**. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2015/06/16/metro-o-que-os-adolescentes-pensam-da-reducao-da-maioridade-penal/>>. Acesso em 28 de novembro de 2017.

25 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Movimentos contemporâneos do controle do crime**. p. 02. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/criminologia.critica/artigos/movimentos.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

26 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Atlas da Violência**. Rio de Janeiro: 2017. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>. Acesso em 02 de dezembro de 2017. p. 55.

reação ao diferente se traduz na forma de um repúdio violento, obviamente derivado do medo e que, de forma conveniente sempre tem seu espaço reservado nas mídias brasileira e internacional”²⁷.

Atualmente, ainda temos uma polícia que segue com características ditatoriais, mesmo depois da promulgação de uma Constituição Federal garantista, o que preocupa tanto quanto os demais conflitos que a segurança pública brasileira enfrenta, conforme consta no relatório anual dos anos 2014/2015 da Anistia²⁸, onde há a seletividade penal. No mesmo sentido, são as informações da UNICEF:

No Brasil, os adolescentes são hoje mais vítimas do que autores de atos de violência. Dos 21 milhões de adolescentes brasileiros, apenas 0,013% cometeu atos contra a vida. Na verdade, são eles, os adolescentes, que estão sendo assassinados sistematicamente. O Brasil é o segundo país no mundo em número absoluto de homicídios de adolescentes, atrás da Nigéria. Hoje, os homicídios já representam 36,5% das causas de morte, por fatores externos, de adolescentes no País, enquanto para a população total correspondem a 4,8%²⁹.

Estes dados fazem parte da cifra oculta, ou seja, são números não divulgados, pois a violência nestes casos partem do Estado, e não da parte mais fraca da sociedade que não tem como se defender (principalmente) da mídia, que é o adolescente, negro e pobre. É atacando a parte mais fraca que se quer controlar a criminalidade, esquecendo que esta cresce, entre outros motivos, “devido ao número massante de desemprego, com conseqüente aumento da pobreza, o que resulta em exclusão social e intolerância com a classe que vive às margens da sociedade, os quais são tratados como verdadeiros resíduos humanos”³⁰. Nas palavras de Augusto Jobim do Amaral:

Saltam aos olhos que as condenações não se explicam pela gravidade das infrações e, sim, quando muito, pelo seu caráter “ofensivo” ao puritanismo local, na medida em que a gestão policial e carcerária da insegurança social tem certamente como produto direto, além do controle dos membros da

27 IENNACO, Cláudio Réche. **A sociedade Vigada: o medo como instrumento de controle social**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 93.

28 ANISTIA. **Relatório Anual da Anistia Internacional 2014-2015**. Disponível em: <<https://anistia.org.br/direitos-humanos/informes-anuais/o-estado-dos-direitos-humanos-mundo-20142015/>>. Acesso em 28 de novembro de 2017.

29 UNICEF. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/media_29163.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2017.

30 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Movimentos contemporâneos do controle do crime**. p. 03. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/criminologia.critica/artigos/movimentos.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

gentalha infamante, o poder de confirmar seu *status* social e recompor suas fileiras.³¹

Por vezes a condenação não é pelo fato, mas pelo autor do fato, justamente por haver este estigma, de que se é negro, tem chance maior de ser culpado/condenado, ou do fato ser verdadeiro em razão da classe ou outras características do indivíduo, e esta distinção não ocorre somente na condenação, mas desde o flagrante e/ou investigação. Este processo seletivo inicia pela polícia e se estende pelo processo, e é aí que reside a revolta maior, pois a desigualdade social e a seletividade penal resultam em injustiças no sistema como um todo, obtendo respostas rápidas à base da emoção e do clamor público, tais como criações de (projetos de) leis penais, jurisprudências, dentre outras alternativas³², que apesar de céleres, não são eficazes. Dessa forma, afirma Casara:

Na segurança pública, os seus variados atores, forjados num contexto de tradição autoritária, tendem a perceber suas crenças como verdades absolutas e incontestáveis, agindo para confirmá-las, sem levar em consideração outras hipóteses explicativas. No combate ao crime, em nome da "segurança pública", os limites (legais, éticos, etc.) tornam-se flexíveis, quando não ilusórios, enquanto o imputado (aquele a quem se atribui a prática de um delito), por sua vez, passa a figurar como objeto de intolerância. Nesse cenário, as práticas autoritárias, em regra militarizadas, sugerem que vale tudo para combater o crime e segregar a quem não se tolera.³³

Lamentavelmente quem não se tolera, e acaba sendo vítima do poder punitivo do estado, é o adolescente pobre e negro, como já dito anteriormente, que vive nas comunidades afora desse país que se diz garantista através da Constituição Federal de 1988, mas que carrega na militarização as características da ditadura que antecedeu a Carta Magna.

3 A RELAÇÃO DOS ADOLESCENTES INFRATORES E A VIOLÊNCIA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

31 AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e Processo Penal** – Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 52.

32 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Movimentos contemporâneos do controle do crime**. p. 04. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/criminologia.critica/artigos/movimentos.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

33 CASARA, Rubens R. R.. **Processo Penal do Espetáculo** – Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 121.

Nos últimos anos, o estado do Rio Grande do Sul, principalmente no que tange à região metropolitana da Capital do estado, vem ganhando repercussão de quão violenta está. O número de homicídios dolosos é alarmante, assim como o de roubo e tráfico de drogas, além dos demais delitos, de modo geral, sejam com ou sem violência, de acordo com os dados publicados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado³⁴. Tanto que, há um ano, no início de 2017, foi necessário o uso das forças armadas nas ruas de Porto Alegre. Evidente que as forças armadas não foram a solução, mas alcançou o objetivo quando transpareceu segurança à população.

Assim sendo, importante é analisar a participação dos adolescentes nesse caos estatal do Rio Grande do Sul, na medida em que a Fundação (FASE/RS) responsável pelo cumprimento das medidas socioeducativas possui dados estatísticos, disponíveis no sítio. A análise será realizada com os dados do mês de março de 2018.

3.1 A POPULAÇÃO DOS ADOLESCENTES INFRATORES NA FASE/RS

Não é novidade que o sistema carcerário brasileiro encontra-se absurdamente superlotado. Diferente do que se pensa no senso comum, a superlotação não existe apenas no cárcere adulto, mas também no sistema dos adolescentes infratores.

Analisando os dados disponibilizados pela Fundação, a população interna da Capital Gaúcha, no mês de agosto de 2018, está em 629 internos, o que significa um *déficit* de 193 vagas, já que a capacidade é de 436. Observamos ainda que, a maior deficiência de vagas são nas unidades POA I e POA II, local onde mais se concentram adolescentes infratores, considerando que estas não são unidades localizadas em bairros da Capital, mas sim na sede da FASE em Porto Alegre/RS³⁵.

Todavia, não é diferente nas unidades de internação do interior, nas comarcas distantes da capital. Tem-se a falsa ideia que os centros urbanos metropolitanos são mais violentos e que, conseqüentemente, possuem um número disparado de

34 RIO GRANDE DO SUL. Secretaria De Segurança Pública Do Estado Do Rio Grande Do Sul. **Indicadores Criminais**. Disponível em: <<http://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-criminais/>>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

35 RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **População Diária**. Mês de Agosto. Disponível em: <<http://www.fase.rs.gov.br/wp/populacao-diarial/>>. Acesso em 11 de agosto de 2018.

adolescentes internados. Conforme se verifica nos dados estatísticos do interior³⁶, assim como na Capital Gaúcha, há um número elevadíssimo de adolescentes internados.

Há sete unidades da FASE em todo o interior do Rio Grande do Sul, sendo elas nas cidades de Caxias do Sul, Passo Fundo, Santa Maria, Novo Hamburgo, Pelotas, Santo Ângelo e Uruguaiiana. Somando todos os adolescentes internados nas respectivas unidades, temos o total de 592. Em relação ao *déficit* de vagas, em que pese a proporcionalidade com a capital, o número é maior: no mês de agosto de 2018, faltam 263 vagas. Diferente de Porto Alegre que, apesar da ausência de vagas, há unidades com saldo positivo, no interior nenhuma unidade está com vagas disponíveis, pelo contrário, todas estão superlotadas, sendo a de Novo Hamburgo, a que possui um *déficit* maior (74 vagas negativas).

Com base nestas informações, verificamos nitidamente a ausência de estrutura física nas unidades da Fundação, a fim de comportar a internação nos limites que deveria ser. Porém, diferença se nota quando analisamos os dados da semiliberdade³⁷, tanto das unidades do interior, quanto de Porto Alegre, vez que enquanto há 192 vagas disponíveis, existem apenas 117 internos. Ou seja, diferente da internação, a semiliberdade está com 75 vagas disponíveis em agosto de 2018, considerando todas as unidades do Rio Grande do Sul.

Além da diferença populacional entre a internação e a medida de semiliberdade, notamos que existe esta diversidade também em relação ao cárcere adulto, uma vez que no sistema adulto, todo e qualquer regime encontram-se nas condições desumanas de superlotação, enquanto aqui, na semiliberdade, notamos a sobra de vagas populacional em todo o estado. Por fim, temos a seguinte população total da FASE/RS: 629 adolescentes internos na Capital, 592 adolescentes internos no interior e 117 adolescentes em semiliberdade, o que totaliza 1338 adolescentes no estado do Rio Grande do Sul³⁸.

36 RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **População Diária**.FASE. População Diária. Mês de Agosto. Disponível em:

<<http://www.fase.rs.gov.br/wp/populacao-diaria/>>. Acesso em 11 de agosto de 2018.

37 RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **População Diária**. Mês de agosto. Disponível em: <<http://www.fase.rs.gov.br/wp/populacao-diaria/>>. Acesso em 11 de agosto de 2018.

38 RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **População Diária**.Mês de novembro. Disponível em: <<http://www.fase.rs.gov.br/wp/populacao-diaria/>>. Acesso em 11 de agosto de 2018.

Com base – principalmente – nestes últimos dados, da população total, podemos afirmar que a clemência do senso comum pela redução da maioria penal, não passa de mera ilusão social, apoiada pelos atuais políticos (na sua maioria) em busca de popularidade. Aquela ideia de impunidade ao menor de idade, resta destruída, quando percebemos que temos mais de 1300 adolescentes cumprindo medidas socioeducativas no estado do Rio Grande do Sul.

3.2 CONFRONTO ESTATÍSTICO JOVEM X ATOS INFRACIONAIS DA FASE/RS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme já referido anteriormente, prevê em seu artigo 2º, que para fins legais, é considerado criança até os 12 anos incompletos e adolescente aquelas entre 12 a 18 anos de idade. Ainda, dispõe o parágrafo único do referido artigo, que em casos expressos na lei, o ECA será aplicado às pessoas entre os 18 e 21 anos de idade³⁹. Nessa seara, é importante destacarmos e relacionarmos os números dos adolescentes e jovens infratores, começando pela idade e ato infracional, a fim de traçarmos um perfil dos mesmos.

Conforme podemos verificar, de acordo com os dados cadastrados pela FASE no ano de 2018, os atos infracionais começam a ser praticados, via de regra, no início da adolescência, ganhando intensidade a partir dos 15 anos de idade⁴⁰, sendo que a maior parte dos adolescentes internos, possuem 17 anos.

Isso, devido à sociedade capitalista em que vivemos, a qual impõe certo padrão social onde, ou o adolescente segue tal padrão ou ele é excluído do meio. Essa ideia de querer/ter tudo o que se necessita para viver em uma sociedade padronizada, desestimula a prática do estudo e estimula outras práticas. Sob essa ótica, em que pese não existam adolescentes analfabetos, a maior parte deles completou apenas o ensino fundamental (até o 9º ano), quando não desistiram dos estudos entre o 5º ano e o 9º ano. De um total de 1284 jovens (ao tempo da pesquisa), apenas 10 concluíram o ensino médio⁴¹.

39 BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigos 101 e 105. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 23 de novembro de 2017.

40 RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **Dados estatísticos**. Dados de 2018. Disponível em: <http://www.fase.rs.gov.br/wp/dados_estatisticos/>. Acesso em 11 de agosto de 2018.

41 RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **Dados estatísticos**. Dados de 2018. Disponível em: <http://www.fase.rs.gov.br/wp/dados_estatisticos/>. Acesso em 11 de agosto de 2018.

Estes dados são preocupantes, pois a educação deve ser a base de tudo e de todos. E quando não verificamos um alto índice de educação, significa que estamos sem a base e conseqüentemente, sem estrutura, seja social ou moral. Todos sabemos que o caminho do sucesso é cada vez mais difícil, em um mundo que a concorrência no mercado de trabalho é enorme e exige muito de cada ser. Exige destaques, exige persistência. E a sociedade não espera. Não se tem tempo para esperar. E a mesma sociedade, exige respostas. E as respostas mais rápidas vem de atos ilícitos.

Por isso é muito mais simples e rápido cometer atos infracionais para ter tudo o que o mundo exige, do que seguir na escola, trabalhar e batalhar como os pais, os avós, os tios e ganhar um salário-mínimo ou até menos. A educação no Brasil não é valorizada e incentivada. A alfabetização não basta e não podemos normalizar esta condição.

Tanto a tentativa da redução da maioridade penal para os 16 anos, quanto tantas outras soluções ilusórias para a criminalidade gera tão somente a falsidade de uma segurança pública. É incabível que ainda se acredita que soluções rasas lidariam com a raiz do problema, que é o que a criminologia busca responder, o porquê dos crimes e no caso dos adolescentes, atos infracionais, ocorrem.

Para entender o porquê, é preciso entender uma série de circunstâncias que envolvem cada adolescente. A família, a comunidade e o estudo são elementos que muitas vezes interferem diretamente na nossa formação de personalidade e identidade. Nas palavras de Ana Gabriela Mendes Braga, “a identidade é uma construção social à medida de que o ambiente não só influencia a identidade, mas a constitui”⁴². O meio em que vivemos, define quem seremos. Já dizia Hobbes, na sua obra *Leviatã*⁴³, publicada em 1651: “o homem é o lobo dos homens”. Ou seja, todos nascem iguais e a sociedade os corrompe, a sociedade impõe os limites e as normas que devem ser seguidas. E os próprios indivíduos que formam a sociedade é que ditam as regras.

Por isso, lógica faz quando a ascensão ao ato infracional ganha força na metade da adolescência, pois é quando o adolescente começa a sair e se envolver de forma mais direta com o mundo exterior do lar dele. Ele precisa ser bom o suficiente, para conseguir amigos, para conseguir uma namorada atraente e ter os

42 BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 03.

43 HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

bens que a sociedade capitalista impõe. E assim, iniciam os atos infracionais, principalmente ligados ao patrimônio.

O banco de dados da FASE/RS divide as infrações em dois grandes grupos: os atos infracionais graves e outras infrações. Analisando primeiramente os atos infracionais graves, de forma disparada, em primeiro lugar, encontramos o roubo, quando em um total de 1106 jovens, 605 estão internados por roubo. Em segundo lugar, verificamos o homicídio e em terceiro lugar, a tentativa de homicídio. Vamos nos limitar a classificar estes três, já que são os que ocupam o pódio, porém, neste grande grupo ainda se encaixam os atos infracionais de latrocínio, tentativa de latrocínio, estupro, lesões corporais, sequestro e cárcere privado, tentativas de roubo e extorsão⁴⁴.

A interpretação é rápida e fácil quando observamos os atos infracionais mais cometidos pelos adolescentes. Os atos infracionais cometidos contra o patrimônio são mais da metade dos atos infracionais considerados graves. E assim, torna-se evidente a relação entre a natureza do ato e o indivíduo que comete o mesmo, considerando todo o exposto anteriormente, de acordo com o modo que analisamos a sociedade e o adolescente.

Tal lógica é corroborada, quando verificamos os dados⁴⁵ das infrações que para a FASE/RS são consideradas como outras, ou seja, aquelas sem violência ou grave ameaça. Da mesma forma que o roubo, no grupo anterior, o tráfico de entorpecentes é o ato infracional disparado nesta seção: de 141 jovens, 112 estão internados por tráfico. É basicamente 3/4 ocupados pelo tráfico de drogas. Em seguida vem o porte ilegal de arma de fogo e o furto. Os demais atos infracionais (receptação, ameaça, incêndio, dano ao patrimônio e apropriação indébita) neste grupo, são representados por números ínfimos, por isso, vamos nos limitar novamente aos três primeiros.

Ainda no que refere-se às outras infrações, apesar do número alarmante no que refere-se ao tráfico de entorpecentes, a soma de todos os atos infracionais não alcançam, por exemplo, o número de roubos, analisado anteriormente. De certa forma, num primeiro momento em que analisamos os dados acima, nos preocupamos em relação ao jovem e à violência urbana. Todavia, não podemos

44 RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **Dados estatísticos.** Dados de 2018. Disponível em: <http://www.fase.rs.gov.br/wp/dados_estatisticos/>. Acesso em 11 de agosto de 2018.

45 RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **Dados estatísticos.** Dados de 2018. Disponível em: <http://www.fase.rs.gov.br/wp/dados_estatisticos/>. Acesso em 11 de agosto de 2018.

esquecer que o objeto do presente trabalho é traçar o perfil do adolescente infrator e não do sistema carcerário como um todo, uma vez que se analisarmos o todo do sistema carcerário, os atos infracionais representam mínimas estatísticas perto do sistema adulto. O que deve sim, ir contra os interesses políticos pessoais, quando justificam projetos como a redução da maioria penal como forma de aprimorar a segurança pública. O adolescente infrator é mínimo frente ao caos adulto.

A fim de justificar de forma visual a crítica acima, podemos verificar os dados que trazem a soma total, de forma simples, o que estamos tratando: enquanto no grupo das outras infrações há um total de 141 jovens, no grupo de grave ameaça ou violência à pessoa, há 1106 jovens⁴⁶.

Os crimes com violência ou grave ameaça às pessoas, onde abarcam os crimes contra o patrimônio (roubo, principalmente), nem podem ser comparados às demais infrações, uma vez que tal prática infracional é disparada, de acordo com os dados do ano de 2018 da FASE/RS.

4 REDUZIR A MAIORIDADE PENAL NÃO É SINÔNIMO DE SEGURANÇA PÚBLICA

O direito e processo penal é composto por diversos princípios, e entre eles existe um, denominado “*ultima ratio*”, ou seja, o direito penal apenas deveria ser lembrado nas hipóteses em que nenhum outro ramo do direito, assim como as políticas públicas, pudessem sanar ou conter tal demanda. Ocorre que não é o que vem acontecendo. Atualmente prefere-se punir, com incontáveis prisões, do que investir em educação, lazer, saúde. Deve ser pensado o que fazer para que o crime ou no caso dos adolescentes, o ato infracional sequer aconteça. Isso é combater a violência. Pensar em como evitá-la, e não o que fazer depois que ela já ocorreu. Nesse sentido, importante a reflexão de Baratta: “A verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo assim, a raiz do mecanismo de exclusão”⁴⁷.

46 RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **Dados estatísticos**. Dados de 2018. Disponível em: <http://www.fase.rs.gov.br/wp/dados_estatisticos/>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

47 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011. p. 186.

O senso comum crê fielmente que prender resolve, quando mais tratar-se de jovens que devem ser punidos para repensarem suas atitudes. Contudo, sabe-se que o cárcere adulto não é lugar para ressocialização, se considerarmos o clamor para remeter os adolescentes junto aos maiores de idade. Ainda, se esquece que a Convenção sobre os Direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil em 1990⁴⁸, dispõe que o menor de idade não poderá cumprir pena junto com o adulto. Sobre as penitenciárias, corrobora Augusto Jobim do Amaral:

[...] a própria lei torna, de forma esquizofrênica, a instituição penitenciária alheia aos princípios mínimos de humanidade (apanágio das conquistas do Estado de Direito), mergulhada na ausência de qualquer controle democrático, na arbitrariedade administrativa e na indiferença geral. Talvez seja a prisão o melhor retrato desse despotismo burocrático em que a administração joga com vidas humanas tendo como única preocupação a manutenção da ordem interior. [...] Devendo dar remédio à pretensa “insegurança” e à precariedade, ela não faz senão concentrá-la e intensificá-la, mas na medida em que a torna invisíveis, nada mais lhe é exigido.⁴⁹

O sistema penitenciário brasileiro é falido, vez que não ressocializa, pelo contrário, há uma força das facções que controlam atos de violência, sejam internos ou externos aos muros do presídio. Questiona-se: onde está a solução da violência ao colocarmos um adolescente em meio aos mestres do crime? O Conselho Nacional de Justiça, concluiu em um dos seus relatórios, que quanto mais novo for o indivíduo, menor é a chance dele reincidir⁵⁰. Assim sendo, reduzir a maioria penal é a solução para combater a criminalidade? Evidente que não.

Os processos midiáticos por sua vez tratam o assunto de forma escandalosa e cinematográfica. Existe notória manipulação dos fatos apresentados e do direcionamento no sentido de exacerbar determinados fatos para que haja maior audiência. Esta situação é normal e aceitável desde que respeite certos limites de ética e responsabilidade. Nesse sentido, disserta Zaffaroni:

48 BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Convenção Sobre O Direito Das Crianças. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em novembro de 2017.

49 AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e Processo Penal** – Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 56.

50 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reincidência Criminal no Brasil**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>. Acesso em 28 de novembro de 2017. p. 23.

Assim, por exemplo, os meios de comunicação social de massa induzem padrões de conduta sem que a população, em geral, perceba isso como “controle social”, e sim como formas de recreação. Qualquer instituição social tem uma parte de controle social que é inerente a sua essência, ainda que também possa ser instrumentalizada muito além do que corresponde a essa essência. O controle social se exerce, pois, através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios massivos de comunicação, da atividade artística da investigação científica etc.⁵¹

Desta forma, defende Zaffaroni, que analisar o controle social apenas por um viés é ilusório, por exemplo, tomando-se conta apenas de uma observação do sistema penal. Portanto, é preciso estar atento a todo o tecido social e sua formação, para que se consiga chegar a uma conclusão do grau de repressão existente. Ainda sobre controle social com uma visão estigmatizada, corrobora Rubens R. R. Casara:

Em relação ao controle social através do poder penal, estratégia antiga, porém ainda funcional, não é difícil perceber que tanto a criminalização secundária, ou seja, tanto a seleção das condutas que serão objeto de atenção do direito penal quanto a efetiva atuação (diga-se: também seletiva) das agências estatais que exercem em concreto o poder penal sobre indivíduos, voltam-se às camadas sociais que não interessam à sociedade de consumo e que podem funcionar como elementos desestabilizadores do atual modelo de estruturação social. Os mesmos indivíduos que estão excluídos das políticas sociais representam o alvo principal das políticas de controle social através do direito penal. Isso faz com que as prisões sejam percebidas, por criminólogos do porte de Nilo Batista e Loïc Wacquant, como verdadeiros “planos habitacionais para a miséria”.⁵²

Portanto, retirar os indivíduos da sociedade e jogá-los no sistema penitenciário, a fim de que cumpram uma pena como forma de castigo pelo que fizeram, nada mais é que uma “violência posterior para compensar uma violência anterior”⁵³. Isso não é atacar a violência como forma de combate, quando mais se pune o estigmatizado e não quem realmente deveria ser investigado e punido. Isso é aumentar a revolta que o sistema causa pela própria natureza, tornando então, um ciclo vicioso e nesse sentido, afirmam Salah Khaled Jr. e Alexandre Morais da Rosa,

51 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9.ed. Ver. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.

52 CASARA, Rubens R. R.. **Processo Penal do Espetáculo** – Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 36-37.

53 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Da prevenção penal à “nova prevenção**. p. 02 Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1311812448.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

que “nada destruiu mais bens jurídicos nos últimos séculos do que o poder punitivo, que não tem aptidão para o bem, ao contrário do que muitos ingenuamente creem”⁵⁴.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, conclui-se que a violência é inerente ao ser humano, e que os mecanismos sociais devem procurar canalizar estes anseios para evitar que impulsos injustificados ocorram, ainda que, nas palavras de Salah Khaled Jr. e Alexandre Morais da Rosa, “A violência está para além de qualquer possibilidade de controle embasada em utópicas promessas de segurança”⁵⁵. Assim temos que este comportamento é elástico, oscilando em maior ou menor grau de violência, devendo desvincular-se da ideia de que o jovem é o responsável pela violência no Brasil.

A mudança deve iniciar na cultura da sociedade punitivista que acompanha o Brasil há muito tempo, inclusive na forma autoritária de ser, forma esta que não condiz com uma Constituição Federal de um Estado Democrático de Direito garantista, como é a nossa, pois tendo em vista que a Constituição está no topo da pirâmide legislativa, não deve ser aplicada anteriormente e em superioridade a ela um Código Penal elaborado na época ditatorial⁵⁶.

Não há uma solução concreta, nem é fácil e possível encontrarmos o fim da violência, mas dentre algumas opções para amenizá-la é, sem dúvidas, a educação, em primeiro plano, tanto a familiar, quanto a escolar, e isso já dizia Cesare Beccaria desde 1764, na sua obra “Dos Delitos e das Penas”⁵⁷, um clássico do direito penal, além do que não basta o legislativo utilizar-se do direito penal para ficar “tapando o sol com a peneira” e o estado esquivar-se dos seus compromissos com as políticas públicas eficazes para o possível controle da segurança pública⁵⁸.

Muito além de criar e recriar leis punitivistas, inclusive de retrocesso, a atenção, tanto do estado, quanto a nossa, enquanto sociedade, deve ser aos adolescentes,

54 KHALED JR, Salah H; ROSA, Alexandre Morais da. **Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 19.

55 KHALED JR, Salah H; ROSA, Alexandre Morais da. **Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 36.

56 CASARA, Rubens R. R.. **Processo Penal do Espetáculo** – Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 44-45.

57 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 7.ed. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 98.

58 KHALED JR, Salah H; ROSA, Alexandre Morais da. **Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 47.

para que através de políticas públicas, de incentivo ao esporte, à educação e à saúde (a partir da prevenção à gravidez, quando não planejada), além da desconstrução do estigma criado por nós e da perseguição a determinados grupos, por exemplo, consigamos impedir e/ou resgatar que os adolescentes percam os seus valores ou reconheçam a verdadeira essência da vida, longe do que traria somente prejuízos nos seus modos de ser. Prevenir antes de punir: este é o melhor caminho.

6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e Processo Penal** – Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Da prevenção penal à “nova prevenção**. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1311812448.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Movimentos contemporâneos do controle do crime**. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/criminologia.critica/artigos/movimentos.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

ANISTIA. **Relatório Anual da Anistia Internacional 2014-2015**. Disponível em: <<https://anistia.org.br/direitos-humanos/informes-anuais/o-estado-dos-direitos-humanos-mundo-20142015/>>. Acesso em 28 de novembro de 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL – AJURIS. **O que os adolescentes pensam da redução da maioria penal**. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2015/06/16/metro-o-que-os-adolescentes-pensam-da-reducao-da-maioridade-penal/>>. Acesso em novembro de 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 7.ed. São Paulo: Martin Claret, 2014. Traduzido por Torrieri Guimarães.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 dez.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em setembro de 2017.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Convenção Sobre O Direito Das Crianças. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em novembro de 2017.

BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em outubro de 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Relatório do Sistema Prisional**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em setembro de 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUVENTUDE. **Mapa de Violência do Brasil**. p. 26-27. Disponível em: <<http://juventude.gov.br/articles/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf>>. Acesso em: 28 de novembro de 2017.

CASARA, Rubens R. R.. **Processo Penal do Espetáculo** – Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reincidência Criminal no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em 28 de novembro de 2017. p. 23.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016**. Disponível em: <http://www.cntp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf>. Acesso em novembro de 2017.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

IENNACO, Cláudio Réche. **A Sociedade Viglada: o medo como instrumento de controle social**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Atlas da Violência**. Rio de Janeiro: 2017. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>. Acesso em 02 de dezembro de 2017.

KHALED JR, Salah H; ROSA, Alexandre Morais da. **Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **Dados estatísticos.** Dados de 2018. Disponível em: <http://www.fase.rs.gov.br/wp/dados_estatisticos/>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Fundação de Atendimento Sócio-educativo - FASE. **População Diária.** Mês de agosto. Disponível em: <<http://www.fase.rs.gov.br/wp/populacao-diaria/>>. Acesso em 11 de agosto de 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria De Segurança Pública Do Estado Do Rio Grande Do Sul. **Indicadores Criminais.** Disponível em: <<http://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-criminais/>>. Acesso em 12 de agosto de 2018.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral – Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil.** 2. ed. Porto Alegre: 2005.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A Tortura Continua! O regime militar e a institucionalização da violência e do autoritarismo nas instituições de segurança pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

UNICEF. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/media_29163.htm>. Acesso em 14 de novembro de 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro:** volume 1: parte geral. 9.ed. Ver. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAMORA, Maria Helena. **Medida Socioeducativa: entre A & Z.** Pessoa em desenvolvimento. Porto Alegre: UFRGS, 2014.

A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA VULNERÁVEL NOS CRIMES DE ESTUPRO FRENTE ÀS FALSAS MEMÓRIAS.

Anderson Machado da Silva¹

Helena Lahude Costa Franco²

Marjane Bernardy Souza³

RESUMO: A finalidade é explorar a complexidade da memória e os seus reflexos no processo penal, sob a visão interdisciplinar, principalmente, no que se refere à prova testemunhal da vítima vulnerável nos crimes de estupro. O evento dos fatos vivenciados não são registrados pela memória rigorosamente como aconteceram, porque há influência de diversos elementos que permitem possíveis alterações nas fases de formação do processo cognitivo, ocasionando o surgimento das falsas memórias. Devido à prova testemunhal ser o único meio de prova, na maioria das vezes, a embasar a condenação do acusado nos crimes em comento, e a fragilidade de falsificação da memória, é necessário a utilização de técnicas para a avaliação da credibilidade do testemunho da criança e para obtenção de um juízo de qualidade.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Prova testemunhal da vítima. Falsas Memórias. Depoimento acolhedor. Entrevista Cognitiva.

Sumário: 1 Introdução. 2 O crime de estupro de vulnerável. 3 Das provas nos crimes sexuais. 3.1 O ônus da prova no processo penal. 3.2 Princípio da presunção

1 Bacharelado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus São Jerônimo/RS.

2 Orientadora da monografia, Advogada e Professora Universitária na Universidade Luterana do Brasil – Campus São Jerônimo. Leciona Direito Penal, Processo Penal e Estágio Supervisionado Penal. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre, Brasil (2002) e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal (2009), com validação pela Universidade Federal do Paraná. Membro da Comissão de Direitos Humanos Sobral Pinto da OAB/RS e Presidente do Conselho Deliberativo da FAESP/RS (Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário).

3 Coorientadora da monografia, Possui graduação em Psicologia-Bacharelado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Psicologia-Licenciatura pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), especialização em Aconselhamento das Relações Familiares pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e mestrado em Família e Sistemas Sociais pelo Instituto Superior Miguel Torga – Coimbra-Portugal (ISMT-2004), especialista em Psicologia no Trânsito (CFP) e especialista em Psicologia Jurídica (CFP). Perita em Avaliação Psicológica no Departamento de Trânsito – DETRAN/RS. Coordenadora e professora adjunta do Curso de Psicologia da ULBRA de São Jerônimo e Coordena o Grupo de Pesquisa sobre violência.

de inocência ou de não culpabilidade. 4 A credibilidade da palavra da vítima no crime. 5 A memória e as falsas memórias. 5.1 A memória. 5.1.1 Classes de memórias. 5.2 As falsas memórias. 5.2.1 Composição das falsas memórias. 5.2.2 Classes das falsas memórias. 6 O processo penal e as falsas memórias. 6.1 Consequência da falsificação da memória para a palavra da vítima no processo penal. 6.2 Métodos para reduzir os danos. 6.2.1 Depoimento sem dano ou depoimento acolhedor. 6.2.2 Entrevista Cognitiva. 7 Considerações finais. 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em nosso sistema penal brasileiro, a prova testemunhal é o meio probatório por excelência, especialmente no delito de estupro de vulnerável. Ela tem atravessado séculos instituindo-se nos diferentes tipos de procedimento, apesar da desconfiança com a qual sempre foi aceita.

As vítimas vulneráveis valem-se das lembranças, principalmente, para descrever os fatos acontecidos. Nesse passo, a memória assume um papel fundamental para a reestruturação do delito. Nessa situação, o processo criminal depende da rememoração, a qual corrobora a prática delitiva. Entretanto, a vulnerabilidade da prova testemunhal revela-se justamente nessa dependência da memória dos fatos por parte da criança que os relata.

Estudos realizados e pesquisas recentes têm demonstrado que o processo mnemônico não é confiável, bem como o referido mecanismo é suscetível a falhas, que podem atrapalhar a aquisição, retenção e recuperação das informações, afetando, conseqüentemente, a lembrança. A possibilidade de erro da memória humana torna necessária uma análise a respeito da formação das falsas memórias, fenômeno que se constitui na recordação de eventos, os quais em nenhum momento ocorreram, e que, geralmente, se dão pela associação de lembranças verdadeiras e assuntos provenientes de sugestão externa.

Apesar do grande avanço nas pesquisas sobre o tema, principalmente nos Estados Unidos, há poucos estudos sobre a falsificação da lembrança no Brasil. Tanto é que o país implementou uma lei específica para tenta prevenir as ocorrências de falsas memórias apenas em 2017, a Lei nº 13.431/2017, a qual

estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Além da influência de diversas causas que comprometem o armazenamento da informação na memória, a lembrança da criança poderá ser contaminada por perguntas sugestivas e tendenciosas, gerando uma falsa memória em relação ao fato ocorrido.

O assunto relacionado às falsas memórias é recente, complexo e de relevante importância para garantir a ampla defesa do acusado no processo penal, já que os operadores do Direito trabalham constantemente com as lembranças das vítimas como provas do delito de estupro, pelo fato de ser um delito realizado às ocultas. Assim, é necessário ter conhecimento deste fenômeno, poder identificá-lo e estar preparado para enfrentá-lo.

2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Na década de 1980, houve grandes repercussões acerca do questionamento da presunção de violência, a qual constava no art. 224, alínea A, do Código Penal. Em vários casos, o entendimento que predominava era como presunção de violência relativa, sob o fundamento de que a sociedade, no final do século XX e no início do século XXI, teria modificado significativamente, tendo que aos menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção daqueles que viveram quando da edição do Código Penal de 1940⁴.

Porém, ao longo do tempo, se podia observar que a doutrina e a jurisprudência não eram unânimes quanto a esse ponto, pois poderia ser de natureza relativa (*iuris tantum*) ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*) quando discutida a presunção de violência. Quando sua natureza fosse relativa, transigiria diante da situação do caso concreto, e quando absoluta, não poderia ser questionada⁵.

Assim, para dirimir essas questões, surgiu em nosso ordenamento jurídico penal, através da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, o delito denominado de estupro de vulnerável, o qual visa a identificar a situação de vulnerabilidade em que

4 GRECO. Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói/Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017, p. 1185.

5 Idem. Ibidem.

se encontra a vítima. Tendo-se que os Tribunais não poderão interpretar de qualquer outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos⁶.

Para configurar-se o delito em estudo é necessário que o agente apenas atue sem qualquer tipo de violência. Portanto, não existe mais a violência presumida, contudo não ocorreu *abolitio criminis*. Dessa forma, a combinação que existia entre os artigos 224 e 213 do Código Penal passa a ser considerada tipo próprio, com denominação de “Estupro de Vulnerável”, e sua previsão encontra-se no artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro.

Pode-se notar que o tipo penal do art. 217-A configura-se pela mera conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso, mesmo sem existir qualquer ato de constrangimento. Ainda assim, pode o crime ser praticado também por meio de violência ou grave ameaça⁷. Para Rogério Greco, a “violência diz respeito à *vis corporalis, vis absoluta*, ou seja, a utilização de força física, no sentido de subjugar a vítima, para que com ela possa praticar a conjunção carnal, ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso”⁸.

A conjunção carnal pode ser ampla ou estrita. Na ampla pode ser qualquer união sensual entre partes do corpo (cópula entre pênis e vagina/anal/oral), bem como também toques do órgão sexual. Na estrita, quem melhor define o ato é Néelson Hungria, que caracteriza o conceito de conjunção carnal referindo-se ser “a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”⁹.

A doutrina e a jurisprudência adotam a conjunção carnal de forma estrita para determinar a prática do estupro, bem como utiliza a conjunção carnal no sentido amplo para os demais contatos físicos e denominando-os como atos libidinosos¹⁰.

Ademais, a conjunção carnal também é considerada um ato libidinoso, ou seja, é aquele ato em que o agente deixa aflorar a sua libido, contudo, na expressão “outro ato libidinoso” estão contidos todos os atos de natureza sexual, os quais não

6 MACHADO, Costa; organizador; AZEVEDO, David Teixeira de; coordenador. **Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. – 7. ed. -Barueri. Manole, 2017. p. 337

7 MACHADO, Costa; organizador; AZEVEDO, David Teixeira de; coordenador. **Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. – 7. ed. -Barueri. Manole, 2017. p. 338.

8 GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói/Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017. p. 1124.

9 HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**, v. VIII. São Paulo: Revista Forense, 1959. p.116.

10 MACHADO, Costa; Loc Cit.

são a conjunção carnal. Assim, compreende todo o ato que tenha por finalidade satisfazer a libido do agente¹¹.

Contudo, o crime de estupro de vulnerável continua a despertar debates no que se refere à vulnerabilidade da vítima, mesmo com a alteração feita pela Lei 12.015/09, que conceituou de presunção absoluta de violência. Para Cezar Roberto Bittencourt: “a presunção implícita de violência contida no novo artigo do Código Penal não afastaria a discussão sobre a questão da relatividade, sendo que “o rótulo não altera a substância”¹²

Assim, serão considerados como absolutamente vulneráveis os menores de 14 (quatorze) anos, embora possuam experiências sexuais ou exista consentimento. Trata-se de delito que possui forma qualificadora, deliberada em tipo penal distinto de seu tipo base, qual seja o delito de estupro. Para Graziela Nasato, “o estupro de vulnerável é um crime comum e de forma livre, cujo elemento subjetivo do tipo é o dolo, não se admitindo a forma culposa, porém, que admite tentativa, em que pese, de difícil comprovação”¹³.

3 DAS PROVAS NOS CRIMES SEXUAIS

Para haver a condenação do sujeito praticante do crime contra a dignidade sexual é imprescindível que se comprove a autoria e a materialidade do delito, para que, aplicando-se o direito no caso concreto, o magistrado avalie as provas, e ao final da instrução, julgue a ação procedente ou improcedente¹⁴.

Nessa linha, é importante observar que o crime sexual em comento, estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal, pode ser comprovado por documentos, os quais, segundo Greco Filho, tomam a definição de “todo objeto ou coisa do qual, em virtude de linguagem simbólica, se pode extrair a existência de um fato”¹⁵. Assim, pode-se utilizar como exemplos fotos, vídeos e laudos psicológicos, todavia não podemos deixar de referir que nem sempre os documentos existirão,

11 Idem. Ibidem.

12 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. IV.** 8 ed rev amp at. São Paulo: Saraiva, 2014, p.102.

13 NASATO, Graziela. **Crimes contra a dignidade sexual: Alterações trazidas pela lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Revista Jurídica – CCJ/FURB ISSN 1982, v.14, nº 27, p.60.

14 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 228.

15 Idem, p.253.

pois na maioria dos delitos de natureza sexual inexistem provas cabais de demonstrar a inocência ou a culpabilidade do acusado.

Outro meio de prova também é a prova testemunhal, contudo, sua existência não é algo comum, já que esses delitos são praticados clandestinamente na maioria das vezes¹⁶. *Dessa forma, já que ocorrem longe dos olhos de outros, são raras as ocasiões em que há abundância de provas para a condenação do acusado*¹⁷.

Outrossim, a prática delitiva também pode ser comprovada através de exame de corpo de delito e, finalmente, pela declaração da vítima que pode estar lastreada ou não por laudo psicológico. Norberto Avena entende que o exame de corpo de delito:

Compreende-se a perícia destinada à comprovação da materialidade da infração que deixa vestígio [...] Tal conceituação decorre da exegese do art. 158 do Código de Processo Penal que dispõem que 'quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado'¹⁸.

Portanto, a inobservância do referido dispositivo legal acarretará nulidade processual. Ademais, deve ser observado o art. 167 do Código de Processo Penal, o qual traz uma ressalva quanto à dispensabilidade do exame pericial, reparemos que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”¹⁹.

Nos crimes sexuais, existe a possibilidade de haver a comprovação da materialidade delitiva por meio de exames periciais, quais sejam: Exame de Conjunção Carnal, Exame de Ato Libidinoso e Exame de Pesquisa de Espermatozoides, além do Exame de Lesão Corporal, utilizado geralmente para caracterização do emprego de violência, para alcançar o constrangimento inerente ao crime de estupro²⁰.

O exame de conjunção carnal busca a constatação da prática de conjunção carnal ou tentativa. Neste exame, os peritos devem dispor de um cuidado excessivo com o pudor da paciente, sempre explicando o procedimento com detalhes técnicos e sua finalidade, solicitando sua autorização para proceder com o mesmo. Ainda, o

16 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.38.

17 Idem, p.142.

18 AVENA, Norberto. **Processo Penal**: versão universitária. São Paulo: Método, 2009. p.267.

19 LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 567.

20 FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 10. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Livro digital (E-pub). p. 620 et seq

exame objetiva evidenciar através da tração e distensão das formações labiais a existência de roturas no hímen, no caso de mulheres virgens, e vestígios de prática sexual, em mulheres que não são mais virgens ou que possuam o hímen complacente, tais como: fissuras, lacerações, hematomas e outras lesões na região vulvar, vestibular, fúrcula, pesquisa de espermatozoides na cavidade vaginal e a pesquisa de outros vestígios tais como pelos pubianos, líquido espermático, etc²¹.

Ademais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui o mesmo entendimento:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO. [...]. **A conduta de constranger a ofendida a manter cópula vaginal pode não deixar sinais passíveis de constatação por meio de exame médico pericial. Inclusive o decurso de tempo entre o evento e a submissão da mesma à dita análise clínica pode contribuir para o desaparecimento de indicativos passíveis de aferição técnica. Logo, torna-se dispensável que a ocorrência de delito sexual venha comprovada exclusivamente por laudo médico, podendo-se concluir pela sua existência por outros meios, em especial a palavra da vítima. [...]**²².

Nesse sentido, quanto à insuficiência dos exames periciais para provar a materialidade de abusos sexuais, o melhor ensinamento, na maioria dos casos, é de Furniss, o qual refere:

A prova Forense e a evidência médica estão disponíveis apenas em uma minoria dos casos [...] Os profissionais terão de conviver com o fato de que também no futuro a maioria dos casos não terá evidência médica conclusiva de abuso sexual. Por exemplo, um grave abuso oral prolongado pode não ser medicamente detectável. Mas até mesmo uma clara evidência médica de abuso sexual muitas vezes ainda não constitui prova forense no que se refere à pessoa que cometeu o abuso²³.

Além do mais, em se tratando de crimes executados às ocultas, como já referido, torna-se quase impossível haver a comprovação da materialidade delitiva, tanto que não são raras as vezes em que há apenas a palavra da vítima contra a palavra do acusado, de forma que cabe ao operador do Direito atribuir valoração diferenciada aos depoimentos das vítimas. Outrossim, deve delimitar e extrair o grau de confiabilidade da palavra da vítima, que bate de encontro às declarações

21 FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 10. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Livro digital (E-pub). p. 620 et seq

22 BRASIL. **Apelação Crime Nº 70050498823, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 29/04/2014. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 09/05/2014. Disponível em: < www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 11 nov. 2017.

23 FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança**: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e Intervenção legal integrados. Porto Alegre, Artes Médicas, 1993. p.29.

prestadas pelo acusado²⁴, o que se explanará mais especificadamente em seguida, adentrando-se no caso concreto.

Conforme já exposto, os delitos dessa natureza geralmente ocorrem em lugares ocultos, *qui clam committit solent*²⁵, que se cometem longe dos olhares de testemunhas, totalmente contrário ao que ocorre nos demais crimes. Logo, a palavra da vítima assume uma relevância muito grande no intento probatório e, se sua valoração não for diferenciada, o sujeito ativo do delito se beneficiará pela própria natureza clandestina de seu ato.

No caso de exame de ato libidinoso, busca-se avaliar a existência de prática sexual no coito anal, prática mais comum nesse exame. Os peritos buscam vestígios como fissuras na mucosa anal, hematomas, ademas, feridas, etc.

É considerada como ato libidinoso também a cópula oral. Nesse ato, o perito pesquisará espermatozoides na cavidade oral, pelos pubianos e outros vestígios, utilizando de máxima cautela, seguindo os mesmos passos do exame de conjunção carnal²⁶.

Existem outras práticas libidinosas que também são objetos de perícia, que são as práticas masturbatórias, nas quais os vestígios geralmente não são encontrados. Contudo, a prática libidinoso não pode ser considerada apenas nesses atos, pois podem ocorrer outros de acordo com cada caso e estes serão objetos de investigação na perícia²⁷.

O exame de Lesão Corporal ou de corpo de delito (*Corpus Delicti*) busca a verificação de todos os elementos sensíveis e passíveis de exame que cercam o delito ou que com ele possua algum tipo de relação, ou seja, prova que existiu o fato típico e sua autoria²⁸. O principal objetivo do exame é buscar a verificação de lesões (silenciamento, imobilização, arrasto e trauma), em zona erógenas, de espermas em roupas, pele, períneo, vulva e região perianal, ou seja, lesões decorrentes da conjunção carnal e de atos libidinosos²⁹.

24 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.44.

25 Crime cometido sob o véu da clandestinidade.

26 FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 10. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Livro digital (E-pub). p. 620 et seq.

27 Idem. Ibidem.

28 REIS, Jair Neves dos. **Investigação Médico-Legal de Crimes Sexuais**. Núcleo de Perícias Médico-Legais- RP. p.18 et seq. Disponível em: < <http://www.enfcor.com.br/docs/2016/09/D15-13.pdf> >. Acesso em: 10 nov. 2017.

29 Idem. Ibidem.

Porém, são raras as vezes em que a materialidade do delito sexual consegue ser comprovada, mesmo com a realização de todos os exames supramencionados, pois a prática destes atos delitivos não deixa vestígios na grande maioria dos casos³⁰, seja pelo decurso do tempo, por peculiaridades pessoais e físicas da vítima, pela própria característica do abuso praticado ou por talvez nem terem ocorrido.

Nesse sentido, para exemplificação, refere-se que o ato de tocar nas partes íntimas da vítima não deixa vestígios constatáveis através de perícia, considerando-se assim como ato libidinoso; bem como a prática de conjunção carnal com vítima que já não é mais virgem ou que possua o hímen complacente, ou seja, aquele que, pela elasticidade de sua membrana e amplitude de seu óstio na prática da conjunção carnal não se rompe³¹, além de que decorrido determinado lapso temporal, não seria possível de haver a constatação por perícia. Segundo Tourinho Filho, a palavra da ofendida possui o seguinte conceito:

Nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da ofendida constitui o vértice de todas as provas. Na verdade, se assim não fosse, dificilmente alguém seria condenado como corruptor, estuprador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem³².

Nesse sentido, destaca-se o fato de que, embora a materialidade delitiva do acusado seja comprovada através de exame médico legal, é inevitável não ter que recorrer à palavra da vítima. É fundamental fazermos menção de que há casos em que crimes sexuais são imputados a pessoas inocentes, como forma de se buscar justiça, vingança pessoal, até mesmo para obter vantagens, bem como em decorrência de casos em que há uma desordem psíquica por parte da vítima.

Assim, para que se possam evitar erros judiciais e atenuar consequências de outros erros já cometidos, nascem movimentos que possuem a finalidade de auxiliar os condenados definitivos a obterem revisão dos julgados, como por exemplo o caso do “Innocence Project”.

Contudo, ainda que seja possível a ocorrência de erros judiciais, mesmo que inadmissíveis e altamente indesejáveis, estes constituem uma pequena parcela se comparados com os acertos nas decisões judiciais fundadas na palavra da vítima.

30 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.38.

31 BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina legal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 79.

32 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.336.

Indiscutível é a necessidade de se atribuir importante valor à palavra da vítima, especialmente neste tipo de delito, no qual não se mostra naturalmente robusto o material probatório colhido³³. Neste sentido, a jurisprudência e a doutrina se mostram pacificadas. No melhor ensinamento está Avena:

Embora a palavra do ofendido deva ser considerada com reservas, exigindo-se que seja sempre confrontada com os demais elementos de prova existentes nos autos, não se pode deixar de reconhecer que em alguns casos, possui alto valor, como nas hipóteses de crimes contra os costumes (atualmente contra a dignidade sexual), os quais, cometidos na clandestinidade não apresentam testemunhas. Neste sentido, é pacificada a jurisprudência³⁴.

Dessa forma, embora a palavra da vítima seja considerada como elemento probatório, ela não deveria ser considerada prova, pois, sem outros elementos existentes nos autos, fica difícil se obter a certeza de que o ato foi praticado e por quem foi praticado.

3.1 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

A palavra ônus está associada a um dever ou uma obrigação. No aspecto jurídico, o ônus é um imperativo do próprio interesse, ou seja, uma espécie de prerrogativa. Trata-se de um posicionamento jurídico ativo em relação ao qual não existe posição contrária ou contraproposta e tampouco sanção em caso de não ser cumprido pelo titular da obrigação. Esse encargo apenas poderá ser desincumbido pelo próprio sujeito ativo³⁵.

Contudo, há uma diferença entre obrigação e ônus, qual seja, a obrigatoriedade. Na obrigação, a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei; no ônus, o adimplemento é facultativo, não havendo sanção ou tampouco existe violação de lei, de modo que o não cumprimento não significa atuação contrária às normas do Direito³⁶. Com base nisso, o art. 156 do Código de Processo Penal traz a regra do ônus da prova.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei n. 11.690, de 2008)

33 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. – 9.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro digital (E-pub). p.391-392.

34 Idem. **Processo Penal**: versão universitária. São Paulo: Método, 2009. p.299.

35 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal** – 1. ed. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003. p.175-178.

36 CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.396.

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei n. 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei n. 11.690, de 2008)³⁷

Diante dessa regra, discute-se qual é o ônus da prova da acusação e da defesa no processo penal. A respeito de tal questionamento, é necessário informar que existem duas correntes: uma primeira (majoritária), que trabalha com uma efetiva distribuição do ônus da prova entre a defesa e a acusação no processo penal; e uma segunda, que aponta o ônus da prova como exclusivamente da acusação no processo penal³⁸.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor³⁹.

Para Fernando Capez, “a prova é indubitavelmente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar a sua convicção”⁴⁰. Nesse sentido, Norberto Avena refere que:

Portanto, a prova cabe àquele que afirma determinado ato, fato ou circunstância, seja a acusação ou a defesa, não sendo verdade que somente o autor da ação penal tenha esta incumbência. Tudo dependerá da natureza da alegação. Neste contexto, à **acusação** caberá provar a existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. Já à **defesa**, por outro lado, incumbirá a prova de eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes e privilegiadoras que tenha alegado⁴¹.

Desta forma, ao autor cabe provar o(s) fato(s) constitutivo(s) de seu direito, pois incumbe ao réu provar eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que o autor alega ser possuidor, o que se denominou de aspecto subjetivo

37 BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 03 de outubro 1941. **Código Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm >. Acesso em: 12 dez. 2017.

38 LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 525.

39 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março 2015. **Código Processo civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 11 dez. 2017.

40 CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.397.

41 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. – 9.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro digital (E-pub). p.321.

do ônus da prova, o qual possui menor importância em virtude do princípio da comunhão da prova⁴².

Ainda que ocorra o ônus probatório nos termos supramencionados, podem existir dúvidas no momento de ocorrer o julgamento, ou seja, ainda que haja toda a produção de provas e alegações das partes, o magistrado poderá não ter plena convicção ao proferir uma sentença condenatória ou absolutória⁴³.

Assim, é defeso ao magistrado pronunciar sua sentença com base no princípio *non liquet*⁴⁴, devendo utilizar-se das regras de distribuição do ônus da prova, tais regras devem ser vistas como “*regra de julgamento*”. Portanto, em caso de não haver dúvida, o julgador deve sentenciar. É o aspecto objetivo do ônus da prova⁴⁵.

Portanto, em regra, o réu não alega nenhum fato, apenas deverá opor-se à pretensão ministerial ou do querelante, pois é presumidamente inocente e a dúvida o socorre, sendo a absolvição a medida mais justa que se impõe com base no princípio do *in dubio pro reo*⁴⁶.

3.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE

No decorrer do período inquisitório medieval, quando havia dúvida gerada pela insuficiência de provas, existia uma sistemática processual penal, na qual era proferido um juízo de semicondenação e semiculpaabilidade em desfavor do acusado, sendo que a dúvida equivaleria a uma semiprova e admitia uma semicondenação, desde que uma pena leve⁴⁷.

No final do século XVIII, os ideais iluministas inspiraram a Europa Continental a insurgir contra o sistema penal inquisitório vigente, visando a trazer proteção ao cidadão contra o arbítrio do Estado, já que o acusado era consideradamente

42 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal** – 1. ed. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003. p.403-405.

43LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 525.

44 Idem, p. 524.

45 MIRZA, Flávio. **Processo Justo: O Ônus da Prova à luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do In Dubio Pro Reo**. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-o-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-in-dubio-pro-reo> >. Acesso em: 12 dez. 2017

46 SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional: Pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 17.

47 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 177.

culpado, sendo privado de toda e qualquer garantia⁴⁸. Logo, o acusado possuía um tratamento igual a um objeto, e não como pessoa humana, pois ele possuía o ônus de provar que não era culpado, ou seja, ele que deveria afastar as provas em contrário ante a presunção de culpabilidade que estava sobre si⁴⁹.

Em sua época, o autor Cesare Beccaria já referia que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”⁵⁰. O autor ainda ressalta que enquanto existirem dúvidas referentes a sua culpabilidade e inocência, o poder conferido ao juiz para aplicar a pena a uma pessoa consiste em um direito de força⁵¹.

Assim, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu-se o marco principal da garantia à presunção da inocência⁵². O artigo 9º dessa Declaração prevê que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”⁵³.

O princípio da presunção de inocência foi previsto no Pacto de São José da Costa Rica. Assim, foi introduzido no ordenamento jurídico do Brasil, através do Decreto Federal nº 678/92, bem como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Cabe mencionar que o princípio da presunção de inocência está previsto também no tratado de Roma, o qual institui o Tribunal Penal Internacional⁵⁴ em seu artigo 66, que refere:

Artigo 66 Presunção de Inocência

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável⁵⁵.

48 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23-24.

49 SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. Op. Cit. p. 16.

50 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. p. 50.

51 Idem. Ibidem.

52 RANGEL, Paulo. Loc. Cit.

53 FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: < http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos_homem_cidadao.pdf >. Acesso em: 18 dez. 2017.

54 SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional: Pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 16.

55 ROMA. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm >. Acesso em: 03 jan. 2018.

Determinado princípio encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa Brasileira e no Decreto nº 4388, de 25 de Setembro de 2002, o qual promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Este prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁵⁶.

Para José Afonso da Silva, o referido enunciado da Constituição Federal Brasileira é negativo e universal, pois utiliza-se de uma forma negativa para delegar a garantia positiva ao princípio da presunção de inocência. Ainda, o autor refere que o acusado é considerado presumidamente inocente até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que ocorre no momento em que não cabe mais recurso da referida decisão⁵⁷.

Vale destacar que o fundamento para tratar o acusado com dignidade e respeito à sua liberdade de locomoção encontra-se na aplicação dos postulados do sistema acusatório, o qual representa um antagonismo ao sistema inquisitório vigente no período medieval⁵⁸.

Nessa perspectiva, o Magistrado Alexandre de Moraes da Rosa refere que “a presunção de inocência deve ser colocada como o significante primeiro, pelo qual, independente de prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do acusador”⁵⁹. Assim, para que exista a adoção de medidas coercitivas pessoais contra o acusado no decorrer do processo, estas deverão ser extraordinariamente necessárias e revestidas de caráter cautelar⁶⁰.

A Lei nº 12.403/11 estabeleceu que somente poderá ser decretada a custódia preventiva nos casos em que não sejam cabíveis a substituição por outras medidas cautelares, assim, merece ser analisada pelo magistrado a possibilidade de substituição por outras medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.⁶¹

56 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 03 jan. 2018.

57 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 158.

58 SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional: Pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 16.

59 ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 100.

60 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 24.

61 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 48.

Por sua vez, o caráter probatório possui fundo probante que impõe o ônus processual de demonstrar a credibilidade das alegações feitas na peça inicial acusatória. Dessa forma, o ônus processual recai totalmente sobre o acusador. Nos casos em que o acusador não consegue provar a prática delitiva, deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*⁶².

Assim, existindo dúvida quanto à autoria delitiva, o acusado é inocente devendo ser absolvido pelo Magistrado conforme previsão do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal⁶³. A regra mencionada pode ser considerada como um reflexo do sistema acusatório, bem como do princípio da ampla defesa, pois não é obrigação do acusado provar a sua inocência, mas, sim, do acusador que necessita provar a sua culpabilidade⁶⁴.

4 A CREDIBILIDADE DA PALAVRA DA VÍTIMA NO CRIME

A materialidade delitiva ou a culpabilidade do agente pode ser comprovada com alguns exames periciais tais como: Exame de Conjunção Carnal, Exame de Ato Libidinoso e Exame de Pesquisa de Espermatozoides, além do Exame de Lesão Corporal e outros, conforme anteriormente citado.

Nélson Hungria reflete sobre as limitações periciais de sua época, referindo que os vestígios os quais apresentam indícios da violência ou da cópula são alheios à prova de autoria, pois tratam-se de prova de materialidade do crime⁶⁵. Contudo, mesmo com o avanço da medicina e sendo possível colher material genético do acusado, a polícia judiciária brasileira, infelizmente, em regra, possui restrições técnicas⁶⁶. Pois, para comparar o material genético contido nos vestígios do crime, tais como espermatozoides e pelos, o acusado não será obrigado a realizar os exames laboratoriais, mesmo que tenha sido pego em flagrante, devido ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo⁶⁷.

62 SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional: Pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 16.

63 LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1050.

64 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

65 HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**, v. VIII. São Paulo: Revista Forense, 1959. p.167.

66 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.471.

67 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10. ed. – São

Assim, a prova testemunhal acaba se tornando, na maioria das vezes, o principal meio de prova no processo penal. Embora a imensa fragilidade e pouca credibilidade que possui ou deveria possuir, a prova testemunhal acaba por ser a fundamentação da maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas pelos magistrados⁶⁸. Uma vez que a recusa do acusado na realização do exame, junto com a prova testemunhal colhida e demais provas, poderá formar a convicção do magistrado, conforme determina o art. 155 do Código de Processo Penal. Observemos:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas⁶⁹.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico) não é necessário para obter a conclusão da autoria delitiva do crime de estupro, mas constitui importante meio probatório. Na realidade esse exame poderá também servir de instrumento para a comprovação da negativa de autoria⁷⁰.

Ainda que constitua importante meio probatório não poderá ser considerado suficiente para a comprovação de autoria delitiva. Uma vez que, o juiz deverá formar a sua convicção de acordo com o art. 167 do Código de Processo Penal Brasileiro, o qual refere que “não sendo possível o exame de corpo de delito por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”⁷¹. Já para Fernando Capez, a palavra da vítima deve estar corroborada por demais elementos probatórios. Vejamos:

Via de regra, a palavra da vítima tem valor probatório relativo, devendo ser aceita com reservas. Contudo, nos crimes praticados às ocultas, sem a presença de testemunhas, como nos delitos contra a dignidade sexual, a palavra da vítima, desde que corroborada pelos demais elementos probatórios, deve ser aceita⁷².

Paulo: Saraiva, 2012. p.47.

68 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.471.

69 LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 463.

70 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.48.

71 LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.* p. 567.

72 CAPEZ, *Op. Cit.* p.48.

Por sua vez, a lição de Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha é no sentido de que:

Nos delitos contra os costumes, a palavra da ofendida avulta em importância, principalmente quando se trata de pessoa recatada, de bons costumes, de vida anterior honesta e ilibada, recatada, e acima de suspeitas. Nessas condições, é muito evidente que suas declarações, apontando o autor do crime que lhe vitimou, assumem caráter extraordinário, frente às demais provas. Não seria razoável e nem é comum que a pessoa com essas qualidades viesse a juízo cometer perjúrio, acusando um inocente de lhe haver constrangido à conjunção carnal ou a ato libidinoso outro qualquer. Por isso, sua palavra, enquanto não desacreditada por outros meios de prova, digamos, vale como bom elemento de convicção⁷³.

É de extrema relevância mencionar que nos delitos contra a dignidade sexuais praticadas contra vulneráveis a palavra do ofendido vulnerável possui também importante valor probatório, desde que encontre-se corroborada pelos demais elementos probatórios⁷⁴.

Nessa perspectiva, cita-se parte da fundamentação do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo-SP, na apelação criminal nº 0007568-23.2005.8.26.0348 da Comarca de Mauá:

[...] Como é sabido, os crimes sexuais, via de regra, ocorrem em locais vedados a testemunhas, pois o autor, degenerado quando assim age, procura não se expor à execração, procurando assim evitar que seja descoberto. São condutas criminosas que ocorrem na clandestinidade e se são harmônicos os relatos da vítima, há que se crer no que narra. A jurisprudência, a respeito do tema, é remansosa (RT 777/602; RJTJERGS 194/70; RT 601/305; RJTJSP 180/306; RT 604/425, 663/285, 665/266, 712/399, 727/462; RJTJSP 148/103, 151/267, 176/141, 184/115). Além disso, segundo julgados, **“o depoimento infantil tem valor probatório, principalmente quando a criança narra fato de simples percepção visual e de fácil compreensão, fazendo-o com pureza. E o convencimento aumenta quando ele é confortado pelo conjunto probatório”** (TACRIM-SP AP Rel. Penteado Navarro RT 709/330 e também nesse mesmo sentido RT396/102, 157/619, 161/53, 170/102, 450/89, 436/329, 442/377, 470/335, 546/347,553/362, 560/363, 604/425 e 652/276, bem como RJDTACRIM-SP 13/67) [...]”⁷⁵.

A prova testemunhal produz uma narração dos fatos, porém, isso não significa que a vítima proferirá a verdade, mas o pressuposto é de que narrará a história de

73 ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1999. p. 355.

74 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.48.

75 BRASIL. TJ-SP – **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0007568-23.2005.8.26.0348**, Relator: DES. Cardoso Perpétuo, Data do Julgamento: 09/09/2017, SP. Disponível em: < <https://www.tjsp.jus.br/> >. Acesso em: 06 maio. 2018.

acordo com a percepção da parte que lhes indicou, ou seja, existe a possibilidade de a vítima relatar apenas o que a acusação achar conveniente⁷⁶. Nesse sentido, Jorge Trindade refere que:

[...] existem alguns critérios comuns que devem ser obedecidos e aplicados na coleta de informações das testemunhas, dentre eles, cabe referir: 1. a proibição de perguntas que induzem a resposta (*leading questions*); 2. a proibição de expressar opiniões meramente pessoais; 3. a proibição de testemunhar aquilo que se ouviu dizer de outrem acerca da afirmação sobre o fato (*hearsay*)⁷⁷.

Assim, podemos referir que a prova testemunhal é o meio mais utilizado como prova no processo penal brasileiro, principalmente no crime de estupro. Podendo ser, ao mesmo tempo, o meio de prova mais perigoso, manipulável e pouco confiável, já que, frequentemente, não existem vestígios⁷⁸.

Em razão de nem sempre ser fácil perceber quando uma pergunta está sendo apresentada com um viés indutivo, é difícil constatar o ponto exato que diferencia a opinião de um fato, bem como identificar até onde a afirmação é genuinamente própria ou já se constitui uma “falsa memória”, que foi implantada pela versão de um terceiro e assumida como se fosse verdadeira⁷⁹.

5 A MEMÓRIA E AS FALSAS MEMÓRIAS

5.1 A MEMÓRIA

Para podermos abordar detalhadamente o problema das falsas memórias, que abrange a credibilidade da palavra da vítima, cabe efetuarmos algumas considerações acerca do funcionamento da memória.

A memória possui essa definição pela finalidade de reter as ideias, impressões, lembranças, conhecimentos adquiridos e à reminiscência. Robert J. Sternberg conceitua a memória como “o meio pelo qual você recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; refere-se a um

76 TRINDADE, Jorge. **Manual da Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 8. ed. rev. Atual, e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2017. p.348.

77 Idem. *Ibidem*.

78 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.486.

79 TRINDADE, Jorge. *Loc. Cit.*

processo de mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação⁸⁰.

Como diversos processos são julgados com base apenas na prova testemunhal, embora esta seja utilizada na seara processual penal, é, sem dúvida, a mais frágil das provas, porque depende da recordação dos fatos⁸¹.

Por vezes, o cérebro ao reter e conservar uma memória, acaba modificando a realidade percebida⁸², o que demonstra o risco ao qual é exposto o processo e, principalmente, o suposto autor do delito. Ocorrem erros judiciais pelo fato de alguns operadores do Direito desconhecerem as vulnerabilidades e limitações às quais se sujeita a cognição⁸³. Robert J. Sternberg refere o conceito de cognição como:

A cognição consiste no conjunto de atividades mentais inerentes às relações humanas e a tudo o que as cerca, com a percepção de um estímulo, a resolução de um problema ou a tomada de decisão. Nesse contexto, a Psicologia Cognitiva atua enquanto ramo da Psicologia que estuda a cognição, ou seja, o modo pelo qual as pessoas percebem, aprendem, recordam e pensam a informação⁸⁴.

Sob este ângulo, ensina Cristina Di Gesu:

No processo penal, através da atividade recognitiva, faz-se uma retrospectiva do passado. E esta retrospectiva é impulsionada pelas partes – em observância ao sistema acusatório –, através de prova, a qual busca reconstruir, no presente, o delito ocorrido no passado. Diante da ausência, na maioria dos casos, de provas técnicas, julga-se com fundamento naquilo que foi dito pelas vítimas e testemunhas, as quais se valem da memória. Daí a imprescindibilidade do estudo desta⁸⁵.

Pode-se dizer que a memória encontra-se na origem de qualquer ato cognitivo e que a perda desta leva à perda do próprio indivíduo, ou seja, de sua identidade, uma vez que utilizamos a memória permanentemente. Assim, “somos o que somos em grande parte porque aprendemos e lembramos”⁸⁶.

Segundo Iván Izquierdo, “a memória é a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações e [...] o acervo de nossas memórias faz com que cada um de nós seja o que é, [...] um ser para o qual não existe outro

80 STERNBERG, R. J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000. p.204.

81 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p. 110.

82 OLIVEIRA, Alcyr Alves. Et. al. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. p. 166.

83 TRINDADE, Jorge. **Manual da Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 8. ed. rev. Atual, e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2017. p.348.

84 STERNBERG, Robert J.. **Psicologia cognitiva**. São Paulo: CENGAGE, 2012. p.46.

85 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p.81.

86 SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R.. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A.. Porto Alegre: Artmed, 2003. p.14.

idêntico⁸⁷. Portanto, a memória refere-se ao conjunto de mecanismos psíquicos responsáveis pelo armazenamento de todas as experiências vividas e as informações obtidas, possibilitando sua fixação, retenção e, posteriormente, evocação⁸⁸.

O processo mnemônico abrange múltiplos mecanismos de recuperação de experiências e arquivos, de modo que, ela pode parecer fixa e inamovível⁸⁹, contudo, pode ocorrer de ela ser criada, modificada e até ocorre de se perder ao longo do tempo⁹⁰. Logo, pode-se perceber que “a memória é o processo pelo qual aquilo que é aprendido persiste ao longo do tempo. Nesse sentido, o aprendizado e a memória estão conectados de forma inextricável”⁹¹.

5.1.1 CLASSES DE MEMÓRIAS

A Psicologia trabalha com diversos tipos de classes de memórias, bem como traça pontos divergentes em suas teorias. Em análise aos tipos de memórias, podemos observar que três chamam a atenção para esta dissertação; a memória de trabalho, a memória de curto prazo e a memória de longo prazo⁹².

Assim, passaremos a analisar esses três tipos de memórias, com base nos conceitos abrangidos pela Psicologia, para tecer de forma melhor o capítulo das falsas memórias.

A memória funcional, conhecida como memória de trabalho, trata-se do tipo de memória que exerce a função de base à capacidade de preservar as informações durante a realização de tarefas que exijam uma determinada complexidade⁹³. Paulo Dalgallarrondo refere que:

Esse tipo de memória diz respeito a um amplo conjunto de habilidades que permite manter e manipular informações novas (acessando-as em face às antigas). Tais informações (verbais ou visuoespaciais) são mantidas ativas (on-line), geralmente por curto período (poucos segundos até, no máximo, 1

87 IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 09.

88 DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 137.

89 SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R.. Loc. Cit.

90 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.486.

91 DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 137.

92 Idem. *Ibidem*.

93 Idem, p. 141.

a 3 minutos), a fim de serem manipuladas, com o objetivo de selecionar um plano de ação e realizar determinada tarefa⁹⁴.

Para Paulo Dalgalarrodo, a memória de trabalho também é vista como um gerenciador da memória, cuja função não é apenas formar arquivos, e sim selecionar e analisar as informações para compará-las com as já existentes, de curta ou de longa duração⁹⁵.

Dessa maneira, a memória funcional ajuda na recordação das informações visuais e visuoespaciais, além de coordenar as atividades cognitivas permanentes e planejar estratégias. Assim, em síntese, trata da lembrança breve e fugaz, que gerencia a realidade e determina o contexto onde ocorrem os fatos.

A Memória a Curto Prazo, também conhecida como memória de curta duração, é responsável pelo processamento e permanência da informação de modo temporário, de poucos minutos até 3 (três) a 6 (seis) horas⁹⁶. Allan Baddeley e outros a definem como a “retenção temporária de pequenas quantidades de material por breves períodos de tempo”⁹⁷. Portanto, consiste, resumidamente, na captação de pouca informação ao longo de poucos segundos e acopla-se ao raciocínio, à compreensão e à aprendizagem.

Ademais, cabe destacar que o mecanismo cognitivo responsável pela memória de curto prazo está dentro de um sistema maior, o sistema de memória funcional. Neste caso, Baddeley refere-se ao teste de extensão de dígitos de um aparelho celular, que é utilizado para refletir a memória de curto prazo e determinar a capacidade mental, na medida em que tarefas de mais complexidade de raciocínio refletem a extensão da memória funcional, que exige, concomitantemente, armazenamento e processamento⁹⁸.

A Memória remota, ou memória de longa duração, é aquela que permite o armazenamento da informação processada por longo período de tempo, ou seja, consiste no conjunto de dados que o indivíduo sabe e lembra. Ela dura de meses até muitos anos⁹⁹. Paulo Dalgalarrodo refere que esse tipo de memória “é a capacidade de evocação de informações e acontecimentos ocorridos no passado, geralmente

94 Idem, p. 141.

95 DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 142.

96 Idem, p. 139.

97 BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael, EYSENCK, Michael. **Memória**, Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011. p.21.

98 Idem. *Ibidem*.

99 DALGALARRONDO, Paulo. Op. *Cit.* p. 142.

após muito tempo do evento (pode durar por toda a vida)¹⁰⁰. O processo de fixação de registros na memória é denominado de consolidação. E esta ocorre quando a memória de curto prazo persiste durante o intervalo de tempo necessário para que a memória de longa duração se consolide¹⁰¹.

Carla Cristina Di Gesu demonstra a pertinência do estudo sobre a falsificação da memória no âmbito processual penal, acerca das informações e dos agentes que afetam a consolidação das memórias:

A neurologia destaca a possibilidade de modificação da memória no interregno entre a aquisição e a consolidação, devido à influência de fatores internos e externos, o que nos leva a crer que no intervalo de tempo entre o acontecimento e o relato, seja ele extrajudicial ou judicial, pode também ocorrer alteração da lembrança da testemunha ou vítima. Isso vem a justificar o estudo das Falsas Memórias¹⁰².

Ademais, integram o sistema formado pela memória de longa duração, a memória declarativa ou explícita, e a memória implícita ou não declarativa; sendo esta última a que interessa para o presente trabalho, pois se refere a recordações de fatos, pessoas, conceitos, eventos, faces e ideias¹⁰³.

5.2 AS FALSAS MEMÓRIAS

Agora que, detalhadamente, foram efetuadas algumas considerações a respeito da memória, será abordado o problema das falsas memórias. Este assunto é muito recorrente entre psicólogos e neurocientistas da América do Norte e da Europa. No Brasil, as pesquisas sobre as falsas memórias vêm, nos últimos anos, ganhando espaço principalmente no âmbito forense¹⁰⁴.

Observamos que no ano de 2017, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já absolveu alguns acusados com fundamentação no indício de falsas memórias:

APELO MINISTERIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DA PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO.

100 Idem. Ibidem.

101 BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael, EYSENCK, Michael. **Memória**, Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011. p.21.

102 DI GESU, Carla Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p.86.

103 Idem, p.85.

104 REIS, M. A. B. M. N. **Docentes da Universidade de Lisboa: A memória do testemunho e a influência das emoções na recolha e preservação da Prova 2014**. 124 f. Dissertação (Doutorado em Ciências e Tecnologias da Saúde Especialidade em Desenvolvimento Humano e Social) – Faculdade de Medicina de Lisboa, Lisboa, 2014. p. 118 *et. seq.*

PROVIMENTO NEGADO AO PEDIDO. INDÍCIO DE **FALSAS MEMÓRIAS**. *IN DUBIO PRO REO*. DECISÃO QUE VAI MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS. Recurso desprovido¹⁰⁵.

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. Estupro de vulnerável. Pedido de absolvição por insuficiência de prova. Conjunto probatório insuficiente. Possibilidade de **falsas memórias** em testemunho de menor. Aplicação do *in dubio pro reo*. Parecer ministerial nesse sentido que vai acolhido. APELO PROVIDO¹⁰⁶.

As falsas memórias são, para Aury Lopes Jr., diferentes da mentira, principalmente porque nas falsas memórias as testemunhas creem honestamente no que estão relatando, pois a sugestão é externa ou interna, mas inconsciente. Por sua vez, a mentira é um ato de plena consciência, já que a pessoa possui conhecimento do espaço de criação e manipulação¹⁰⁷.

5.2.1 COMPOSIÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS

Segundo Aury Lopes Jr., a maior autoridade nessa questão das falsas memórias na atualidade é Elizabeth Loftus, pois seu método revolucionou todos os estudos nessa área ao demonstrar a possibilidade de implantação das falsas memórias¹⁰⁸.

Em 1970, foi introduzido, a psicóloga americana introduziu um novo procedimento para análise das falsas memórias, denominado de Sugestão da Falsa Informação, que ocorre em razão da implantação de uma informação falsa junto a uma experiência vivida. Isso produz o chamado efeito *misinformation* (efeito da falsa informação), ou seja, é uma diminuição de reconhecimento verdadeiro e ocorre um aumento significativo dos dados falsos¹⁰⁹.

Para Cristina Di Gesu, a perspectiva defendida por Loftus é ampliada por Stein e Pergher, os quais sustentam que “há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de forma dirigida, quanto

105 BRASIL. **Apelação Crime Nº 70071689194, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 18/12/2017. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 19/01/2018. Disponível em: < www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 29 jan. 2018.

106 BRASIL. **Apelação Crime Nº 70074853136, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 18/12/2017. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 19/01/2018. Disponível em: < www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 29 jan. 2018.

107 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.485.

108 Idem. p.486.

109 SILVA, André do Eirado; et.al.. **Memória e Alteridade: O Problema das Falsas Lembranças**. In: Revista Mnemosine, v. 2, n.2, jan. 2006. p. 77.

espontaneamente, sem que haja sugestibilidade externa¹¹⁰. Assim, a seguinte tese é reforçada com base em torno da existência de falsas memórias sugeridas e de falsas memórias espontâneas.

As falsas memórias, resumidamente, surgem quando há instigação de terceiros ou quando existe recriação do próprio indivíduo. Os mecanismos de aquisição, retenção ou recuperação da memória erram, induzindo o sujeito ao erro¹¹¹. As pesquisas apontam que as crianças e as pessoas que viveram experiências traumáticas são mais suscetíveis às falsificações das memórias, já que naquelas existe tendência infantil de corresponder às expectativas do adulto entrevistador, e nestas, a existência de uma imbricada relação entre emoção e memória¹¹².

No que tange ao armazenamento de informações provenientes de eventos traumáticos, Iván Izquierdo refere que os detalhes são esquecidos com o passar do tempo e que, quando a lembrança de um dado fato é lembrada, surgem apenas os detalhes emocionais, repletos de subjetivismo¹¹³. Cabe relatar que as falsas memórias não podem se confundir com a mentira, e Lilian Stein, cautelosamente, em suas palavras adverte:

As Falsas Memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras pelo fato de as Falsas Memórias serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou de eventos que não ocorreram na realidade. As FM são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória¹¹⁴.

Além disso, uma informação falsa tem o potencial de gerar uma memória que não é verdadeira, afetando a recordação, e isso pode ocorrer quando a pessoa é interrogada sugestivamente, quando lê ou assiste a várias notícias sobre um evento do qual tenha participado ou vivenciado¹¹⁵. Percebe-se que as falsas memórias se constituem como um fenômeno do funcionamento normal da memória humana, a qual atribui à lembrança de eventos específicos como se tivessem ocorrido, quando

110 DI GESU, Carla Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p.107.

111 SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A. Porto Alegre: Artmed, 2003. p. 98.

112 GAUER, Gustavo. In: OLIVEIRA, Alcyr Alves. Et. al. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. p. 178-179.

113 IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006. p.09.

114 STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010. p. 22.

115 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.486.

de fato não ocorreram. Posto isso, Lilian Stein destaca que “a Falsa Memória, sugerida ou espontânea, é um fenômeno de base mnemônica, ou seja, uma lembrança, e não de base social, como uma mentira ou simulação por pressão social”¹¹⁶.

5.2.2 CLASSES DAS FALSAS MEMÓRIAS

A falsificação da memória acontece em razão de uma distorção endógena ou de uma falsa informação recebida pelo ambiente externo. As falsas memórias podem ter origem de duas maneiras diferentes: de forma espontânea e de forma implantada ou sugerida¹¹⁷. Nesse viés, Osnilda Pisa ressalta o citado por Aury Lopes Jr. apontando que:

A memória não funciona como uma filmadora, que grava a imagem e pode ser revistas várias vezes. Cada vez que recordamos, interpretamos e agregamos ou suprimimos dados. Daí por que, na recuperação da memória de um evento, distorções endógenas ou exógenas se produzirão. As falsas memórias podem ser espontâneas ou autossugeridas, ou ainda, resultado de sugestão externa (acidental ou deliberada). Sempre recordando que a distorção consciente conduz à mentira. As falsas memórias não são dominadas pelo agente e podem decorrer até mesmo de uma interpretação errada de um acontecimento¹¹⁸.

Destaca-se que as falsas memórias Espontâneas são formadas internamente sem haver autossugestão, como consequência do processo normal de percepção do evento. Por sua vez, as falsas memórias sugeridas ou implantadas são aquelas que originam-se de uma sugestão externa ao indivíduo, tendo caráter intencional ou não, do qual seu conteúdo não faz parte do evento experienciado, no entanto possui aspectos coerentes com o acontecimento¹¹⁹.

A partir disso, salienta-se que as falsas memórias Espontâneas ou Autossugeridas consistem no erro de lembrar algo que possui coerência com o que foi vivido, mas que, na verdade, não existiu¹²⁰. Portanto, durante a colheita do depoimento da vítima, a sugestibilidade apresenta-se como um risco nada

116 STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010. p. 27.

117 ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Docentes da UFU: Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. 2007. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia 2007. p. 46.

118 PISA, 2006, p. 15 *et seq.*, *apud*, LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 490.

119 ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. *Loc. Cit.*

120 Idem, p. 54.

incomum e que conduz, na maioria das vezes, à resposta incoerente com a realidade.

6 O PROCESSO PENAL E AS FALSAS MEMÓRIAS

Atualmente, o Processo Penal possui contato, constantemente, com as recordações das vítimas devido ao objetivo de se encontrar prova capaz de determinar a prática de um delito. Portanto, é necessário que se possua conhecimento do fenômeno das falsas memórias para, só então, preparar-se para a possibilidade de enfrentá-lo em causas judiciais¹²¹.

6.1 CONSEQUÊNCIA DA FALSIFICAÇÃO DA MEMÓRIA PARA A PALAVRA DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Partindo das considerações pressupostas apresentadas, principalmente as que foram referidas acerca da credibilidade da palavra da vítima e das falsas memórias, é necessário destacar alguns aspectos fundamentais para a análise a que se propõe este trabalho, qual seja, a credibilidade da palavra da vítima vulnerável nos crimes de estupro, e destacar como ocorre a falsificação da memória, que retira a credibilidade da palavra da vítima. As falsas memórias não intencionais não são simulações que a vítima possui, mas sim representam a verdade, ou seja, a forma como a vítima recorda dos fatos.¹²²

Diante disso, a vítima vulnerável não consegue separar o verdadeiro do falso ou até mesmo é induzida a reformar os fatos em sua memória, sem perceber, pois elas tendem a corresponder às expectativas do adulto entrevistador, como já referido¹²³.

Nessa perspectiva, foi implementada em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 13.341, de 04 de abril de 2017, que entrou em vigor em abril de 2018, a qual aponta caminhos importantes nesse campo, principalmente, no que se refere a especificar o

121 DI GESU, Carla Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p. 127.

122 BARBOSA, Cláudia. **Estudo Experimental sobre Emoção e Falsas Memórias**. 2002. 190f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 26.

123 STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010. p. 37.

depoimento especial (órgãos da Rede de Proteção) e escuta especializada (perante autoridade policial ou judiciária), bem como a sua forma de antecipação judicial em casos com violência sexual¹²⁴. O depoimento especial traz alguns principais objetivos, dentre os quais se destacam a redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha, a valorização de sua palavra, melhoria na produção da prova produzida e garantir a efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa¹²⁵.

Assim, a falsificação da memória acarreta implicações extremamente relevantes no processo, em especial nos depoimentos infantis, devendo ser minuciosamente avaliada a palavra da vítima vulnerável nos casos de estupro, já que se trata de delito praticado às ocultas, bem como muitas das vezes existe a instigação de um terceiro, para que a infante fantasie uma situação a qual nunca existiu.

6.2 MÉTODOS PARA REDUZIR OS DANOS

Embora existam vários estudos em relação ao valor probatório e da fragilidade dos depoimentos dos vulneráveis, poucos oferecem sugestões eficazes do modo como os depoimentos infantis devem ser colhidos. Não existe, efetivamente, uma preocupação por parte dos profissionais responsáveis da investigação preliminar e da instrução processual em relação à Psicologia do Testemunho. Todavia, cabe ressaltar que “de nada adianta uma boa aquisição e retenção da memória se houver falha justamente no terceiro momento, isto é, na recuperação da lembrança”¹²⁶

Nesse sentido, foi criada a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, a qual trouxe grande relevância ao Direito da Criança e do Adolescente. Assim, pela primeira vez, o depoimento especial foi expressamente referido em Lei, proporcionando à criança

124 SANTOS, A. R., & COIMBRA, J. C. **O depoimento judicial de crianças e adolescentes entre apoio e inquirição**. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 2017, 37(3), 595-607. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-3703004032016>>. Acesso em: 09 maio 2018. p. 597.

125 FIORIN, Patrícia Lena. **Depoimento Especial de crianças e adolescentes vítimas de violência**. Disponível em: <<http://www.crp09.org.br/portal/images/noticias/2017/IIISEM JURIDICA/PatriciaLenaFlorin.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

126 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p. 168.

e aos adolescentes vítimas de violência o direito de serem ouvidos em locais apropriados e acolhedores.

Logo, embora restem ajustes a serem feitos, aos poucos, o Poder Judiciário tem tentado se adaptar à crescente demanda da revisão dos protocolos judiciais em relação à oitiva de crianças, principalmente, no depoimento acolhedor.

6.2.1 DEPOIMENTO SEM DANO OU DEPOIMENTO ACOLHEDOR

O depoimento sem dano também é conhecido como “depoimento acolhedor”, “depoimento especial” e “depoimento sem medo”. Ele começou a ser implementado nos Juízos da Infância e da Juventude no Brasil no ano de 2011, com a recomendação do Conselho Nacional de Justiça nº 33/2010, publicada em 25 de novembro de 2011¹²⁷.

O depoimento acolhedor baseia-se em retirar o infante ou adolescente da sala de audiência habitual e acomodá-lo em uma sala especialmente preparada para a colheita do depoimento, garantindo o exercício da ampla defesa e do contraditório em se tratando de caso de acusação penal. Santos e Gonçalves referem que a experiência da tomada de depoimento de crianças é uma “[...] nova prática que vem emergindo em vários países do mundo”¹²⁸.

Cabe salientar que a relação interpessoal entre os referidos sujeitos valoriza o fato de que o entrevistado possui algum outro conhecimento em relação ao fato que o entrevistador não tem e, por essa razão, ele deve se inteirar da informação que, ao seu entendimento forense, se demonstre de extrema relevância, utilizando para isso técnicas para que se obtenham os fatos exatos e o mais completos possível¹²⁹. Por essa razão, a entrevista deve ser registrada em áudio e vídeo, permitindo o acesso de profissionais envolvidos na investigação à literalidade do depoimento.

Para a pedagoga Rosimery Medeiros, que atua como entrevistadora junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, o depoimento acolhedor “é uma

127 BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194%20> >. Acesso em: 15 maio 2018.

128 SANTOS, B., & GONÇALVES, I. **Depoimento sem medo (?): Culturas e práticas não revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes**. 2a ed. São Paulo: Childhood Brasil, 2009. Disponível em:< www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2013/10/DSM_Livro_portugues1.pdf Acesso em: 17 maio 2018. p. 15.

129 Idem. Ibidem.

técnica de conversação que não sugestiona ou manipula respostas, utilizando-se de estratégias que ampliem a quantidade e a qualidade das informações, aplicando alternativas éticas”¹³⁰.

Através de filmagem, os advogados, Promotores e Magistrados podem dialogar com o responsável pela obtenção do depoimento por meio de um ponto eletrônico. O Depoimento Especial é composto por três ambientes: uma sala para entrevista, uma sala para a coordenação de trabalhos técnicos e administrativos e outra para a realização da audiência¹³¹.

Portanto, o depoimento sem dano torna-se uma ferramenta a ser utilizada no processo judicial para coibir os erros do Poder Judiciário em condenar pessoas inocentes. Assim, a Psicologia Forense é um dos meios para se evitar erros processuais, principalmente, os que se referem à memória da criança¹³².

6.2.2 ENTREVISTA COGNITIVA

De acordo com Leandro Feix e Giovanni Pergher, “a entrevista cognitiva enfoca fortemente técnicas de comunicação e dinâmica social, além de outras [...], e é um procedimento em que os componentes cognitivos e de comunicação operam conjuntamente”¹³³.

Conforme Leandro Feix e Giovanni Pergher, a prática da entrevista cognitiva contém uma abordagem elaborada em cinco etapas: construção do *rapport*, recriação do contexto original, narrativa livre, questionamento e fechamento¹³⁴.

A entrevista cognitiva possibilita informações mais confiáveis a respeito do fato investigado, diminuindo os riscos de formações das falsas memórias. Ademais, “é uma poderosa ferramenta para minimizar um problema muito comum em situações

130 MEDEIROS, Rosimery. **OITIVAS DE CRIANÇAS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA A IMPORTÂNCIA(PARA A CRIANÇA) DO DEPOIMENTO ACOLHEDOR.** Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/1252286/1369266/17.+Oitivas+de+crian%C3%A7as+nos+Tribunais+de+Justi%C3%A7a.pdf/1ca10862-92c0-4014-9377-38674678344f>>. Acesso em: 17 maio 2018.

131 SANTOS, A. R., & COIMBRA, J. C. **O depoimento judicial de crianças e adolescentes entre apoio e inquirição.** Psicologia: Ciência e Profissão, 2017, 37(3), 595-607. Disponível em:<<https://doi.org/10.1590/1982-3703004032016>>. Acesso em: 09 maio 2018. p. 598.

132 Idem. Ibidem.

133 STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artes Médicas, 2010. p. 211.

134 Idem, p. 212.

de investigação e julgamento de casos contra a lei: a revitimização daqueles que prestam depoimentos”¹³⁵.

Assim, a técnica reduz a ocorrência de sugestibilidade por parte dos entrevistadores, já que eles são instruídos no sentido de evitarem a utilização de perguntas fechadas e que possam intervir de maneira tendenciosa durante a colheita do depoimento das crianças vítimas de estupro. Ademais, essa prática evita que a pessoa seja exposta às lembranças que lhe trazem sofrimentos, pois as condições cognitivas e psicológicas do depoente são respeitadas.

Logo, com a redução da quantidade de entrevistas reiteradamente, minimiza-se a influência da sugestibilidade, o que reduz significativamente a chance de ocorrer falsificação da memória, permitindo ter uma produção de prova testemunhal mais verdadeira.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os elementos e fatores citados, verifica-se a complexidade que existe na utilização da prova testemunhal em face de sua vulnerabilidade, principalmente no que se refere às questões inconscientes e/ou despercebidas, que acontecem no momento da memorização e da percepção da cena do crime pela vítima vulnerável. O que justifica a relevância e a própria escolha da questão problema do presente trabalho.

A prova oral colhida visa a trazer aos autos processuais informações de conhecimento do depoente, as quais resultam de sua capacidade de percepção, de retenção e de recordação. Contudo, a experiência forense tem demonstrado sua vulnerabilidade a inúmeras falhas, o que é confirmado pelos resultados de estudos efetuados no âmbito da Psicologia Cognitiva e do Testemunho referente à falibilidade da memória humana, afirmando que qualquer pessoa é capaz de cometer equívocos ao recordar um fato.

A recordação de um acontecimento traumático, as falhas da memória e a indução são requisitos necessários para a certificação das falsas memórias, suscetibilidade mnemônica que permite declarar ser provável recordar-nos de fatos

135 STEIN, Lillian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010. p. 223.

que nunca ocorreram. Isso devido a um processo interno de distorção ou uma informação falsamente sugerida, o que ocorre mais comumente.

Dessa forma, a falsificação da memória pode desacreditar totalmente a credibilidade do depoimento da vítima no crime de estupro de vulnerável, motivo pelo qual não há como o processo desconsiderar a realidade posta em questão. Diversas pesquisas têm provado ser possível impedir falhas nos depoimentos infantis, principalmente nos crimes de estupro, através da aplicação de determinados procedimentos de identificação e de inquirição. Esses procedimentos têm por finalidade reduzir a formação de falsas memórias, minimizar os prejuízos delas decorrentes e conceder maior certeza à prova oral colhida, como é o caso da Lei nº 13.431/2017, que entrou em vigor no dia 05 de abril de 2018.

Logo, o depoimento da vítima vulnerável tem por finalidade, no processo penal, reconstruir de forma aproximada, no presente, um delito praticado no passado, porém o processo penal estará comprometido se existir contaminação no depoimento com uma falsa memória.

Portanto, a ideia foi apresentar uma reflexão crítica sobre o depoimento da vítima vulnerável como prova no processo penal, pois há possibilidade de ocorrer uma falsificação mnemônica. Assim, não se objetiva desacreditá-la, mas demonstrar que ele não é suficiente para afastar o princípio constitucional da presunção de inocência, pois não utilizar os meios capazes de prevenir as falsas memórias fere as garantias intrínsecas que existem no devido processo legal.

8 REFERÊNCIAS

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Docentes da UFU: Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. 2007. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia 2007.

AVENA, Norberto. **Processo Penal: versão universitária**. São Paulo: Método, 2009.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. – 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro digital (E-pub).

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal** – 1. ed. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003.

BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael, EYSENCK, Michael. **Memória**, Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BARBOSA, Cláudia. **Estudo Experimental sobre Emoção e Falsas Memórias**. 2002. 190f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella.

BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina legal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. IV**. 8 ed rev amp at. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Apelação Crime Nº 70050498823, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 29/04/2014. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 09/05/2014. Disponível em: < www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. **Apelação Crime Nº 70071689194, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 18/12/2017. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 19/01/2018. Disponível em:< www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. **Apelação Crime Nº 70074853136, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 18/12/2017. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 19/01/2018. Disponível em:< www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194%20> >. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 03 de outubro 1941. **Código Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm >. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março 2015. **Código Processo civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 11 dez. 2017.

BRASIL. TJ-SP – **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0007568-23.2005.8.26.0348**, Relator: DES. Cardoso Perpétuo, Data do Julgamento: 09/09/2017, SP. Disponível em: < <https://www.tjsp.jus.br/> >. Acesso em: 06 maio. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2008.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

FIORIN, Patrícia Lena. **Depoimento Especial de crianças e adolescentes vítimas de violência**. Disponível em: < <http://www.crp09.org.br/portal/images/noticias/2017/IIISEM JURIDICA/PatriciaLenaFiorin.pdf> >. Acesso em: 09 maio 2018.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: < http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos_homem_cidadao.pdf >. Acesso em: 18 dez. 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 10. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Livro digital (E-pub).

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e Intervenção legal integrados**. Porto Alegre, Artes Médicas, 1993.

GAUER, Gustavo. *In*: OLIVEIRA, Alcyr Alves. Et. al. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

GRECO. Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói/Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal, v. VIII**. São Paulo: Revista Forense, 1959.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub).

MACHADO, Costa; organizador; AZEVEDO, David Teixeira de; coordenador. **Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. – 7. ed. -Barueri. Manole, 2017.

MEDEIROS, Rosimery. **OITIVAS DE CRIANÇAS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA A IMPORTÂNCIA(PARA A CRIANÇA) DO DEPOIMENTO ACOLHEDOR**. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/documents/1252286/1369266/17.+Oitivas+de+crian%C3%A7as+nos+Tribunais+de+Justi%C3%A7a.pdf/1ca10862-92c0-4014-9377-38674678344f> >. Acesso em: 17 maio 2018.

MIRZA, Flávio. **Processo Justo: O Ônus da Prova à luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do In Dubio Pro Reo**. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-o-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-in-dubio-pro-reo> >. Acesso em: 12 dez. 2017

NASATO, Graziela. **Crimes contra a dignidade sexual: Alterações trazidas pela lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Revista Jurídica – CCJ/FURB ISSN 1982, v.14, n° 27.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Alcyr Alves. Et. al. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PISA, 2006, p. 15 *et seq.*, *apud*, LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REIS, Jair Neves dos. **Investigação Médico-Legal de Crimes Sexuais**. Núcleo de Perícias Médico-Legais- RP. p.18 *et seq.* Disponível em: < <http://www.engfor.com.br/docs/2016/09/D15-13.pdf> >. Acesso em: 10 nov. 2017.

REIS, M. A. B. M. N. **Docentes da Universidade de Lisboa: A memória do testemunho e a influência das emoções na recolha e preservação da Prova 2014**. 124 f. Dissertação (Doutorado em Ciências e Tecnologias da Saúde Especialidade em Desenvolvimento Humano e Social) – Faculdade de Medicina de Lisboa, Lisboa, 2014.

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

ROMA. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm >. Acesso em: 03 jan. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, A. R., & COIMBRA, J. C. **O depoimento judicial de crianças e adolescentes entre apoio e inquirição**. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 2017, 37(3), 595-607. Disponível em:< <https://doi.org/10.1590/1982-3703004032016> >. Acesso em: 09 maio 2018.

SANTOS, B., & GONÇALVES, I. **Depoimento sem medo (?): Culturas e práticas não revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes**. 2a ed. São Paulo: Childhood Brasil, 2009. Disponível em:< www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2013/10/DSM_Livro_portugues1.pdf > Acesso em: 17 maio 2018.

SILVA, André do Eirado; et.al.. **Memória e Alteridade: O Problema das Falsas Lembranças**. In: *Revista Mnemosine*, v. 2, n.2, jan. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional: Pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010.

STERNBERG, R. J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

STERNBERG, Robert J.. **Psicologia cognitiva**. São Paulo: CENGAGE, 2012.

SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R.. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dal-maz, C.; Quillfeldt, J. A.. Porto Alegre: Artmed, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, Jorge. **Manual da Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 8. ed. rev. Atual, e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2017.

HERANÇAS DA ESCRAVIDÃO: DA NATURALIZAÇÃO DO RACISMO INSTITUCIONAL AO GENOCÍDIO DA POPULAÇÃO NEGRA

Emilene Martins da Silva¹

RESUMO: Ao observarmos criticamente as ideologias fundantes e inerentes ao funcionamento do sistema penal, torna-se imprescindível analisarmos quais indivíduos, em maioria, são clientes deste sistema. Em um território com raízes firmadas em uma colonização e história escravista, ainda temos permeados os valores que formam uma sociedade racista, ao passo que estas pré-concepções individuais, em conjunto, tecem os contornos de instituições estruturalmente preconceituosas quanto à figura do negro, elencando-o como alvo principal em um sistema de controle social. Nesse aspecto, cotejaremos o racismo (não) velado e a criminologia crítica brasileira, buscando entender no passado as manifestações de seletividade aportadas no Brasil a bordo de navios negreiros e que até os dias atuais refletem-se em números alarmantes, configurando, mesmo diante de tentativas de negar ou naturalizar a existência de discriminação racial, um inegável genocídio da população negra.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo. Criminologia. Escravidão. Controle social. Seletividade. Genocídio.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A epopéia do negro no Brasil: um passado que temos o dever de lembrar. 3 Novos horizontes em uma sociedade racista e a criminalização do negro no pós-abolição. 4 Naturalização da violência: racismo institucional e genocídio da população negra. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde o processo de expansão europeia, passamos a conviver com uma distribuição social que concentrou maior parcela de poder e de oportunidades de desenvolvimento para apenas uma determinada raça. Neste contexto, aos europeus esteve a posição dominante, restando aos demais povos conquistados a

1 Advogada, Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

posição inferior, servindo de base de apoio para a formação de uma estrutura hierarquizada e, por muitos séculos, incontestada e reforçada pela construção ideológica que a diferença de posições ocasionou, o que podemos denominar de racismo.

No presente trabalho analisaremos o processo de disseminação deste racismo como concepção inculcada na sociedade, centrando o estudo no preconceito racial com os negros. Para isto, analisaremos historicamente os discursos que semearam uma sociedade racista e que gerou 354 anos de escravidão negra no Brasil. Não obstante, abordaremos os discursos racistas persistentes mesmo após a liberdade jurídica dada aos negros e que, como conceito enraizado na população, não se concretizou como uma liberdade real, apenas estabelecendo novas formas de dominação a partir do senso comum que vincula o negro ao caos.

Por fim, desconstruindo o mito da democracia racial e tendo como base as ideologias que criminalizaram o negro, centraremos nossa discussão na perspectiva social deste na atualidade, com foco na análise de dados que nos permitem verificar o extermínio da população negra.

2 A EPOPEIA DO NEGRO NO BRASIL: UM PASSADO QUE TEMOS O DEVER DE LEMBRAR

Para analisarmos a figura do negro no Brasil atual é necessário voltarmos nossos olhos ao passado e expandirmos para além de nosso continente, com o fito de buscar, em suas raízes, as respostas para o tratamento dispensado a estes na atualidade. Não obstante, se faz necessário compreender a história colonial que desenhou os contornos das ideologias sociais existentes ainda hoje, sendo os primórdios do Brasil Colônia a chave para entendermos nossa formação social, que em inúmeros aspectos influenciaram o desenvolvimento de um pensamento criminológico brasileiro, senão uma figura estruturante em seu desenvolvimento.

No início do século XVI, diante da expansão econômica e a conquista do território brasileiro, Portugal observou nas terras conquistadas a possibilidade de exploração territorial e das diversas riquezas existentes, em especial o pau-brasil (NASCIMENTO, 1978, p. 48). Inicialmente os portugueses objetivavam utilizar-se da mão de obra nativa preexistente para concretizar a exploração econômica, mas diante da dificuldade em impor controle aos índios nativos que se mostravam

resistentes aos novos comandos, receio de fugas pelo amplo conhecimento do território que até então habitavam livremente e do interesse despertado na igreja católica, que desejava novas conversões ao cristianismo católico, a solução era trazer a mão de obra de outro local. Salienta-se que, neste sentido, os índios em algumas regiões com mão de obra mais escassa também passaram pelo processo de escravidão, mas em número drasticamente inferior em comparativo com o numerário de negros africanos escravizados.

Com o aumento substancial da força de trabalho, Portugal vislumbrou o investimento no tráfico de escravos como a melhor solução. Assim, como já possuíam domínio em alguns pontos da Costa Africana, em principal São Tomé e Cabo Verde, fruto das novas rotas marítimas de comércio desenvolvidas desde o século XV com a conquista de Ceuta e que geraram conquistas territoriais desde a África, trouxeram os negros africanos amontoados a bordo de suas embarcações, em um transporte desumano, cruel e que resultavam em incontáveis corpos mortos lançados ao mar.

Em terras nacionais, os homens negros sobreviventes eram devidamente separados de acordo com a sua condição física, em um sistema onde os mais saudáveis eram vendidos pelo dobro do preço.

Nesse período, a forma de relação com o escravo é muito clara, pois ele é visto como “peça”, tratado como coisa que tem um proprietário: é alugado, vendido, comprado, entra na contabilidade das fazendas ao lado das cabeças de gado, das ferramentas e outros bens materiais.²

Para a redução de interações interpessoais, houve o afastamento de familiares e de negros africanos de etnias iguais,³ destinando-os ao início da atividade de exploração territorial que enriqueceria por centenas de anos a coroa portuguesa, gerindo um sistema de compra e venda da população negra. Esta prática configurou atividade mercantil sistemática à economia mercantilista europeia,

2 NUNES, Sylvania da Silveira. Racismo no Brasil: tentativas de disfarce de uma violência explícita. *Psicol. USP* [online]. 2006, vol.17, n.1, p. 90.

3 A separação realizada servia como barreira social, protegendo o homem branco da revolta do povo negro escravizado. Observa-se que na colonização do continente negro e das Américas os europeus buscaram impor aos povos dominados as suas crenças, leis e organização social, buscando na inferioridade imposta ao negro as justificativas para discriminar racialmente, o que facilitava aos colonizadores a manutenção de seus “direitos”. A igreja católica também representou fator determinante neste processo de convencimento quanto à existência de superioridade e inferioridade entre etnias, na medida em que associava os escravos africanos à prática do Islâmismo, religião dominante em diversas regiões do continente africano.

desenvolvendo-se como uma base econômica essencial que, entre os séculos XV e XIX, já apresentava um grande e preocupante numerário de 11 milhões de escravos.

Após adentrarem o território brasileiro, os negros passaram a ter sua força de trabalho concentrada, em princípio, na exploração do pau-brasil, exportado para a Europa até chegar a sua escassez. Não cobrindo mais a demanda necessária, teve início um novo ciclo produtivo, a produção de açúcar. O diferencial do novo ciclo iniciado era o aumento da procura por mão de obra, o que não se apresentou como um problema face ao vasto mercado africano enquanto fornecedor de mão de obra escrava.

Nesse ínterim, intensificou-se a ideia de para quem se destinava cada espécie de moradia: ao senhor branco, detentor de poder de comando, estava destinado o livre acesso e habitação na casa grande; ao escravo negro, comandado pelo seu senhor, estava a senzala, após turnos de 18 horas de trabalho nas fazendas de cana e alimentação racionada, servida no chão. Os escravos negros cumpriam o designado papel de servir ao seu senhor, sendo diuturnamente humilhados e castigados com violência. Como mercadoria de propriedade do homem branco, o negro seguia o fluxo da necessidade de ser vendido, doado, trocado, emprestado e leiloado, agregando *status* social ao seu dono de acordo com o numerário de escravos negros possuídos.

Os negros escravizados não eram detentores de direitos, podendo ser apenas alvo constante de castigos, punições de açoitamento

anunciados pelos rufos dos tambores para uma grande multidão que se reunia para assistir ao lático do carrasco abater-se sobre o corpo do negro escravo condenado para delírio da multidão excitada que aplaudia, enquanto o chicote abria estrias de sangue no dorso nu do negro escravo que ficava à execução pública".⁴

Nasciam neste momento os primeiros traços de uma sociedade ideologicamente racista em solo pátrio,⁵ baseada na crença de que os negros

4 GELEDÉS. Instituto da mulher negra; CFEMEA. Centro feminista de estudos e assessoria. A história da Escravidão no Brasil. 2014. Disponível em: <http://www.geledes.org.br/historia-da-escravidao-negra-brasil-2/#gs.2=8lyRs>. Acesso em 21.07.2018.

5 A concepção de inferioridade étnica já havia sido desenvolvida na formação dos países ibéricos e durante o movimento de Reconquista, que perdurou da Idade Média até 1492, época de grande expansão de território e da conquista do Sul da América. Diante da ocupação da Península Ibérica pelos mouros, em 711, e da expulsão dos habitantes para o norte, disseminou-se naquela região o Islamismo, religião praticada pelo negro mouro, sendo o período da Reconquista a expulsão destes povos, consubstanciando-se também numa cruzada histórica entre a religião dos mouros, o islamismo, e a doutrina religiosa dos povos da Península Ibérica, o catolicismo, em um

estavam em posição inferior face aos seus traços físicos e crenças religiosas, que se opunham aos ditames da igreja católica e do cristianismo que se buscava instalar no território conquistado. A discriminação racial no Brasil e as formas de violência inflingidas aos negros cativos passou então a ser socialmente naturalizada ao longo dos séculos que se passaram desde os primeiros navios negreiros aportados, resistindo até mesmo à independência política do Brasil, em 1822. As classes dominantes tinham interesse em expandir seus negócios e libertarem-se da vinculação mercantil com Portugal, mas isto ainda não significava o abandono da traficância de escravos e da prática da escravidão. Entretanto, nem todos os escravos se submeteram ao tratamento degradante que recebiam. Muitos escravos fugiram, resistiram e rebelaram-se,⁶ formando centenas de Quilombos, local criado por escravos fugidos e que buscava reconstruir a forma de organização social e cultural vivida na África, destacando-se dentre tantos o Quilombo de Palmares, liderado por Zumbi. Nas palavras de Clóvis Moura,

O quilombo foi, incontestavelmente, a unidade básica de resistência do escravo. Pequeno ou grande, estável ou de vida precária, em qualquer região em que existisse a escravidão lá se encontrava ele como elemento de desgaste do regime servil. O fenômeno não era automatizado, circunscrito à determinada área geográfica, como a dizer que somente em determinados locais, por circunstâncias mesológicas favoráveis, ele poderia afirmar-se.

racismo apoiado na benção divina cristã. Este marco histórico colocou Portugal e Espanha no domínio das relações raciais, ideologia trazida e colocada em prática na América Latina, como corrobora Lélia Gonzalez: "As sociedades que vieram construir a chamada América Latina foram as herdeiras históricas das ideologias de classificação (racial e sexual) e das técnicas jurídico-administrativas das metrópoles ibéricas. Racialmente estratificadas, dispensaram formas abertas de segregação, uma vez que as hierarquias garantem a superioridade dos brancos enquanto grupo dominante". (GONZALEZ, 92-93, p. 72)

6 Na verdade, as revoltas eram comuns diante da resistência às condições degradantes de tratamento, o que instigava o medo da elite dominante. Segunda Vera Malaguti Batista, a rebelião escrava não era vista pelas classes dominantes como um fato político, legitimado e justo diante dos sofrimentos impingidos, mas sim como um fato criminal e, portanto, ensejador de punição, como o linchamento aplicado aos advogados das lideranças Malês, termo criado no século XIX para designar os negros muçulmanos que sabiam ler e escrever em língua árabe, o que lhes garantia nível cultural superior em comparação com os brasileiros da época. Inconformados com a condição de escravos, articularam diversos levantes, especialmente o de maior magnitude na Salvador de 1835, conhecida como *Revolta dos Malês*. Sobre a revolta, apresenta a autora o trecho de um artigo publicado em jornal da época: "*Isto bem meditado [a Revolta dos Malês] nos deve assaz horrorizar para que não sejamos tão frouxos e descuidados como até agora tem sido, em tomar a este outro igual rompimento não nos apanhe de improviso. Parece que as mais óbvias e imediatas que se devem tomar, he estabelecer primeiramente huma Policia activa e vigilante, que observe com cuidado todos os passos que os Africanos derem, que pareçam encaminhar-se a conjurações contra a nossa existencia, para que a tempo se previnão, empregando para esse fim todos os meios que mais convenientes forem para se descobrirem tenções tão pavorozas: segundo, termos huma força armada sufficiente, que pela sua disciplina, gente escolhida de que se compozer, nos inspire confiança, e aos escravos infunda terror [...]". MALAGUTI BATISTA, Vera. O medo na cidade do Rio de Janeiro – dois tempos de uma história, p. 192. Apud. O pão d'assucar. Nº 27. Rio de Janeiro, 7 de abril de 1835.*

Não. O quilombo aparecia onde quer que a escravidão surgisse. Não era simples manifestação tópica. Muitas vezes surpreende pela capacidade de organização, pela resistência que oferece; destruído parcialmente dezenas de vezes e novamente aparecendo, em outros locais, plantando a sua roça, construindo suas casas, reorganizando sua vida e estabelecendo novos sistemas de defesa. O quilombo não foi, portanto, apenas um fenômeno esporádico. Constituíu-se em fato normal dentro da sociedade escravagista. Era a reação organizada de combate a uma forma de trabalho contra a qual se voltava o próprio sujeito que a sustentava. (MOURA, 1988, p. 103).

A formação dos núcleos quilombolas representou a luta para não aceitar a condição de escravo, que ainda perdurou por longos anos e serviu de base para o despontamento do Brasil como polo exportador para o mundo, até que a partir da metade do século XIX a Inglaterra⁷ passou a contestar o regime de escravidão existente no Brasil. Embora a Inglaterra alegasse motivações humanitárias, o interesse em ampliar seu mercado consumidor foi o maior objetivo almejado, afinal, os então alforriados passariam da condição de mera fonte de trabalho para novos consumidores de produtos britânicos ao obter renda própria para seu sustento. Cedendo às pressões inglesas, o Brasil aprovou em 1850 a Lei Eusébio de Queiróz, acabando com o tráfico negreiro, persistindo ainda a escravidão interna, alvo de manifestações abolicionistas persistentes mesmo após a promulgação da Lei do Ventre livre, em 1871, que determinava a liberdade dos filhos de escravo a partir de sua assinatura, sem indagar o que seria destinado aos filhos libertos de pais que continuaram sob o controle de seus senhores. Em 1885 foi promulgada mais uma "lei abolicionista", a Lei dos Sexagenários, fixando a liberdade para escravos com mais de sessenta anos, um ponto fora da curva diante da expectativa média de vida de um escravo girar em torno quarenta anos à época, representando apenas uma forma de livrar-se dos alforriados mais velhos e, pelas condições de vivência, acometidos de doenças.

Diante da substituição econômica do açúcar pelo café e o aumento na necessidade de mão de obra, adotou-se o trabalhador imigrante europeu, vez que "a imigração passou a ser amplamente subsidiada e estimulada, os gastos com transportes e com a instalação eram financiadas pelo Governo, que chegava até a promover obras para poder oferecer trabalho aos estrangeiros" (KAUFMANN, 2007, p.78). Neste contexto, manter os escravos, ainda que com as primeiras "leis

7 Em 1845, o parlamento inglês aprovou o "Slave Trade Suppression Act" ou "Aberdeen Act", mais conhecido no Brasil como Bill Aberdeen, uma lei que autorizava os ingleses a prender qualquer navio onde houvesse suspeita de ocorrer o transporte de escravos no oceano Atlântico, sujeitando seus ocupantes ao julgamento por pirataria. Os navios eram caçados não apenas em alto mar, mas também em águas abrigadas do Brasil e nos seus portos.

abolicionistas" já promulgadas, apresentava-se como um impedimento ao progresso brasileiro, não apenas por acreditarem que o europeu seria mais preparado tecnicamente para as lavouras de café, mas sim porque a ideia era promover o branqueamento⁸ do país após tantos séculos trazendo escravos africanos que brevemente estariam libertos.

Em 13 de maio de 1888, finalmente, é assinada pela Princesa Isabel a Lei Áurea, dando fim ao regime escravista face às pressões internas e por parte da Inglaterra. Com a promulgação da Lei Áurea, cerca de sete milhões de negros foram jogados ao mundo (FLAUZINA, 2006, p.37), sem que houvesse medidas governamentais que proovessem subsídios para sobrevivência digna. Em detrimento de interesses políticos foi concedida a liberdade jurídica aos escravos, mas muitos deles restaram sem moradia ou assistência estatal, em um processo histórico de abandono que atravessa os interesses políticos e econômicos que pressionaram sua liberdade e permeia-se na exclusão social que ainda vemos na atualidade vivenciada pela população negra. Como esclarece BRAICK e MOTA,

Após a abolição, a vida dos negros não sofreu muitas alterações, uma vez que não houve preocupação de integrá-los à sociedade. Alguns ex-escravos plantaram pequenas roças de subsistência. Outros conseguiram empregos precários nas regiões rurais ou então seguiram para as cidades, formando uma mão de obra marginalizada. Milhares de negros libertos dirigiram-se para o Rio de Janeiro. Como o mercado de trabalho na região da capital não conseguiu absorver todo o contingente, foi grande o número de desempregados e subempregados. Todos considerados, na época, preguiçosos, malandros e vadios pelas elites. Juízos de valor que em certa medida persistem, numa evidência de que o preconceito é continuamente alimentado por uma situação de inferioridade social[...]. (BRAICK e MOTA, 2007, p. 488 – 489)

É importante frisar que o Brasil foi o último país a abolir a escravidão, criando antes leis que protegiam as classes dominantes e evitavam a ascensão do povo negro para depois conceder-lhes a liberdade jurídica.⁹ A consequência direta

8 A intenção preexistente de branquear o país havia ficado evidente quando o governo provisório promulgou o Decreto nº 528, que dizia em seu artigo 1º: "É inteiramente livre a entrada, nos portos da República, dos indivíduos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos a ação criminal do seu país, exceptuados os indígenas da Ásia ou da África, que somente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admitidos, de acordo com as condições estipuladas" (SKIDMORE, 1976, p.155)

9 Durante o caminho que levou à abolição da escravatura os grandes proprietários de terra permaneceram temerosos quanto à ameaça de perder seu patrimônio para os escravos caso fossem libertos. Objetivando a hegemonia racial existente e a subordinação do negro à estrutura social vigente, criou-se a Lei de Terras, ainda em vigor, definindo que as terras já ocupadas seriam regularizadas como propriedade privada, e as terras não ocupadas seriam propriedades do Estado, impossibilitando, assim, que os escravos pudessem ocupar qualquer terra quando em liberdade.

do protecionismo econômico e social que antecedeu à Lei Áurea foi a injusta distribuição geopolítica nas grandes cidades, ocasionando o processo de favelização. Nos espaços onde os brancos não adentravam, os negros se estabeleceram sem auxílio social e sem saneamento mínimo, formando sua comunidade de iguais, *“longe dos olhos civilizados por um racismo institucionalizado”*. (GÓES, 2015, p.09)

Em seus estudos sobre o caso norte-americano e as periferias parisienses, Loic Wacquant mostra que este afastamento ocasionador da descivilização e da demonização, o que nos permite analisar paralelamente com a situação no Brasil, foi fator determinante para que a sociedade legitimasse o abandono social superveniente à libertação, onde é o gueto

(...) a forma institucional, uma arma de poder de setores da sociedade por meio da qual os brancos dominantes mantiveram os descendentes de escravos – uma população que consideravam corrompida e perigosa – a um só tempo isolados e subjugados, forçados a residir em um perímetro restrito, onde os negros desenvolveram um microcosmo paralelo e uma cultura unificada. (WACQUANT, 2008, p. 12)

Afastados geopoliticamente, não inseridos no mercado de trabalho¹⁰ e vivendo em condições precárias, o negro foi largado à própria sorte num ambiente de violência, sendo visto e lembrado pelo Estado apenas no momento de criminalização de desvios¹¹ e, em aportes atuais, na imposição de pacificação.

3 NOVOS HORIZONTES DE UMA SOCIEDADE RACISTA E A CRIMINALIZAÇÃO DO NEGRO NO PERÍODO PÓS ABOLIÇÃO

Como apontou Maiolino, a Lei de terras passou a tornar crime a “antiga forma corriqueira de acessar a terra através da concessão arbitrária ou de pura e simples ocupação e instituindo uma demarcação mais precisa da propriedade privada da terra. Naquele momento, pela primeira vez no país, distingue-se o solo público do privado”. (Maiolino, 2008, p.46).

10 Como oportunamente salientado por Góes, “nesse ponto importa em apontar a interiorização, inconscientemente, nos negros recém-libertos a ideia de que o trabalho era perverso, e não poderia ser diferente tendo em vista as marcas traumatizantes (físicas e morais), além de toda a privação, sofrimento, castigos e mortes cruéis, induzindo o negro, com estas feridas incicatrizáveis, a manter-se longe do trabalho ou trabalhar somente o necessário para a sua sobrevivência, o que, diretamente, provocou o aumento do preconceito e da discriminação por parte da classe branca ‘superior’”(Góes, 2015 , p. 9)

11 A título de exemplo, temos a criminalização da vadiagem no código penal de 1889, em um artigo com objetivo claro diante da estrutura social vivida na época.

Com a queda da Monarquia e o fim da escravidão teve início a República Velha (1889-1930), que em sua prática não se mostrou democrática e inclinada a pensar em abrir margem ao desenvolvimento ou voltar-se às melhorias sociais. Em uma República das Oligarquias, o setor agrário foi o ponto central de investimento governamental, dando mais poder a quem já o possuía. São Paulo e Minas Gerais, na época os Estados mais ricos e populosos do Brasil, sendo São Paulo grande produtor de café e Minas Gerais produtor de leite, passavam a presidência um ao outro, em uma alternância de poder que empobreceu os demais Estados dada a centralização de investimento. Nos governos estaduais, o período foi marcado pela troca de favores entre os governadores e o Presidente, enquanto nas cidadezinhas de interior as ordens eram dadas pelo Coronelismo da compra de votos, dos votos fantasmas, da troca de favores, das fraudes eleitorais e, sobretudo, da violência.

Neste aspecto, as constantes buscas por maneiras de assegurar ainda mais os privilégios dos brancos culminaram no crescimento das discussões relativas às Teorias Raciais vindas da Europa, reforçadas pelos estudos feitos por Lombroso¹², onde um Brasil há muitos anos já miscigenado paradoxalmente deu ênfase às ideias de supremacia racial e na rotulação de quem seriam os “degenerados” no cenário.¹³

12 Em livros como *O homem branco e o homem negro: leituras sobre a origem e a variedade das raças humanas* (1871) e *O homem delinquente* (1876), o médico militar e legista Cesare Lombroso publicou seus estudos feitos por método científico indutivo sobre as anomalias anatômicas e fisiológicas que definiam a figura do delinquente, atribuindo o crime à degeneração genética. Com suas publicações, Lombroso propagou mundialmente suas ideias, influenciando também escritores do Positivismo Penal que puderam legitimar a punição, as ações de política criminal e, sobretudo, a desigualdade social assoladora.

13 A estigmatização do negro como o mal a ser extinto representou retrocesso aos tempos inquisitoriais, não apenas na perspectiva nacional, mas mundial. Com a passagem do crime para a figura do criminoso, as respostas para muitas indagações foram rapidamente respondidas pelo critério genético de pré-disposição ao caos. Como acertadamente observa ZAFFARONI, “El positivismo retomó el discurso inquisitorial, en especial el centroeuropeo, arropando las ramas de ese árbol, que en su origen medieval cubrían los ejércitos de diablos, con el follaje de los incontables signos de degeneración o infrahumanidad biológica del evolucionismo racista, tan ingenuo como burdo. Cuando al promediar el siglo XIX la burguesía europea se asentó en el poder, el discurso liberal dejó de ser funcional a sus intereses; necesitaba otro, que legitimase su hegemonía pero que, al mismo tiempo, consolidase la nueva agencia que había surgido con la revolución industrial: la policía. Toda vez que ésta no tenía discurso propio, lo proveyó la corporación de los médicos, dando por resultado el discurso médico-policial del positivismo. En la lucha de las corporaciones por apoderarse de la cuestión criminal, la hegemonía discursiva en el saber criminológico, que hasta entonces la habían tenido las corporaciones de juristas y filósofos, pasó a la de médicos y policías. El positivismo fue precedido por anteriores discursos médicos, pero éstos no habían llegado en el momento adecuado: los fisiognomistas y los frenólogos³ ensayaron sus teorías con demasiada anticipación. La hegemonía llegó cuando su discurso fue asumido por la corporación policial”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Las “clases peligrosas”: el fracaso de un discurso policial prepositivista. 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15174/13799>>. Acesso

Assim, quando a dominação tradicional teve sua extinção, a classificação da população negra como “povo improdutivo e amoral” e “inferior” teve destaque, estereotipando o povo liberto como os delinquentes que impediam o progresso. Como expressado por WEIMER

Argumentos estigmatizantes, como caracterizações estereotipadas e pejorativas de sua moral sexual ou de trabalho cumpriram o papel de dar legitimidade a esta segregação. Esta adquiriu expressão particularmente intensa no mercado de terras, já que seu acesso universal significaria a possibilidade dos ex-escravos - como de fato ocorreu em muitos casos - estabelecerem uma economia autônoma e voltada ao auto-sustento ou a trocas mercantis comunitárias, em lugar de constituírem uma reserva de mão-de-obra para a economia liberal. Desta maneira, a “mão invisível do mercado” visibilizou-se por intermédio do Estado, no sentido de obstaculizar ao máximo o acesso à terra (WEIMER, 2015, p.21)

Invisibilizados na nova ordem político-social no Brasil, em grande parte por contribuição da Lei de Terras,¹⁴ os africanos e descendentes que aqui residiam concentraram-se em seu grupo, geopoliticamente afastados nas cidades, explorando a sua própria cultura em uma estrutura familiar ou comunitária, permanecendo resistente como quando cativo. Em contrapartida, a elite branca dominante na sociedade racista da época tratou de buscar calar as manifestações culturais desde antes tidas como perigosas pelos senhorios repressores, como a criminalização da capoeira, do samba e do Candomblé. Se hoje a capoeira é vista socialmente como manifestação cultural que engloba luta, arte e dança, para os senhores de escravos era uma ameaça a ser combatida por possibilitar ataque a quem os oprimia. Mesmo com a “liberdade” e a ocupação dos morros mais afastados, ponto inicial do processo de favelização, a elite permaneceu temerosa à prática da Capoeira, o que ensejou a proibição da prática no Código Penal de 1890.

As criminalizações apontadas pelo Código Penal de 1890 não são apenas tentativas de combater o desenvolvimento social do negro e buscar dominá-lo de tamanha ordem que se insere em aspectos de sua cultura, elas transparecem o etiquetamento dado ao negro como a classe perigosa a ser combatida e contida ao almejar expandir, promovendo sua demonização e contenção segregacionista, fator que desde a República Velha legitima as políticas públicas de abandono urbano percebido no gueto que, sem condições básicas de higiene, era alvo frequente de em: 21.07.2018

14 A Lei de Terras “teve efeitos permanentes: diversas humanidades da ordem jurídica, pretensamente universal, mas em verdade restrita a um mundo letrado do qual poucos ex escravos tiveram a oportunidade de fazer parte” (WEIMER, 2015, p.22)

doenças. Estas doenças¹⁵ acometidas aos negros eram vistas pela classe dominante e pelos higienistas como prejudiciais à imigração e como situação que “manchava” a imagem do Brasil. Neste aspecto, a ausência das populações negras do campo social, político e econômico no início do Brasil Republicano, quando não cumprindo ocupações braçais desgastantes e com baixa remuneração, como a construção civil, ocasionaram uma alta taxa de negros recorrendo à criminalidade como forma de subsistência. Desta maneira, a construção e expansão de uma sociedade racista onde o preconceito permeia o cotidiano e é naturalizado se abasteceu com o medo, onde a solução estava na punição.

Como sintetizado por GÓES,

Perante uma sociedade com problemas sociais complexos causados pela industrialização e urbanização sem precedentes na história da humanidade, restavam imprescindíveis, para contenção destes problemas (ou melhor, dos indivíduos causadores destes problemas, da desordem), instrumentos eficazes de controle social, o estereótipo criminal foi assim, funcional e eficiente. (GÓES, 2015, p. 15)

A intensificação de discursos branqueamento obteve grande crescimento com o cultivo do medo, justamente por buscar a satisfação no extermínio daquilo que ainda estava presente.

Para concretizar a mudança, estava a entrada de mão de obra estrangeira no País, trazendo na cor de sua pele o ideal que levaria supostamente Séculos de miscigenação¹⁶ para tornar-se real, uma sociedade inteiramente branca.

15 No final do séc. XIX e início do séc. XX, o Brasil sofreu uma crise sanitária em que doenças como febre amarela e tuberculose atingiam boa parte da população do país. Pelas condições insalubres em que viviam os negros nas regiões periféricas, sobretudo pelo esquecimento por parte do Estado no que concerne ao acesso a melhor condição sanitária, os negros foram os maiores acometidos pelas doenças. Pelo senso comum racista, os negros foram apontados como culpados, uma vez que teriam trazido da África as doenças, e estas teriam se manifestado diante mistura racial que induzia a um enfraquecimento biológico, o que levava os mestiços a contraírem a doença também. Muitos especialistas apontaram a vinculação da crise com a pobreza e principalmente com a população mestiça e negra, agregando ainda mais adeptos da defesa de métodos eugênicos de contenção e separação da população, com o objetivo de cruzar indivíduos “sãos” e impedir a reprodução dos “inferiores”. A eugenia se inseria nesse contexto para intervir na reprodução das populações e criar uma raça pura e forte.

16 Dizia um artigo publicado pelo Jornal do Comércio, em 4 de dezembro de 1899: “Não há perigo de que o problema negro venha a surgir no Brasil. Antes que pudesse surgir seria logo resolvido pelo amor. A miscigenação roubou o elemento negro de sua importância numérica, diluindo-o na população branca. Aqui o mulato, a começar da segunda geração, quer ser branco, e o homem branco (com raras exceções) acolhe-o, estima-o no seu meio. Como nos asseguram os etnógrafos, e como pode ser confirmado à primeira vista, a mistura de raças é facilitada pela prevalência do elemento superior. Por isso mesmo, mais cedo ou mais tarde, ela vai eliminar a raça negra daqui. É óbvio que isso já começa a ocorrer. Quando a imigração, que julgo ser a primeira necessidade do Brasil, aumentar, irá, pela inevitável mistura, acelerar o processo de seleção”. SKIDMORE, 1976,

Embora a figura do mestiço fosse desprezada, a existência dele era o caminho¹⁷ para tornar real a teoria do branqueamento e “curar” aquela sociedade “assolada” pelo gene negro, ensejador do crime e do medo

No Brasil a difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de neutralização e disciplinamento planejado das massas empobrecidas. O ordenamento introduzido pela escravidão na formação sócio-econômica sofre diversos abalos a qualquer ameaça de insurreição. O fim da escravidão e a implantação da República (fenômenos quase concomitantes) não romperam jamais aquele ordenamento. Nem do ponto de vista sócio-econômico, nem do cultural. Daí as consecutivas ondas de medo de rebelião negra, da descida dos morros. Elas são necessárias para a implantação de políticas de lei e ordem. A massa negra, escrava ou liberta, se transforma num gigantesco Zumbi que assombra a civilização; dos quilombos ao arrastão nas praias cariocas. (BATISTA,2003, p. 21)

Não obstante os anseios pelo branqueamento, o Brasil também contou com diversos autores que difundiam os estudos de Cesare Lombroso e do darwinismo social.¹⁸ Seguindo a ideologia dos “delinquentes natos” e os discursos higienistas, Nina Rodrigues¹⁹ foi um dos grandes introdutores e propagadores da antropologia criminal, antropometria²⁰ e frenologia²¹ em nosso país, defendendo ideias que à época foram consideradas cientificamente avançadas, mas sem dúvida

p.90.

17 Observa-se que “depois da Abolição e, principalmente, da proclamação da independência do Brasil, a questão da construção da identidade nacional se coloca de maneira crucial. Como construir uma nação digna com tamanha diversidade de raças e culturas, com tantas mesclas e misturas entre brancos, índios e negros? Tal era a pergunta crucial, que a maioria da elite pensante política e intelectual discutia; alguns pensavam que o caminho mais seguro seria a mestiçagem, que constituiria um “trampolim” para chegar ao branqueamento da sociedade brasileira - que não seria mais negra, nem índia, nem branca geneticamente, mas sim fenotipicamente uma sociedade branca, portanto uma sociedade sem preconceitos”. Munanga, 2008, p. 1. Disponível em: <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/n44/n44a04.pdf>. Acesso em 30.07.2018.

18 O darwinismo social apostava na ideia de “Tipos Perfeitos”, que se referiam a indivíduos não miscigenados, visto que a mestiçagem era considerada uma praga a ser evitada, à luz da seleção natural conceituada por Charles Darwin.

19 Raimundo de Nina Rodrigues foi um médico baiano de grande renome, famoso por defender a Teorias Científicas Raciais. Dedicou-se com afinco ao estudo do negro e da criminalidade, tendo como base os estudos do italiano Cesare Lombroso, antropólogo criminal. Nina Rodrigues defendeu a criação de dois códigos penais brasileiros, um para brancos e outro para negros, visto que em sua visão o fenótipo da cor da pele ocasionava diferenças morais e de comportamento, sendo devidas exigências diferentes a cada uma das raças, de maneira que a igualdade de direitos e deveres era uma expectativa ilusória. Sobre a inferioridade imputada aos negros pelo autor, este afirma que “de facto, não é a inferioridade social dos negros que está em discussão. Ninguém se lembrou ainda de contestá-la. E tanto importaria contestar a própria evidência” (Rodrigues, 1932, p. 388). As ideias de Nina Rodrigues foram bastante difundidas nas Faculdades de Medicina e vinculadas em meios de comunicação, como na Gazeta Médica da Bahia, onde o autor abordava em suas publicações a mestiçagem como problema de saúde pública.

20 Em linhas gerais, a antropometria visava a medição de partes do corpo humano.

21 Buscava estudar o comportamento humano e personalidade com base na forma da cabeça.

alguma são de um intenso e aterrador cunho racista.²² Para Nina Rodrigues, a igualdade por si só era falsa, só existia nas mãos dos juristas, crença que culminou na defesa de uma tese quanto à criação de códigos penais diferentes para “raças” diferentes.

Em sua obra de maior magnitude e receptividade perante a sociedade brasileira, intitulada *Os Africanos no Brasil*, escreveu:

Para dar-lhe [a escravidão] esta feição impressionante foi necessário ou conveniente emprestar ao negro a organização psíquica dos povos brancos mais cultos (...) O sentimento nobilíssimo de simpatia e piedade, ampliado nas proporções duma avalanche enorme na sugestão coletiva de todo um povo, ao negro havia conferido (...) qualidades, sentimentos, dotes morais ou ideias que ele não tinha e que não podia ter; e naquela emergência não havia que apelar de tal sentença, pois a exaltação sentimental não dava tempo nem calma para reflexões e raciocínios. (RODRIGUES, 1932, p. 18)

Na concepção do higienista, a tese sobre a inferioridade do negro era explicada pela natural desigualdade no desenvolvimento genético. Neste interregno, à elite ariana dominante incumbiria não permitir a intervenção de negros e mestiços, sobretudo porque acreditava que o

Desenvolvimento e a cultura mental permitem seguramente às raças superiores apreciarem e julgarem as fases por que vai passando a consciência do direito e do dever nas raças inferiores, e lhes permitem mesmo traçar a marcha que o desenvolvimento dessa consciência seguiu no seu aperfeiçoamento gradual. (RODRIGUES, 1957, p. 28)

Ademais, segundo Nina,

A civilização ariana está representada no Brasil por uma fraca minoria da raça branca a quem ficou o encargo de defendê-la, não contra os atos anti-sociais das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes no conceito dessas raças, sejam, ao contrário, manifestações do conflito, da luta pela existência entre a civilização superior da raça branca e os esboços de civilização das raças conquistadas ou submetidas. (RODRIGUES, 1957, p.162)

As Teorias Raciais constituem-se como fator importante para o fortalecimento do preconceito racial no Brasil, visto que por intermédio delas os

22 Para Nina Rodrigues os negros e mestiços tornavam o Brasil inferior. O autor deixa claro seu preconceito étnico e objetivo almejado desde a titulação de seus livros, como *Mestiçagem*, *Degenerescência e Crime*, que buscava provar suas teses sobre a degenerescência e as tendências ao crime dos negros e mestiços, *Antropologia patológica: os mestiços e Degenerescência física e mental entre os mestiços nas terras quentes*.

discursos racistas obtiveram roupagem de material científico, espalhando-as especialmente em faculdades de medicina, além de ganharem força também nas faculdades de direito, alastrando-se de maneira propagandista, ainda, pelos institutos históricos e museus. “Na ótica médica o objetivo era curar um país enfermo tendo como base um projeto médico – eugênico amputando a parte gangrenada do país para que restasse uma população de possível “perfectibilidade”.” (SHUWARCZ: p. 190, 1993.).

O crescimento dos discursos racistas como fruto de estudo científico é explicado pela disseminação não apenas em searas acadêmicas, mas também pela sua vinculação nos meios de comunicação, ao passo que as faculdades de direito e os advogados justificavam por intermédio da lei as práticas racistas da época. Agregada aos problemáticos discursos das Teorias Raciais, estava a exclusão dos negros da movimentação econômica, onde o momento de efervescência na transição do Século XIX para o Século XX, a Proclamação da República e a Abolição da Escravidão não tiveram o condão de modificar o *status* da parcela negra da população, que não foi inserida no mercado de trabalho livre. Este percurso histórico, embora lento em face do Brasil ter sido o último país a abolir a escravidão, e aparentemente longínquo, gerou profundas marcas na sociedade brasileira, sobretudo diante da ciência ocupando lugar para consolidar os preconceitos contra os negros, visto que “a ideologia republicana pedia um projeto de nação que, por sua vez, requeria que se repensasse o homem brasileiro. Coube aos cientistas da época fazer esta reflexão.” (NUNES, 2006, p. 91)

A crença na “superioridade racial” é o que vai permear os anos seguintes à abolição da escravatura, encontrando grande guarida em uma sociedade brasileira que culpabilizava o próprio negro pelas mazelas a que este estava exposto e ansiava a miscigenação, e consequente desaparecimento ou neutralização da “ameaça negra”. De fato, o desenvolvimento da mão de obra europeia no Brasil possibilitou a mistura de raças que as Teorias Raciais defendiam ser o caminho a percorrer para alcançar o embranquecimento da população brasileira, em sua maioria composta por pardos e negros, o que com o passar dos anos e com a ascensão de populações mestiças sadias a tornaria sempre mais branca, física e culturalmente,²³ o que se acreditava resultar, face à mudança no

23 Silvío Romero, literário e jurista, oriundo da Escola de Direito de Recife - influenciada pelo social-darwinismo, defende o processo de mestiçagem, sobretudo fomentada pela vinda da mão de obra europeia, como maneira de aprimoramento de raça. “Sabe-se que na mestiçagem a seleção

tom de pele, no “progresso do país viável pelo aspecto racial, ou seja, branquear a nação”. (Oliva, 2003, p. 44)

Esta busca pelo embranquecimento, ou ideal de branqueamento, apresenta os primeiros traços de defesa da existência de democracia racial, onde se crê na perfeita harmonia de convivência entre raças após a liberdade jurídica conferida aos libertos. Contudo, observa-se que o interesse na miscigenação não era a promoção da igualdade racial, mas a hegemonia da raça dominante. Embora se possa identificar na miscigenação uma tentativa livre e democrática, visto que decorre aparentemente de relações naturais decorrente do convívio entre raças, a prática não ocorreu desta maneira, visto que a dignidade sexual da mulher negra, assim como em períodos de escravização, permaneceu a ser violada, sob a égide do medo, resultando em crianças mestiças e legalmente sem pai, vivendo em condições precárias assim como os demais afrodescendentes.

Apegar-se a estas tentativas consolidou o pensamento de culpabilização do negro e de silêncio acerca do passado escravocrata brasileiro. Se antes estes eram subjugados por meio de trabalhos forçados e de sofrimento físico pelos senhores de escravos, a pobreza e estratificação acarretou novas maneiras de discriminação, que mantiveram o negro em posição de afastamento das zonas centrais. O crescimento da miscigenação na primeira metade do século XX, neste ínterim, não teve o condão de produzir as mudanças sociais projetadas, mestiços e negros permaneciam em condições precárias, desempenhando trabalhos braçais, precários e de pouca remuneração. Se antes as Teorias Raciais explicavam as agruras do negro com base na sua inferioridade ocasionada pela raça, a miscigenação não trouxe o crescimento social que a promessa de uma “raça superior” havia projetado, de maneira que não demorou muito para que a condição de pobreza que assolava aquela população fosse explicada não pela cor da pele dos negros e distanciamento social que lhe era imputado pela discriminação, mas pela pobreza herdada de seus ancestrais.²⁴

natural, ao cabo de algumas gerações faz prevalecer o tipo de raça mais numeroso, e entre nós das raças puras e mais numerosa, pela imigração européia, tem sido, e tende ainda a sê-lo, a branca[...]. O Brasil não deve contar com os índios e negros como elementos de uma civilização futura, ainda que estenda até eles os benefícios do ensino primário. As futuras gerações do Brasil, se for aproveitada a colonização alemã, constituirão um povo misto de brasileiros propriamente ditos, portugueses e alemães. Os descendentes do novo povo misto serão superiores a seus antecessores, portugueses e alemães, como elemento de colonização”. (ROMERO, Silvio. História da Literatura Brasileira. 1º vol. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1949, p. 86-87).

24 Gilberto Freyre, em *Casa Grande e Senzala* (1933), aponta o processo de mestiçamento como fonte de enriquecimento cultural, onde a mistura de raças, quando uma delas é

A convivência entre a população negra em extrema pobreza e a manutenção do poder conferidos aos brancos fortalece a crença em uma democracia racial, que pode ser definida como a defesa de que, em solo pátrio, há o convívio pacífico e democrático entre cidadãos de raças diferentes, onde não há heranças do período escravocrata. Ao contrário, o período escravocrata, diante do mito da democracia racial, torna-se algo a ser apagado, esquecido, o que justifica a ordem de destruição e queima pelo então ministro Ruy Barbosa dos inúmeros registros históricos da época, logo após a abolição da escravatura.²⁵ Produzindo a destruição dos registros, almejou-se colocar uma pedra definitiva nos aterrorizantes anos de exploração humana sem, contudo, atentar-se à maior necessidade: amparo humanitário, qualificação e proteção dos negros libertos. Com tais medidas de destruição dos registros e ausência do amparo necessário,

o Estado apropria-se da História, controla e manipula o entendimento do processo histórico, confunde a noção de temporalidade e impinge o esquecimento. Garante, assim, a continuidade do mesmo sistema sob nova e atual roupagem: sem escravos e, logo depois, sem rei. Para dominar, há que se tornar senhor da memória e do esquecimento. (Costa, 1996, p. 84)

Como maneira de resistência às condições impostas e principalmente contra o paraíso racial que era disseminado na sociedade, discurso oposto à dura vivência da população negra, o Movimento Negro permaneceu a denunciar as práticas racistas. Inicialmente, o Movimento Negro funcionava de maneira clandestina e precária ainda no período escravagista, mas contava com importantes nomes, como Zumbi dos Palmares. Embora o movimento se fizesse representar necessariamente branca, promove a persistência das melhores características, sobretudo a inteligência do branco e a força corporal do negro. O autor fala de "democracia racial", sustentando-a nos processos de mestiçagem entre os senhores da Casa Grande e as escravas da Senzala. É esta miscigenação que sustentaria a crença na democracia racial no Brasil até os tempos atuais, apenas apresentando novas roupagens que sustentem o pensamento. O autor, observando a posição marginal do negro na República, justifica que a pobreza é o que coloca o negro em posição desigual na esfera social, e não a própria negritude.

25 Em 14 de dezembro de 1890, menos de dois anos após a assinatura da Lei Áurea, o Ministro da Fazenda Ruy Barbosa assinou um despacho que ordenava a queima e destruição imediata dos documentos referentes à escravidão. A justificativa dada para a decisão foi a de que a servidão paralisou o desenvolvimento da sociedade, "infeccionando" sua esfera moral, sendo necessária a destruição de qualquer vestígio "por honra da pátria e em homenagem aos deveres de fraternidade e solidariedade para com a grande massa de cidadãos que a abolição do elemento servil entraram na comunhão brasileira". A destruição dos documentos sobre a escravidão. Disponível em: <http://www.acervo.estadao.com.br/noticias/acervo_a-destruicao-dos-documentos-sobre-a-escravidao-11840_0.htm>. Acesso em: 30 out. 2018

Naquele ano, mesmo com oposição, foi realizada uma moção de apoio ao despacho, sendo a questão votada e aprovada no Congresso Nacional.

quanto às pautas raciais, a Constituinte de 1946 o fez perder força, visto que a sociedade, dada a miscigenação, defendia a existência de harmonia social.

Em 3 de julho de 1951 é sancionada a Lei nº 1.390, batizada de Lei Afonso Arinos,²⁶ proibindo a discriminação racial no Brasil, reconhecendo a prática como contravenção penal. Se de um lado a lei suscitava as discussões quanto ao racismo, por outro lado não apresentava as tipificações legais, o que ensejava rara aplicação.²⁷ É mister salientar que, embora o racismo tenha sido discutido neste período, desde aquele momento ele já passou a ser negado pela população branca, que, abrigoando-se na miscigenação, defendeu a desnecessidade da lei, visto que não reconhecia discriminação racial e defendia a democracia racial no Brasil. Entre os ativista negros, a posição majoritária era de reconhecer que esta lei “é uma iniciativa de criminalização do preconceito racial, mas que não incide, contudo, sobre a estrutura social marcada pela desigualdade na qual se encontram os negros no Brasil.”²⁸

A visão cética sobre a lei se deve principalmente porque nenhuma medida, além da criação da própria lei, foi tomada. As práticas racistas a serem punidas não foram apontadas, bem como a situação de vulnerabilidade dos negros se manteve. Sem poder econômico, a saída era continuar mantendo a relação de subordinação e de miserabilidade, enquanto a classe dominante permanecia vendo a situação como de grande harmonia social entre as raças.

Ainda nos anos 50, Florestan Fernandes²⁹ e Roger Bastide³⁰ iniciaram uma série de estudos patrocinados pela UNESCO, objetivando analisar os discursos de democracia racial, tão defendidos pelas classes dominantes que não se reconhecia como discriminatória. O resultado destes estudos resultaram em substancial modificação do que até então se interpretava das relações raciais no

26 Afonso Arinos de Melo Franco foi um político, jurista, professor e historiador, destacando-se pela autoria da Lei Afonso Arinos, em 1951, durante seu mandato como Deputado Federal (UDN).

27 BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo*. São Paulo: Anhembi LTDA, 1955. p. 216.

28 GRIN, Monica; MAIO, Marcos Chor. O antirracismo da ordem e do bom senso no pensamento de Afonso Arinos de Melo Franco. *Topoi*. Revista de História, Rio de Janeiro, V. 14, n. 26, p. 33-45, jan./jun., 2013.

29 Florestan Fernandes foi sociólogo e político, expoente na sociologia brasileira, explorando em suas obras a diversidade sociológica e etnológica brasileira nas décadas de 50 e 60.

30 Roger Bastide foi um professor sociólogo Francês. Radicado no Brasil, seus escritos se destacam pelo estudo das relações raciais no Brasil, juntamente com Florestan Fernandes, e o estudo do Candomblé na Bahia.

Brasil. Inicialmente se reconhecendo como racialmente resolvida, passamos à constatação de que os grupos raciais se posicionam diferentemente no interior da ordem social e de que a distribuição das posições sociais está ligada ao preconceito e à discriminação racial praticada contra os negros, isto é, a democracia racial era um mito, e a realidade era segregacionista. O autor aponta que:

(...) a sociedade brasileira largou o negro ao seu próprio destino, deitando sobre seus ombros a responsabilidade de reeducar-se e de transformar-se para corresponder aos novos padrões e ideais de homem, criados pelo advento do trabalho livre, do regime republicano e capitalista.³¹

Em verdade, a inserção do negro se deu de forma lenta e nos setores subalternos da sociedade, mantendo-o em miserabilidade. Não estando em “encaixe social”, a figura do negro passou a ser rechaçada, excluída do cenário social, quando muito tolerada para o desempenho de determinadas funções em prol das classes dominantes, em consequência direta do processo de abolição da escravidão. Neste aspecto, a imigração de europeus também selou o destino dos libertos e seus descendentes, na medida em que a força de trabalho que poderiam ocupar na maioria das vezes era designada aos imigrantes brancos, ensejando os processos de afastamento dos negros à periferia, à violência e todas as privações inerentes.³²

A doutrina racista, que desde os seus primórdios fomentou a marginalização do negro, obteve na exclusão social os meios de controle e afastamento, dando guarida às práticas de violência direcionadas a quem preenchia a figura do delinquente. A própria contenção do negro a um mesmo espaço que representa seu “devido lugar”, por si só, já configura violência ao estabelecer novos grilhões privadores de sua liberdade, reflexo de uma sociedade com passado de dominação e inferiorização do povo africano. Desta maneira,

Mudaram as aparências, mas a essência das relações sociais não mudou. A atitude do Estado para a situação do negro “liberto” sempre foi omissa: a miséria material, a discriminação e a humilhação vividas pelos afrodescendentes são reduzidas à culpa deles mesmos, por meio de uma manobra ideológica que transforma o que é da esfera das relações de poder em algo natural, inerente à raça.(NUNES, 2006, p. 91)

31 FERNANDES, F. A Integração do Negro na Sociedade de Classes. vol. 1 e 2. São Paulo: Ática, 1978. p. 20.

32 Op.cit, p. 20.

O racismo e o medo que se observou durante a escravidão ganhou novos traços especialmente no transcorrer do Século XX, mas as consequências de sua propagação continuaram a fortalecer ações que permaneceram violentando, subjugando e segregando, uma vez que sua manifestação apenas buscou refúgio em outra forma de controle daqueles que antes eram cativos. Neste sentido, as zonas periféricas como espaço destinado para o negro (não) sobreviver são as novas senzalas, que cultivam o medo do *outro*³³ e a curiosidade pelo seu funcionamento.

O medo branco encontrou refúgio no solo fértil do discurso institucional de controle social. As ações policiais de violência³⁴ tomadas pelo viés racista funcionavam apenas como a exteriorização do sentimento de desejo pela aniquilação do negro que representava a demasiadamente temida desordem aos brancos, e “contra o medo deste mundo portador do caos e da desordem, o Estado brasileiro vai impor sua arquitetura penal institucional”.³⁵ A maneira como as questões étnicas foram disseminadas no Brasil trouxeram consequências devastadoras, onde o descaso estatal no pós-abolição gerou maneiras precárias de vivência, muitas vezes ensejando a necessidade de práticas criminais em face das desigualdades sociais nunca devidamente amparadas e superadas, ao passo que o medo incutido através de um estereótipo que demandaria controle permanece existente. Neste aspecto, a normatização contra as práticas racistas perde a capacidade de erradicar, vez que as práticas racistas se tornam majoritariamente mais sutis nas relações sociais. Entretanto, os elementos de segregação e desigualdade ainda persistem, fatalmente diretos à violência aterradora que este “moinho de gastar gente”³⁶ ocasiona, muito embora seja diuturnamente vista como

33 Lóïc Wacquant utiliza o termo para designar aquilo que é visto como “diferente”, “estranho” e que pode sujar nossa sociedade por não estar no seu “devido lugar”. A solução para este “problema” é a “destruição”, “aniquilação”.

34 A permissividade da população branca quanto à violência policial que se direciona ao estereótipo do criminoso negro “são contextos que parecem deflagrar uma reciprocidade perversa entre sociedade civil e organizações policiais, em função da qual a polícia tende a orientar condutas violentas a partir do que supõe que a sociedade espera dela como responsável pela lei e pela ordem. Essa lógica, não isenta de ambiguidades, faz com que a sociedade movida pelo combustível do medo e da insegurança cobre sempre mais e mais do policial: rapidez, eficiência e agilidade, fazendo dele um herói, se sua função de garantidor da ordem for por ela avaliada como bem-sucedida, ou um bandido, caso dê errado (Idem)”. PORTO, Maria Stela Grosi. Mídia, Segurança Pública e Representações Sociais. Revista de Sociologia da USP. V, 21. Número 2. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v21n2/v21n2a10.pdf>

35 MALAGUTI BATISTA, Vera. Memória e medo na Cidade do Rio de Janeiro. 2014, p. 8. Disponível em: <oolhodahistoria.org/n14/artigos/vera.pdf>. Acesso em 13.08.2018.

36 Oportuna expressão utilizada por Darcy Ribeiro.

mera coincidência por olhares de quem insiste em negar sua existência e acreditar no mito da democracia racial.³⁷

4 NATURALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA: RACISMO INSTITUCIONAL E GENOCÍDIO DA POPULAÇÃO NEGRA

“A carne mais barata do mercado é a carne negra\que vai de graça pro presídio\que para debaixo de plástico\que vai de graça pro subemprego\que pros hospitais psiquiátricos.

A carne mais barata do mercado é a carne negra\que fez e faz história segurando esse país no braço\o cabra aqui não se sente revoltado\porque o revólver já está engatilhado\o vingador é lento mas muito bem intencionado [...]”

O senso comum do estereótipo marginal desde a sua concepção obteve grande proporção e perpetuou uma fábrica de violência, na medida em que atinge o cerne da consciência social e abre margem à permissividade (in)consciente de condutas de cunho preconceituoso. Fixando-se na visão de cada indivíduo sobre como vê o outro, gerou critérios de seletividade no imaginário que vê no negro o perigo a ser evitado. Desta necessidade de combate ao inimigo encontrado, feita pelas instituições que promovem a “segurança”. Ao longo dos anos pós abolição, a visão do negro como a figura inferior e perigosa resistiu e permanece em plena vigência.³⁸ Em aportes atuais, Vera Malaguti Batista nos explica que

O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o

37 “O mito da democracia racial, baseado na dupla mestiçagem biológica e cultural entre as três raças originárias, tem uma penetração muito profunda na sociedade brasileira: exalta a ideia de convivência harmoniosa entre os indivíduos de todas as camadas sociais e grupos étnicos, permitindo às elites dominantes dissimular as desigualdades e impedindo os membros das comunidades não-brancas de terem consciência dos sutis mecanismos de exclusão da qual são vítimas na sociedade. Ou seja, encobre os conflitos raciais, possibilitando a todos se reconhecerem como brasileiros e afastando das comunidades subalternas a tomada de consciência de suas características culturais que teriam contribuído para a construção e expressão de uma identidade própria”. (MUNANGA, 2005, p.89)

38 Observa-se que o estigma ocasionado pela propagação de preconceitos quanto a cor acompanhou o negro nas primeiras décadas do século XX na caracterização dos suspeitos, como aponta Fausto: “Em 1892 um delegado de polícia descrevia uma jovem suspeita de realizar um furto: trata-se de uma preta, de estatura pequena, de cabelos encarapinhados, de olhos grandes, bons dentes, lábios grossos” (Fausto, 1984, p. 66).

circunda. A mídia, a opinião pública destacam o seu cinismo, a sua afronta. São camelôs, flanelinhas, pivetes e estão por toda a parte, até em supostos arrastões na praia. Não merecem respeito ou trégua, são sinais vivos, os instrumentos do medo e da vulnerabilidade, podem ser espancados, linchados, exterminados ou torturados. (BATISTA, 1998, p. 28)

A fixação do estereótipo contamina a ideologia das instituições e, principalmente, reflete-se em atuações que priorizam a busca de contenção dos negros. A mídia, neste aspecto, representa o alimentador da introjeção dos medos, ensejando a sempre crescente demanda por punição.³⁹ O discurso não prescinde de manifestação racista, mas de uma mensagem intrínseca que resguarda e eterniza a visão do negro como o pobre, o doente, o sujeito, o vagabundo, o ladrão. Podemos observar que

Ao levantarmos da cama para ir ao trabalho e ligarmos a televisão, somos invadidos pelas notícias do dia sobre crimes, assassinatos e sequestros. No monopólio dos meios de comunicação, toda a culpa pelos tormentos sofridos pela população recai sobre a tal criminalidade, representada predominantemente pelos de cor negra. O pânico, institucionalizado, prepara-nos diariamente para enfrentarmos uma guerra diária contra a violência. A televisão, hoje, é a grande protagonista das questões penal e racial. Os meios de comunicação têm tanta influência que não só pautam, mas também moldam, essas questões. Ao mostrar os criminosos, no geral, evidenciam o racismo, ao colocar a imagem do negro de forma expressiva – o “bandido” negro aparece de frente e o “bandido” branco aparece de costas. Até as vestimentas das pessoas que, no passado, eram uniformes sóbrios, hoje são coletes com nomes dos órgãos envolvidos no processo. Diariamente entram ao vivo para conversar com jornalistas e relatar o que estão fazendo e como foi o interrogatório. Frequentemente, o delegado, vestido em uniforme de cor escura, informa que o acusado não mostrou emoção, foi frio ao cometer o crime, ou seja, é culpado. Cria-se a demanda por repressão e a legitimação dos excessos. São apresentadas, por exemplo, três matérias com a liderança de uma favela e depois entra-se na favela matando dez pessoas. (SANTOS, 2013, p. 125-126)

Na prática, a soma destas análises se converte em números reveladores e em alarmante crescimento em pouco mais de uma década. Segundo dados do Anuário de Segurança Pública ainda no ano de 2014,⁴⁰ ao menos 6 pessoas são mortas diariamente pela polícia, sendo estas mortes cometidas em

39 Vera Malaguti Batista aponta que a hegemonia conservadora que nos deu formação social difunde o medo como mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social. Assim, o medo influencia na tomada de posições estratégicas, seja na esfera econômica, política ou social. (BATISTA, 2003, p. 23)

40 Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, São Paulo, 8ª edição, 2014. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf. Acesso em: 20.07.2018.

81,8% dos casos quando esta polícia está em serviço. Grande parcela da sociedade ainda visualiza este número como reflexo de práticas necessárias de contenção da violência, em um cenário onde é “matar ou morrer” e, neste ínterim, a vida do policial que trava a guerra com os “desordeiros” deve ser preservada, de maneira que legitima os abusos, as injustiças e o elevado número de mortes. O grande engano desta conclusão se reflete nas pesquisas feitas quanto às mortes de policiais: entre os anos de 2008 e 2013 tivemos 1.770 policiais mortos, mas a porcentagem de mortes de policiais fora de serviço representa 75,3% desta quantia, número que sofreu queda de 2,5% no ano de 2014. Entretanto, a polícia brasileira matou neste mesmo período o equivalente ao que os policiais americanos mataram em 30 anos.

Relata o Anuário de Segurança Pública que

[...] em nenhum país do mundo, sem guerra declarada, mais seres humanos mataram outros seres humanos do que no Brasil. Quase 60.000 pessoas foram assassinadas em nosso país. Comparações à exaustão com guerras e tragédias (perdemos em 2014 o mesmo que os EUA em toda a Guerra do Vietnam) já foram feitas e, mesmo assim, não parecemos conseguir incluir o tema dos homicídios no centro da agenda política brasileira. Governos de todos os níveis, sociedade civil organizada, imprensa parecem tratar o tema com atenção mediana diante do tamanho do nosso problema. A única explicação razoável para essa epidemia de indiferença diante do horror é o fato de que os mortos são invisíveis. São quase todos pobres, são em grande parte negros e jovens. (ABRAMOVAY, 2015, p. 20)

Aqui se salienta o racismo institucional reproduzido pela mãos do Estado polícia, mas sua existência está em variados âmbitos, sendo igualmente grave na esfera política quando verificamos a ausência de políticas públicas que busquem tratar da questão, seja por manutenção de poder à elite branca, racismo ou por acreditar que tais pautas não rendem voto.⁴¹ Entretanto, a análise centra seu

41 Para entender como se dá muitas vezes a visão do “lugar do negro” e os preconceitos que esta concepção produz, temos a entrevista realizada com Sérgio Cabral, ex governador do Rio de Janeiro, cidade seio da desigualdade refletida um grande conjunto habitacional de favelas e que vemos frequentemente nos noticiários como palco de atuações racistas por parte da polícia. Relata o artigo jornalístico: “O governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral Filho (PMDB), pai de cinco filhos, defendeu ontem, 26.10, a legalização do aborto como forma de conter a violência no estado e afirmou que as taxas de fertilidade de mães faveladas são uma ‘fábrica de produzir marginal’. Segundo o governador, 44, existem ‘dois brasis’, um de padrão de países nórdicos, como a Suécia, e outro com nível de pobreza comparável a países miseráveis africanos (...) ‘Sou favorável ao direito da mulher de interromper uma gravidez indesejada. Sou cristão, católico, mas que visão é essa? Esses atrasos são muito graves. Não vejo a classe política discutir isso. Fico muito aflito. Tem tudo a ver com violência. Você pega o número de filhos por mãe na Lagoa Rodrigo de Freitas, Tijuca, Méier e Copacabana, é padrão sueco. Agora, pega na Rocinha. É padrão Zâmbia, Gabão. Isso é uma fábrica de produzir marginal”. Folha de S. Paulo, 25 de outubro de 2007.

foco dentro das polícias pois, como componente do sistema de justiça criminal, atua como “filtro” inicial do sistema e em contato direto a população. Além disso, as polícias participam do cotidiano da população, o que lhes garante figurar como a representação do Estado,⁴² sobretudo para as camadas mais pobres e pertencentes à população negra que sofrem maior opressão do braço armado do Estado, protetor dos privilégios da elite branca, seja por meio da prisão ou do extermínio da população negra. Como linha de frente do Estado nas regiões mais pobres e de população negra, a polícia tem a capacidade de transmitir em sua atuação as ideologias institucionais. Neste aspecto se observa uma clientela principal, o agente que chama a atenção para a repressão: negro e pobre.

42 Com o descaso quanto às desigualdades geradas na formação e desenvolvimento das favelas, o Estado que se apresenta para seus moradores é o Estado policial, tipicamente fabricado pelo capitalismo da barbárie. Como observa Vera Malaguti Batista, “O mercado varejista do capitalismo ilícito é bárbaro, o mercado bom ficará para os meus filhos, um é designer, o outro é advogado, o outro trabalha em banco, mas o filho da minha passadeira tem que se conformar com a bolsinha família, o salariozinho ruim, ficar direitinho, não se comportar mal com a polícia. Mas, mesmo assim, de vez em quando ele irá apanhar na cara, levar um tiro, alguém vai botar uma arma e um flagrante na mão dele. As pessoas vão se barbarizando: tem também uma educação para isso, que é a educação do esculacho, o menino pobre, negro, adolescente no Rio de Janeiro pode ser morto a qualquer momento e ser chamado de traficante”. Trecho da entrevista para o “Brasil de fato”. Disponível em: <http://www.brasildefato.com.br/node/5258>

O estereótipo acompanha desde a abordagem,⁴³ revela-se em muitos depoimentos⁴⁴ e apresenta seus resultados na verificação do padrão étnico de nossa massa carcerária e das vítimas de morte violenta em nosso País.

Descortinando mais índices⁴⁵ que transparecem a seletividade, temos que entre os anos de 2006 a 2016 a taxa de homicídios contra não-negros (brancos, amarelos e indígenas) teve uma redução de 6,8%, na contramão do aumento registrado de 23,1% na taxa de mortes de indivíduos negros (pretos e pardos). Neste lapso temporal, 71,5% das vítimas de morte por agressão eram pardas ou negras, sendo que destas, 53% tinham entre 15 e 29 anos, majoritariamente de

43 No ano de 2005 foi realizado um levantamento em Pernambuco para verificar se existia “filtragem racial” nas abordagens feitas a condutores de veículos. Podemos observar as indagações e a resposta dos policiais no presente trecho:

“Entre os entrevistados, prevaleceu a percepção de que a tendência do trio era a de abordar primeiro o negro, confirmando o que foi visto na pesquisa quantitativa:

[...] por instinto, iria coincidir com o máximo racismo, é lógico.” (Sargento PM), “O cara vai logo ao negro, sempre foi assim, sempre vai ser assim.” (Soldado PM), “De imediato o preto, digo sem medo de errar.” (Soldado PM)

“O negro, com certeza.” (Capitão PM)

Por outro lado, quando questionados sobre qual seria a sua tendência caso fizesse parte do trio, houve uma alternância entre abordar o mais próximo, abordar os dois ou o que apresentasse atitude mais suspeita, confirmando também os dados quantitativos. Apesar disso, quatro policiais indicaram que tenderiam a priorizar abordar o negro:

“Abordaria os dois [...] caso não fosse possível, a tendência seria abordar o negro, por uma questão cultural.” (Capitão PM)

“Em primeiro lugar abordaria o negro.” (Capitão PM)

“Talvez o negro, inconscientemente.” (Tenente PM)

“No início da minha carreira, eu iria pela ação mecânica. Hoje, eu pondero mais [...]” (Sargento PM)

Durante as entrevistas, foi percebido o rubor facial dos que relataram que já abordaram tendo como filtro a cor da pele. Esse constrangimento sinaliza que havia um entendimento das implicações e desdobramentos da abordagem realizada:

“Lamentavelmente, com franqueza, eu tenho que dizer que sim [...] talvez por influência [...] talvez por ser uma forma da gente se livrar de um problema [...] isto já aconteceu.” (Major PM)

“Numa abordagem a coletivos mesmo, a gente escolheu alguns, sendo que os poucos escolhidos, geralmente eram as pessoas negras [...]” (Tenente PM)

“Já me deparei com algumas situações que posteriormente me arrependi.” (Capitão PM)

“Já aconteceu comigo e não acredito que esteja isento de não acontecer de novo, pois no dia-a-dia, nessa questão de abordar, fazer uma triagem para abordar, a tendência é falhar nisso aí.” (Soldado PM). Disponível em:

<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/viewFile/31/29>. Acesso em 20.07.2018.

44 Conforme SANTOS, “o racismo de autoridades policiais está presente nas transcrições de depoimentos, associando o negro ao ócio, à violência e à permissividade sexual. Ser negro foi construído como sendo um atributo representacional identitário negativo. Testemunhas de defesa de crimes de “defloramento de moça branca” empregam como elemento de estratégia poluidora da vítima a referência à sua “amizade com pretos”, “ter-se abrigado na casa de uma preta”. Registre-se, ainda, que uma parcela de negros estava presa por questões de contravenção e, devido à situação de subemprego em que viviam, ficava estigmatizada como um grupo de pessoas destituídas de qualquer direito – quase cidadãos”. SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. Direitos humanos e as práticas de racismo. 2013, p. 30-31.

45 Dados disponíveis no Atlas da Violência Pública 2018: IPEA e FBSP. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 06.08.2018.

baixa escolaridade.⁴⁶ Nesse sentido, divulga o Atlas da Violência Pública, as chances de um jovem negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,5 vezes maior do que o de um jovem branco, visto que a taxa de homicídios contra negros totalizou 40,2%, enquanto contra não-negros foi de 16,0%,⁴⁷ ⁴⁸revelando o genocídio⁴⁹ da população negra, como se houvessem dois países diferentes (um para negros e outro para não-negros) em relação à letalidade da violência, ainda que isto seja negado tanto quanto se nega a existência de racismo no Brasil.

O padrão físico se repete,

Jovem, negro e pobre. Esse é o perfil de quem geralmente morre nas mãos da polícia. O racismo é um componente fundamental para explicar parte da violência. O racismo institucional se revela por meio de mecanismos de instituições públicas, explícitos ou não, que dificultam o fim da desigualdade entre negros e brancos. (SANTOS, 2009, p. 182)

Os números apontados são o reflexo de uma “*sociedade hierarquizada, em que existe uma legislação da qual os negros não podem usufruir de forma equitativa dos direitos nela contidos, gera um cidadão sem cidadania, submetido a um racismo institucional, promovido pelas agências do sistema de*

46 “Quando analisamos a violência letal contra jovens, verificamos, sem surpresa, uma situação ainda mais grave e que se acentuou no último ano: os homicídios respondem por 56,5% da causa de óbito de homens entre 15 a 19 anos. Quando considerados os jovens entre 15 e 29 anos, observamos em 2016 uma taxa de homicídio por 100 mil habitantes de 142,7, ou uma taxa de 280,6, se considerarmos apenas a subpopulação de homens jovens.” Atlas da Violência Pública 2018: IPEA e FBSF. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>, p. 3. Acesso em: 06.08.2018.

47 Dados disponíveis no Atlas da Violência Pública 2018: IPEA e FBSF. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 06.08.2018.

48 “Os dados trazidos pelo Atlas da Violência 2018 vêm complementar e atualizar o cenário de desigualdade racial em termos de violência letal no Brasil já descrito por outras publicações. É o caso do Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência, ano base 2015, que demonstrou que o risco de um jovem negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,7 vezes maior que o de um jovem branco. Já o Anuário Brasileiro de Segurança Pública analisou 5.896 boletins de ocorrência de mortes decorrentes de intervenções policiais entre 2015 e 2016, o que representa 78% do universo das mortes no período, e, ao descontar as vítimas cuja informação de raça/cor não estava disponível, identificou que 76,2% das vítimas de atuação da polícia são negras”. Atlas da Violência Pública 2018: IPEA e FBSF. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>, p. 41. Acesso em: 06.08.2018.

49 O genocídio é um conceito formado pelas palavras “genos”, que em grego significa tribo, raça ou nação, e do termo de raiz latina “cida”, que significa matar. De maneira objetiva, o genocídio se refere ao processo sistemático de eliminação de um determinado grupo racial, étnico ou religioso.

justiça” (SANTOS, 2009,34). Ao obtermos em estatísticas a comprovação deve(ria) nos fazer concluir que há algumas medidas a serem tomadas, que devemos buscar verdadeiramente a inserção do negro no centro das discussões sociais diante das falhas históricas que o colocaram sempre em posição desigual, mas isto não é o que vemos nas práticas cotidianas de opressão.

Conclui o Anuário de 2014:

Ao perceber que as vítimas são, em sua grande maioria, pobres e se concentram em zonas de exclusão, nos faz pensar que políticas de segurança pública devem ser combinadas com políticas específicas que produzam oportunidades para os jovens em áreas com índices mais altos de violência. Os dados apresentados neste Anuário também jogam por terra a ideia de que políticas criminais mais duras podem ser efetivas na redução de homicídios. Os últimos 15 anos, que marcam recordes sucessivos no número de brasileiros assassinados, também produziram recordes no número de presos, mostrando que o aumento indiscriminado da população carcerária tampouco é solução efetiva. [...]A única explicação para a aceitação de uma polícia tão letal é a visão, pelo conjunto da sociedade, de que há vidas descartáveis. E não nos iludamos, entre essas vidas descartáveis estão os 398 policiais mortos em 2014. Mortes que tão pouco parecem mobilizar cabeças e corações dos brasileiros. É fundamental que se perceba que uma polícia inspirada pela lógica de guerra, ao invés de tornar o país mais seguro, é mais um motor na engrenagem perversa que nos transforma em campeões mundiais de homicídios. Os números são assustadores. Mas têm sido tratados como números. É necessário que pensemos nas quase 60.000 famílias que perderam seus filhos e filhas no ano passado para romper o imobilismo que, no fundo, nos faz cúmplice da nossa maior tragédia desde a escravidão.⁵⁰

Em verdade, não apenas o superior numerário de mortes da população negra deve nos fazer verificar a existência do racismo, mas principalmente na ausência de oportunidades igualitárias que permitam a diminuição destes números e a insistência em encarar como solução para tão midiática e socialmente suscitada

50 ABRAMOVAY, Pedro. Um pacto para vencer nossa maior tragédia desde a escravidão, p. 20-21. In: Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf>. Acesso em: 20.07.2018.

impunidade⁵¹ as soluções apresentadas pelo Direito Penal, estratégia historicamente falha.⁵²

De outra banda, não podemos esquecer que o racismo institucional existente nem sempre se opera ou traduz pelas ações de violência física de toda ordem, mas também se constitui e gera danos quando manifestada pela ausência de representatividade, um dos maiores resultados da presença do negro em inúmeras esferas públicas. Neste sentido,

O racismo institucional é revelado através de mecanismos e estratégias presentes nas instituições públicas, explícitos ou não, que dificultam a presença dos negros nesses espaços. O acesso é dificultado, não por normas e regras escritas e visíveis, mas por obstáculos formais presentes nas relações sociais que se reproduzem nos espaços institucionais e públicos. A ação é sempre violenta, na medida em que atinge a dignidade humana. (SANTOS, 2013, p. 27)

A legitimação da violência gerada pela questão étnica aos afrodescendentes também encontra guarida na negativa de que existe o racismo institucional, o que na maioria das vezes provém da crença genuína de que vencemos qualquer desigualdade ou segregação. O discurso pode ser antirracista, que não pregue a segregação, mas a resistência quanto à adoção de medidas institucionais em benefício da população negra revela o ambiente segregador em que as relações se estabelecem.⁵³ O racismo institucional é brutalmente “sutil”.

51 A impunidade é uma grande falácia. No Brasil punimos demasiadamente, os dados apresentados corroboram com isto. Entretanto, mantemos o foco da punição a uma determinada parcela da sociedade. Buscamos punir o negro, o pobre, aquele que se encaixa no perfil marginal historicamente explorado. Sobre o tema, explica Nilo Batista: “Quando alguém fala que o Brasil é ‘o país da impunidade’, está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupro, etc.) Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjam rápido emprego e desfrutam do salário mínimo (punidos ou mal pagos). Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir o salário, porque a polícia prende e arrebenta (punidos e mal pagos)”. BATISTA, Nilo. Punidos e Mal Pagos. Editora Renavan. Rio de Janeiro. 1990, p. 38-39.

52 Conforme dados do INFOPEN, o total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016, quase o dobro do número de vagas (368.049 no mesmo período). Em dezembro de 2014, eram 622.202 presos, o que representa crescimento de mais de 104 mil pessoas em 18 meses — mais de 5,7 mil por mês, em média. Cerca de 40% dos presos hoje são provisórios, ou seja, ainda não têm condenação judicial. Neste numerário, mais da metade dessa população é de jovens de 18 a 29 anos e 64% são negros. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – Junho de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>>. Acesso em 01.08.2018.

53 As cotas raciais despontam como um dos grandes alvos de discussão e opiniões contrárias, pois muitos brancos se veem injustiçados. Nos 354 anos de escravidão negra, os cativos

Esta abordagem leva a se imaginar uma sociedade cujos segmentos dominantes não tenham consciência do seu racismo e, no limite, aparentemente, tenham até atitudes antirracistas. Isso asseguraria uma posição no mínimo confortável, um afastamento de qualquer situação de mudança, e se conviveria com um racismo disfarçado, invisível, ao mesmo tempo que aquelas elites auferem vantagens dessas situações. As causas do racismo são camufladas, não detectáveis aparentemente, enquanto seus efeitos são tangíveis. A força da ideia do racismo institucional está em denunciar a discriminação racial dissimulada, e em levar à consciência de que não é possível esperar que, espontaneamente e de maneira voluntária, ocorram mudanças nas condições sociais da população negra; é preciso investimento das instituições. (SANTOS, 2013, p. 25-26).

Negando o racismo pela sua naturalização dentro do cotidiano, a sociedade se apoia no mito de que vivemos uma democracia igualitária, que guarda oportunidades facilmente alcançáveis para todos. Neste interregno, a dificuldade em inserção do negro em variadas esferas sociais e a preocupação em retirá-lo dos papéis que sempre lhe foram impostos pelo medo racial esbarra-se nos discursos de meritocracia⁵⁴ e conquista pelo esforço, quando poucos são os subsídios fornecidos no Brasil (mesmo sendo extremamente necessários, dadas as chagas históricas ainda pulsantes) para isto se concretizar. Deixamos de lado a herança escravista, a segregação, a atribuição da visão marginal, a contenção sofrida nas favelas e uma atualidade que leva o Estado ao morro através da polícia, apoiando-nos no mito da democracia racial. Esquecemos os excessos e as inúmeras injustiças cometidas na atuação policial,⁵⁵ e permanecemos produzindo discursos punitivos traduzidos no

servirem como escada para o enriquecimento da elite branca. No pós-abolição, os negros foram largados à própria sorte enquanto os imigrantes europeus tiveram subsídios do governo, trabalho remunerado e muitos até mesmo receberam terras para cultivarem e se desenvolverem. Quando falamos em cotas para negros, portanto, estamos nos referindo às necessárias ações afirmativas para tentar o equilíbrio desta balança, buscando a igualdade que muitos, cegamente, acreditam existir. As cotas em universidades e em concursos públicos são, portanto, uma necessidade de buscar uma equiparação de oportunidades entre brancos e negros, visto que a cor da pele é critério de seleção, bastando olhar para o ambiente acadêmico e público. Cotas raciais não tiram o mérito, não diz respeito a capacidade, pois a incapacidade do negro é uma invenção engendrada pela racista teoria que o coloca como raça inferior. As cotas dizem respeito a *oportunidades de acesso*, e a história nos comprova que quanto a isto elas nunca foram as mesmas.

54 O termo "meritocracia" foi criado pelo sociólogo britânico Michael Young, em *The rise of the meritocracy* (O triunfo da meritocracia, publicado em 1958). Para o sociólogo, a meritocracia se sustenta na ideia do esforço pessoal e na igualdade de oportunidades dos indivíduos gerada na disputa por algo. Para o senso comum, equivale a dar a alguém o que ele conseguiu por merecimento, talento ou sorte, o que politicamente não é tarefa tão simples.

55 Inúmeras e tristes são as histórias que apontam o extermínio da população negra: Na noite de 23 de julho de 1993, pouco antes da meia-noite, dois carros com placas cobertas pararam em frente à Igreja da Candelária e atiraram contra dezenas de pessoas, a maioria crianças e adolescentes que ali dormiam. Os assassinos eram policiais militares e os mortos eram pobres e, em maioria, negros; Em 14 de julho de 2013, durante uma operação chamada "Paz armada" realizada na

mesmo estereótipo físico dos agentes punidos, perpetuando a violência contra uma parcela da sociedade “*cujas vidas não são consideradas como tão valiosas*”, como afirma o relatório sobre o racismo institucional no Brasil, desenvolvido em 2014 pela Organização das Nações Unidas.

Ainda, temos que marginalização da população negra e a depreciação de sua figura atinge sobretudo o próprio negro na construção de sua identidade. Ferreira (2000, p. 47) considera identidade como “uma referência em torno da qual o indivíduo se auto reconhece e se constitui, estando em constante transformação e é construída a partir de sua relação com o outro”. Neste sentido, a disseminação do ideal branco influencia na visão do negro quanto a si e os espaços que pode ocupar, introjetando a visão negativa de seus valores culturais, sua história e sua própria existência. O preconceito racial atua como uma barreira que impede o negro de ir em busca de sua identidade, levando-o a se entregar à realidade imposta e resultando no seu isolamento, ao distanciamento e anulação de seus sonhos. Esta é a realização do pensamento racista e genocida: colocar o negro em seu “devido lugar” e, com a disseminação do medo justificador do uso da violência, exterminá-lo de vez da convivência com as elites brancas dominantes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando a figura do negro em diversos momentos de nossa história, podemos observar a posição de inferioridade que a sociedade sempre lhe impôs. Começando pela sua vivência como cativo na mão dos senhores de escravos e percorrendo até a sua criminalização pelo estereótipo marginal desenvolvido, até mesmo por escritos científicos, é possível apontar que o racismo é o ponto central que o condenou à segregação e posição social desigual.

favela da Rocinha, no Rio de Janeiro, o pedreiro negro e analfabeto, Amarildo Dias de Souza, morador do local, foi levado por Policiais militares para averiguação. Amarildo nunca mais retornou para casa onde deixou sua mulher e 6 filhos, apontando as investigações que foi torturado até a morte por trás dos contêineres da Unidade de Polícia Pacificadora, tendo seu corpo posteriormente descartado; Cláudia Silva Ferreira, mulher negra, auxiliar de serviços gerais de 38 anos, foi baleada enquanto ia comprar pão durante uma troca de tiros no morro da Congonha, no subúrbio do Rio de Janeiro, tendo sido levada no porta-malas da viatura pelos PM's para o hospital. No caminho, a mala abriu e Cláudia foi arrastada pela viatura por 350 metros, mesmo com o aviso dado por todos que presenciaram a cena, chegando ao hospital sem vida; Ainda mais recente, em 30 de novembro de 2015, 5 jovens negros tiveram seu carro metralhado por mais de 100 tiros de fuzil pela Polícia Militar do Rio de Janeiro. Ao perceber que havia “engano”, a PM tentou forjar um cenário de autos de resistência.

Neste aspecto, a Lei Áurea foi mera concessão de liberdade jurídica, precedida de uma construção de novas maneiras de contenção e controle do negro liberto, o que nos conduziu para uma situação onde ainda não obtivemos uma real liberdade ao negro na sociedade contemporânea. Permanecemos estagnados nos velhos preconceitos segregadores que nada geram além de desigualdade e controle social feito pelo uso da violência, representação da instauração do racismo institucional.

Nossa sociedade nega o racismo, resiste em tocar no assunto pela velha crença de que o racismo é uma criação da discussão de sua existência e calá-lo nos traz a igualdade. Entretanto, enquanto silenciemos o assunto, milhares de negros, majoritariamente jovens e pobres, perdem suas vidas por conta da violência estatal que possui a ideologia racista arraigada e naturalizada, assim como disseminado na sociedade civil, onde o negro é um mal a ser combatido.

Através de números alarmantes, é impossível permanecer silente e dosar nas definições: vivemos o genocídio da população negra. Apenas pelos dados já deveríamos repensar que tipo de sociedade construímos e ainda estamos construindo, onde a cor da pele é critério de julgamento prévio e acarreta altos índices de morte violenta, mas o que se observa é uma constante resistência em discutir a situação e em lembrar o passado, na esperança de que o tempo nos faça esquecer de qualquer vergonha. Nos convencemos de que o racismo não existe, mas apontamos com veemência que as políticas afirmativas em prol dos negros geram a desigualdade e, com isso, mantemos a população negra em seu “devido lugar”, o lugar de sempre, onde as oportunidades desde o princípio não se mostraram igualitárias.

6 REFERÊNCIAS

Atlas da Violência Pública 2018: IPEA e FBSP. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 06.08.2018.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, São Paulo, 8ª edição, 2014. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf. Acesso em: 20.07.2018.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, São Paulo, 9ª edição, 2015. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf. Acesso em: 26.07.2018.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo.** São Paulo: Anhembi LTDA, 1955.

BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos.** Editora Renavan. Rio de Janeiro. 1990.

BRAICK, Patricia Ramos; MOTA, Myriam Becho. **História: das cavernas ao terceiro milênio.** Volume Único. 3.ed. São Paulo: Moderna, 2007.

COSTA, A. M. **A violência como marca: a pesquisa em história.** In L. M. Schwarcz & L. V. S. Reis (Orgs.), *Negras imagens: ensaios sobre cultura e escravidão no Brasil* (pp. 81-91). São Paulo: Edusp.1996.

ESTADÃO ACERVO. **A destruição dos documentos sobre a escravidão.** Disponível em:<<http://www.acervo.estadao.com.br/noticias/acervo,a-destruicao-dos-documentos-sobre-a-escravidao,-11840,0.htm>>. Acesso em: 30 out. 2018

FAUSTO, Bóris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

FERNANDES, F. **A Integração do Negro na Sociedade de Classes.** vol. 1 e 2. São Paulo: Ática, 1978.

FERREIRA, Ricardo Franklin, **Afro-descendente: Identidade em construção.** São Paulo: EDUSC: Rio de Janeiro: Palas, 2000.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. Brasília, DF, 2006. Dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em:

http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf

Acesso em 20.07.2018.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. Rio de Janeiro, Maia & Schmidt, 1933.

GELEDÉS. Instituto da mulher negra; CFEMEA. Centro feminista de estudos e assessoria. **A história da Escravidão no Brasil**. 2014. Disponível em:

<http://www.geledes.org.br/historia-da-escravidao-negra-brasil-2/#gs.2=8lyRs>

Acesso em 07.08.2018.

GÓES, Luciano. **Racismo, genocídio e cifra negra: raízes de uma criminologia antropofágica**. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=64600a36d09f4960>. Acesso em 03.08.2018.

GONZALEZ, Lélia. **A categoria político-cultural de amefricanidade**. In: Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1988.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?: uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Atualização – Junho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>. Acesso em 01.08.2018.

MAIOLINO, Ana Lúcia Gonçalves. **Espaço Urbano: conflitos e subjetividade**. Rio de Janeiro: Mauad/Faperj, 2008.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **Difíceis ganhos fáceis: droga e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1998

MALAGUTI BATISTA, Vera. **Memória e medo na Cidade do Rio de Janeiro**. 2014, pág. 8. Disponível em: <oolhodahistoria.org/n14/artigos/vera.pdf>. Acesso em 30.07.2018.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro – dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MOURA, Clóvis. **Rebeliões da senzala**. 4.ed. Porto Alegre: Mercado Alegre, 1988.

MUNANGA, Kabengele. **Os jovens e as jovens são as maiores vítimas da nossa sociedade**. 2008. Disponível em:<<http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/n44/n44a04.pdf>>. Acesso em 23.07.2018.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra**. Belo Horizonte: Autêntica: 2005.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

NUNES, Sylvia da Silveira. **Racismo no Brasil: tentativas de disfarce de uma violência explícita**. Psicol. USP [online]. vol.17, n.1, 2006.

OLIVA, Anderson Ribeiro. **Sobre a cor da noite: teorias raciais e visões sobre o negro em meio aos debates científicos da passagem do século XIX para o XX**. Revista Múltipla – Ano VIII - vol. 9 – nº 14, junho de 2003.

PORTO, Maria Stela Grosi. **Mídia, Segurança Pública e Representações Sociais**. Revista de Sociologia da USP. V, 21. Número 2. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v21n2/v21n2a10.pdf>>. Acesso em: 21.07.2018.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RODRIGUES, Raimundo de Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. 3.ed. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

_____. **Os africanos no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1932.

ROMERO, Silvio. **História da Literatura Brasileira**. 1º vol. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1949.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos humanos e as práticas de racismo**.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil - 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SKIDMORE, Thomas E. **Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008.

WEIMER, Rodrigo de Azevedo. **Cidadanias e liberdades no Sul do Brasil nas décadas finais do século XIX in Dinâmicas de Cidadania: abordagens etnográficas sobre a diversidade**. Org. Cíntia Beatriz Muller e Miriam de Fátima Chagas. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2010.

E SE FOSSE COM VOCÊ? UM DIÁLOGO JURÍDICO E EMPÁTICO SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO DE TRANSEXUAL

Schirley Kamile Paplowsk e
Lisiane Beatriz Wickert¹

Resumo: As mudanças sociais que permitiram nova roupagem à família também impactaram na vida individual de seus integrantes. Nesse caminho, a atual formação da estrutura familiar pauta-se pelo afeto e, na sua ausência, a ruptura do vínculo formal é medida sensata. O ordenamento jurídico pátrio estabelece circunstâncias nas quais o casamento é anulável, dentre elas por erro essencial sobre a pessoa do cônjuge. A doutrina nacional compreende como erro, inclusive, a condição de transexualidade, o que autoriza desconsiderar a existência do enlace. Entretanto, a medida não se coaduna com o primado da dignidade da pessoa humana, restando ao cônjuge insatisfeito valer-se do divórcio ou da separação. Para realizar essa abordagem, o estudo foi desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Identidade de gênero. Erro essencial sobre a pessoa. Transexualidade. Anulação de casamento.

Sumário: 1 Introdução. 2 Uma releitura da família brasileira a partir de suas novas bases. 3 Identidade de gênero: a soma de fatores que permeiam a vida humana 4 O casamento no ordenamento jurídico brasileiro e suas possibilidades de anulação. 5 A (im)possibilidade de anulação do casamento contraído com transexual que omite tal circunstância à(ao) companheira(o). 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

¹Acadêmica do curso de Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bolsista PIBIC/CNP.

Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela UNIJUÍ. Pós-graduada em Instituições Jurídico-Políticas pela UNIJUÍ. Professora da Pós-graduação e graduação do Curso de Direito da UNIJUÍ. Advogada

Nem tudo que parece ser efetivamente é. E se não passar de um ponto de vista? A transexualidade e os olhares atendem a perspectiva de ângulos, uma vez considerada anomalia, outra exercício da liberdade e da existência humana. Sem dúvida, é tema que ainda desafia muitas intervenções moralistas e discriminatórias, posto que o campo da sexualidade enfrenta variados tabus no seio social.

Para discutir a temática, sob a égide do regramento civilista brasileiro quanto à anulação do casamento, demonstraremos a inexistência de vício de vontade e erro essencial sobre a pessoa, na hipótese de consorte que toma conhecimento da transexualidade e se torna insatisfeito com o vínculo. O divórcio e a separação constituem meios para findar a sociedade conjugal, disponíveis aos cônjuges, mas seus efeitos são distintos da anulação do casamento, postulada por aquele que se diz incorrido em erro sobre a identidade do outro.

Com essa finalidade, o estudo foi dividido em quatro momentos. No primeiro, em “uma releitura da família brasileira a partir de suas novas bases”, verifica-se que a sustentação da família, hoje, paira no afeto e na comunhão plena de vida. E inexistindo esse elemento subjetivo de carinho, amor e afeição, a estrutura familiar não se justifica. Ou seja, é pelo desaparecimento do afeto que o vínculo é desconstituído, e não pela irrisignação, pura e simples, dos integrantes do seio familiar quanto à condição psíquica e identitária do outro.

Na sequência, em “identidade de gênero: a soma de fatores que permeiam a vida humana”, dando continuidade na abordagem de questões contemporâneas, antes sobre a família, agora sobre os sujeitos, serão examinados termos básicos sobre a identidade de gênero, bem como inovações no campo jurídico, especialmente aquelas trazidas com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275 (em que restou reconhecido a transgêneros o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil, independentemente de cirurgia, de tratamentos hormonais ou de autorização judicial).

Logo após, “o casamento no ordenamento jurídico brasileiro e suas possibilidades de anulação” é a abordagem da celeuma sob a ótica doutrinária e legislativa atual, seguida da opinião crítica e da discussão da hipótese na

“(im)possibilidade de anulação do casamento contraído com transexual que omite tal circunstância à(ao) companheira(o)”.

“E se fosse com você? Um diálogo jurídico e empático sobre a (im)possibilidade de anulação de casamento de transexual” traduz-se em uma proposta humanista de discussão do fenômeno da transexualidade, em que se busca também que o leitor se posicione na condição daquele que vivencia o tormento psíquico e social. As consequências jurídicas narradas são, pois, uma pela anulação do casamento e a outra pela separação ou divórcio. Nesse toar, o presente trabalho tem por objetivo analisar o posicionamento doutrinário e jurídico acerca da anulação do casamento, com base no erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, quando esse se tratar de indivíduo transgênero, cujo método de abordagem é hipotético-dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica.

2 UMA RELEITURA DA FAMÍLIA BRASILEIRA A PARTIR DE SUAS NOVAS BASES

A estrutura social familiar já perpassou por múltiplas transformações, seja no aspecto de tempo ou de espaço. Das primeiras entidades, fortemente marcadas pela necessidade de sobrevivência, procriação e proteção, caminhando à influência direta da religião, do cristianismo e do patrimônio, hodiernamente podemos afirmar que uma verdadeira revolução copernicana se instaurou no âmbito das relações interpessoais. As visões, contudo, não costumam entrar em um consenso. Posto isso, vivenciamos hoje o discurso acalorado de que a família está “acabando”, se desfazendo ante as mudanças sociais.

Fato é que essa célula de agrupamento humano não está caminhando à inexistência, como prega a visão conservadora, mas, antes disso, está se modificando, acompanhando (e até mesmo fazendo surgir) os processos evolutivos na sociedade. Muitos aspectos são responsáveis por esta revolução nas últimas décadas, tais como as modificações no trabalho, o deslocamento urbano e a diminuição de integrantes da família. Ainda, a emancipação da mulher, seu ingresso no mercado de trabalho, a inserção de instituições até então distintas (como a escola na educação pré-infantil) e a redução de parcela de tabus no campo do

gênero (fatores possibilitados pelos movimentos reivindicatórios, especialmente feministas).

O triunfo no campo das relações familiares deu-se, em suma, com a transição da família enquanto núcleo econômico e reprodutivo para um verdadeiro espaço socioafetivo, de amor, solidariedade e afeto. Contribuição peculiar para isso foi a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, que elevou a dignidade da pessoa humana como fundamento máximo. Conrado Paulino da Rosa (2013, p. 35), nesse sentido, leciona que: “a família deixou de ser compreendida como um núcleo econômico e reprodutivo, avançando para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e ajuda mútua).” Ou seja, “[...] É a busca da dignidade humana sobrepujando valores meramente patrimoniais.”

Na linha da visão social e jurídica do século XX, a família possuía caráter de estrutura moral e patrimonial, muito antes de sentimental. O próprio ordenamento jurídico então vigente (Código Civil de 1916) deixava nítido que a instituição do casamento, única forma juridicamente apta para constituir família, era patriarcal, hierarquizada e matrimonializada. A partir do próprio casamento se concebia a ideia de mulher íntegra e digna, assim como distinguiam-se os filhos entre legítimos e ilegítimos. Ou seja, o modelo familiar vigente se servia de engessamento, censurando e coibindo sentimentos (ROSA, 2013).

O Código Civil posterior, hoje vigente, Lei nº 10.406 (de 10 de janeiro de 2002), necessitou se adaptar a tais evoluções. Todavia, a inserção do termo afeto como elemento merecedor de tutela jurídica ocorreu apenas doze anos após, através da Lei da Guarda Compartilhada (nº 13.058/2014), isso é: extremamente recente (ROSA, 2013). O conjunto de rupturas e de novas percepções só reforça que a família, hoje, embora seja custosa de conceituação, fortalece-se pautada pelo sentimento, pelo afeto:

Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da **felicidade**, a supremacia do **amor**, a vitória da **solidariedade** ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação

da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador (DIAS, 2011, p. 54/55) (grifos da autora).

A transição dessa unidade, agora pautada pelos sentimentos e não somente por interesses, trouxe à família uma nova roupagem, de amor e carinho. E sabidamente as disposições jurídicas precisam se adequar ao mundo dos fatos, que, como vistos, estão em constante evolução. Basta vermos a relação indistinta entre filhos biológicos e adotivos, ambos são compreendidos na acepção do termo “filho”, vedada qualquer distinção de caráter discriminatório (artigo 1.596 do Código Civil brasileiro²). O tratamento que lhes confere tal igualdade transcende de uma espécie de vedação à discriminação, é mais do que isso: é a positivação do liame que une pais e filhos, ultrapassando laços consanguíneos, pairando no amor, afeto e carinho que compartilham entre si, independentemente do organismo que o gerou.

Do mesmo modo ocorre com relação ao reconhecimento das uniões homoafetivas, seja na forma de união estável ou casamento, em nome da afetividade existente entre toda e qualquer pessoa. O próprio reconhecimento jurídico da união estável muito tem a dizer a respeito da afetividade, com proteção jurídica destinada a um instituto que se concretiza faticamente. A previsão constitucional é expressa e dispõe em seu art. 226, *caput* e § 3º: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Sobre o tema, Maria Berenice Dias (2011) refere-se à família eudemonista, representada através do agrupamento que se mantém e visa à felicidade, que busca a realização pessoal de todos os seus integrantes, uma vez que a família não se justifica por si, mas pelos seus membros, preservando a vida através dos vínculos interpessoais.

Além desses indicativos da inserção do afeto como importante elemento da relação familiar, adentram a paternidade e a maternidade socioafetiva, constituindo a relação de parentesco ainda que sem qualquer liame biológico entre os envolvidos. Dito de outro modo, pela expressão de Conrado Paulino da Rosa (2013), a

2

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 2018)

afetividade ganhou tamanho destaque e relevo nas relações familiares e interpessoais, que podemos afirmá-la como mola propulsora dessa estrutura, formada pelo amor, carinho e respeito compartilhando entre os seus integrantes.

O casamento, particularmente, não é a única forma de constituição da família, como narrado. A sua própria definição trata-se de um dos desafios contemporâneos da ciência jurídica, dada a transgressão da forma singular (que era o casamento) para a pluralidade que invadiu positivamente esse cenário (PEREIRA, 2013). Mais uma vez, ainda que as relações patrimoniais se mostrem em evidência quando o tema é casamento, ao menos no aspecto legislado, é de se levar em consideração que, antes de contrato, ele corresponde a uma relação de afeto. O contexto histórico demonstra a frequência com que arranjos familiares se constituíam a partir da convergência de interesses econômicos e políticos. Na atualidade, esses cenários são diversos, o que não significa dizer que a existência de outros interesses foi abolida, mas que sua ocorrência se tornou mitigada.

Verídico que ainda hoje o casamento possibilita a formação da família, mas não o faz de forma exclusiva. Uniões estáveis e famílias monoparentais (formadas por apenas um dos pais e seus filhos) também representam a instituição familiar, dentre outros. Conforme expõe Maria Berenice Dias (2011, p. 148), “a sacralização do casamento faz parecer que seja essa a única forma de constituir família. Mas é a família, e não ao casamento, que a Constituição chama de **base da sociedade**, merecedora da especial atenção do Estado (CF 226)” (grifos da autora). E essa atenção estatal passou a ser dirigida ao ser humano, à sua dignidade, como lecionam Cláudia Viegas e Leonardo Poli (2013, p. 70):

O Direito de Família foi o ramo que mais sofreu mudanças. A família brasileira evoluiu e deixou de lado o autoritarismo, o patriarcalismo e o patrimonialismo, abrindo espaço para a filosofia eudemonista da busca da felicidade. O Direito das Famílias, após o advento da Constituição Federal de 1988 e da instauração do Estado Democrático de Direito, adquiriu novos contornos e os seus institutos basilares foram repaginados. A base do ordenamento jurídico passou a ser o ser humano e a sua dignidade.

Essas modificações foram acompanhadas por transformações atinentes ao gênero, pela inserção da felicidade (ao revés do patrimônio), pela paulatina desvinculação do Estado com a Igreja, pela diminuição de padrões de moralidade e

principalmente pela ampliação dos direitos das mulheres (VIEGAS; POLI, 2013). Anota-se importante posituação constante na Lei nº 11.340 de 2006, a popular “Lei Maria da Penha”, que criou mecanismos para erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher. Nas disposições da famigerada norma, quando dispõe acerca de quais circunstâncias configuram a violência, versa, dentre outros, *em qualquer relação íntima de afeto*, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (art. 5º, inciso III) (BRASIL. 2018).

Nesta senda, é possível dizer que a família e as relações que nela habitam se sustentam a partir do elemento *afeto*, cuja definição dá-se, justamente, com exemplos em que o amor, a felicidade, o carinho e a solidariedade ocupam especial papel. E essa mudança que promoveu nova roupagem à estrutura familiar lhe permitiu almejar o que move a vida humana: a felicidade. *Familia eudemonista*³ é a expressão que melhor representa tais feições e por isso relembramos: é na família que tudo principia, é nela que nasce (ou deveria nascer) o sentimento de pertencimento social. É nela que procuramos amparo, abrigo e proteção (e também onde os compartilhamos). A família não está desaparecendo, ela está se transformando. E quando o amor se divide, ele só tende a se multiplicar.

3 IDENTIDADE DE GÊNERO: A SOMA DE FATORES QUE PERMEIAM A VIDA HUMANA

Identidade, gênero e sexualidade reiteradamente são confundidos no discurso popular, assim como orientação sexual e sua relação com a constituição física dos sujeitos. Importa discutir a respeito desses termos para melhor expor a temática e ressaltar a diversidade que fortemente marca o corpo social. Essa pluralidade, juntamente com o primado da liberdade, promoveu e ainda promove profundas transformações na estrutura familiar, e conseqüentemente nas normas jurídicas que a amparam, com nítida preocupação à dignidade e à felicidade dos envolvidos.

3

Concepção moderna para a estrutura familiar, que se justifica pela busca da felicidade e da realização pessoal dos sujeitos. O eudemonismo, contudo, remonta à Antiguidade, como a doutrina de Aristóteles, segundo a qual uma vida plena e boa é uma vida feliz.

Tendo em mente que a pessoa é um ser social, assim como individual, fatores complexos reúnem-se na formação da vida humana. Com questões psíquicas que dizem respeito à sexualidade, não é diferente. Isso porque, a existência física dos órgãos (o sexo biológico) não determina por si só a orientação sexual, o comportamento humano e a identificação social. A própria definição do que é ser homem ou mulher ainda vem moldada por padrões socialmente definidos, os quais negam as diversas camadas que revestem o campo da sexualidade e da afetividade. Para César Rabelo, Cláudia Viegas e Leonardo Poli (2014, p. 13), os quais se referem a gênero como sexo humano, a determinação desse não é baseada apenas na genitália, “tendo em vista que, na espécie humana, o sexo da pessoa equivale a uma conjugação de fatores biológicos, psicológicos e sociais.” Dito de outro modo, o gênero é elemento complexo e multifacetado, que vai além da percepção física e orgânica dos corpos.

Pelo gênero, os indivíduos exteriorizam-se socialmente como pertencentes ao feminino ou ao masculino, muito embora as discussões hodiernas indicam que esse sistema binário está prestes a findar, dando azo ao nascimento de múltiplos gêneros – na linha sustentada pelas militantes da terceira onda do movimento feminista, como Judith Butler (LARA et al, 2016). Gênero significa, pois, a demonstração comportamental que os indivíduos assumem através da linguagem, da vestimenta, das ações, sendo categorizados como integrantes de um dos polos (feminino ou masculino) a partir do ditado pela própria sociedade, fruto de construções e imposições históricas, o que, no mais das vezes, oprime.

A orientação sexual corresponde ao elemento psíquico e emotivo de afeto e atração, a qual ocorre com relação a outrem e é categorizada de acordo com o gênero de quem a experimenta. É desta faceta das relações humanas íntimas que surgem as denominações de indivíduos homoafetivos, heteroafetivos e biafetivos⁴. A sexualidade, nesse toar, representa o conjunto de atitudes a respeito dessa orientação, “traduzindo uma dimensão interna do sujeito, ordenada pelo desejo” (HEILBORN, 2003, p. 201).

4

Comumente denominados, respectivamente, de homossexuais, heterossexuais e bissexuais, preferindo-nos a designação a partir da palavra *afeto*, pelo conjunto de atrações que se refere, não apenas física, mas também emocional, psíquica, social e afetiva.

A constituição física e genética que se verifica pela estrutura do corpo propriamente dito forma o elemento sexo. O sexo biológico tem como característica fundamental a sua materialidade, que se dá pelos órgãos reprodutores e pelos cromossomos. Nessa lógica, afirma-se que ser mulher é uma decorrência do nascimento com órgãos como ovários, útero e vagina. Em contrapartida, ser homem corresponde à posse de testículos e de pênis. A persistência desses discursos dificulta a inclusão de quem não harmoniza com as construções sociais do ser homem e do ser mulher.

A constituição biológica é apenas uma das camadas que reveste a vida humana, centrada no corpo, esse espaço físico dentro do qual uma identidade se manifesta. E nascer com a genitália feminina, exemplificativamente, não quer dizer que se está diante de uma futura mulher, levando em consideração a icônica frase da francesa Simone de Beauvoir (1967, p. 9): “ninguém nasce mulher, torna-se mulher”.

Cisgênero, nessa perspectiva, “é o termo utilizado para se referir às pessoas que se reconhecem pertencentes ao gênero que lhes foi designado ao nascer” (LARA et al, 2016, p. 69). Ou seja, se determinada pessoa, portadora do sexo biológico feminino, se reconhece como do respectivo gênero, diz-se que é uma mulher cisgênera. Em oposição surge o transgênero⁵, que se caracteriza pelo não reconhecimento do eu exterior com o eu interior, a negação daquilo que está na parte materializada do corpo (a anatomia) com o imaterial e subjetivo campo psíquico.

O transexual caracteriza-se por seu desejo de ser aceito social e juridicamente enquanto do sexo oposto ao seu, atribuído no momento do nascimento. Portanto, possuem a aparência de um sexo, mas detém o desejo intenso de pertencer a outro, o que seguramente contribui para, em uma sociedade excludente, ser tratado de forma periférica e discriminada. (RABELO; VIEGAS; POLI, 2014, p. 16)

5

O termo abarca todos os indivíduos cuja identidade de gênero, que é a forma pela qual a pessoa se sente e se vê, não corresponde ao seu sexo biológico. Pode ser usado para todas as identidades cisgêneras (transexual, travesti, não binário, dentre outros) (LEITE, 2018).

A convicção do indivíduo de pertencer a um gênero ou a outro pode ocorrer ainda em tenra idade, sem possibilidade de modificação pela psicoterapia. É o que explica Tereza Rodrigues Vieira (1998, p. 3) quando afirma que “a identidade de gênero, ou seja, o feixe de convicções de pertencer ao gênero masculino ou feminino, é estabelecido até os dois anos e meio de idade.” E complementa, ao abordar que a “psicoterapia não consegue alterar o sexo psicológico do verdadeiro transexual. Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário.”

A autora ressalta que a convicção do sujeito a respeito de pertencer ao sexo/gênero oposto o impulsiona insistentemente na conciliação entre seu corpo e sua mente, motivo pelo qual muitos procuram a cirurgia de redesignação sexual como parte do processo. O procedimento cirúrgico auxilia na harmonização da identidade da pessoa, tendo em vista que é pelo corpo que historicamente dividiu-se a sociedade entre machos e fêmeas, estipulações que, como ditas, ainda se mostram fortemente presentes (VIEIRA, 1998). Rabelo, Viegas e Poli (2014) elucidam que a adequação física (seja enquanto construção do órgão, ablação e alteração hormonal) é medida que se serve apenas para a satisfação anatômica do sujeito, sem qualquer funcionalidade.

No Direito brasileiro, a questão é frequentemente enfrentada pelos Tribunais, uma vez que omisso o legislador no tocante à matéria. De modo extremamente oposto, países como Itália, Suécia, Alemanha e Holanda já possuem leis específicas sobre a adequação do sexo biológico ao psicológico, o primeiro desde o ano de 1982 (VIEIRA, 1998). As medidas autorizadas existentes são, apenas, a Resolução nº 1.652/2002, do Conselho Federal de Medicina, substituída pela Resolução CFM nº 1.955/2010, que regulamenta a cirurgia de transgenitalismo e dispensa a chancela judicial (RABELO; VIEGAS; POLI, 2014). Ainda, a Portaria nº 1.707, de 18 de agosto de 2008, na qual o Ministério da Saúde instituiu no âmbito do Sistema Único de Saúde o procedimento transexualizador, ampliado e redefinido pela Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013 (BRASIL, 2018a), tudo em respeito ao direito à saúde, à personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda como elemento de identificação, resistem outros obstáculos às pessoas transgêneras, dessa vez relacionados a registros públicos. A alteração do prenome, substancial para o sentimento de pertencimento, já levantou árduas discussões, prevalecendo pela sua possibilidade, considerando nesse patamar o direito de personalidade, dignidade, liberdade e, especialmente, o direito de ser feliz.

O Supremo Tribunal Federal pacificou parcela da celeuma ao julgar precedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade, tombada sob n. 4.275, cujo julgamento ocorreu em 28 de fevereiro e 1º de março de 2018, para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/1973⁶. O Plenário, por maioria, reconheceu a transgêneros o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização, da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes ou de autorização judicial. O fez com base nos “princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, bem como no Pacto de São José da costa Rica.” (BRASIL, 2018b).

O Colegiado ainda entendeu dispensável qualquer documentação médica ou psicológica para comprovação da identidade transgênera. Na mesma linha, como desnecessário qualquer dos requisitos elencados pela Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina⁷, até mesmo critério etário, vez que ao Estado não cabe constituir a identidade de gênero de seus cidadãos, mas tão somente reconhecê-la. Em suma, a interpretação do dispositivo reconheceu que pessoas

6

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público. (BRASIL, 2018e)

7

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais. (Onde se lê ‘Ausência de outros transtornos mentais’, leia-se “Ausência de transtornos mentais”) (BRASIL, 2018b).

transgêneras, baseadas no autorreconhecimento e no livre convencimento, podem substituir o prenome e o sexo constante em seus assentos diretamente nos Cartórios de Registros de Pessoas Naturais, sem necessidade de autorização judicial, cirurgia de transgenitalização, acompanhamento médico ou diagnóstico psicológico da identidade de gênero.

Outrossim, o teor decisório pontuou que os pedidos devem ser confidenciais, e os documentos não podem fazer remissão a eventuais alterações (BRASIL, 2018b), circunstâncias que ecoam significativamente em uma sociedade que estigmatiza e, de certo modo, inferioriza indivíduos *trans*. Para diretrizes registras, a Corregedoria Nacional de Justiça (órgão do CNJ) editou o Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018, que assevera, dentre outros, o sigilo do requerimento:

A alteração de que trata o presente provimento tem natureza sigilosa, razão pela qual a informação a seu respeito não pode constar das certidões dos assentos, salvo por solicitação da pessoa requerente ou por determinação judicial, hipóteses em que a certidão deverá dispor sobre todo o conteúdo registral. (Artigo 5º do referido Provimento) (BRASIL, 2018c)

Estudo desenvolvido por Liliana Lopes Pedral Sampaio e Maria Thereza Ávila Dantas Coelho (2012, p. 638) concluiu que as maiores dificuldades enfrentadas por transexuais que desejam se submeter ao processo transexualizador residem na espera no Sistema Único de Saúde (SUS), no protocolo pré-operatório de dois anos, no custo das cirurgias realizadas por clínicas particulares e na falta de regulamentação jurídica para a mudança de dados pessoais como o nome e o gênero, esse último item agora amenizado pela decisão do guardião da Constituição e pelo Conselho Nacional de Justiça. As autoras explicam que “[...] os(as) transexuais reivindicam mais um corpo de acordo com sua vida psíquica do que um corpo que lhes ofereça possibilidade de prazer, superando os riscos da cirurgia.”

Além dessas dificuldades, não soa como novidade que pessoas transexuais enfrentem grande discriminação, a qual se manifesta no espaço profissional, no mercado de trabalho, na universidade e até mesmo na própria família. Viver no Estado brasileiro, além de colocá-los à margem social, é fator de profunda insegurança, considerando que o país está dentre os que mais registra homicídios de transexuais no mundo, gerando nefasto quadro de medo e de vulnerabilidade

(CUNHA, T., 2018). Materializam múltiplas formas, algumas subliminares, de negar a outrem a sua condição de sujeito de direitos, pelo simples motivo de ser diferente daquele que o observa.

Portanto, discutir em um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal/88), as vivências plurais e necessidades decorrentes de grupos específicos são pautas que reclamam atenção insistentemente, com frequência ignoradas, prejudicando a igualdade entre os sujeitos, na medida em que o ente público e a própria sociedade selecionam quais condições psíquicas e afetivas (heteronormatividade) merecem zelo em sua saúde, nos direitos de personalidade, na identidade e sobretudo na vida digna, além do (des)respeito à autodeterminação.

Nesse toar, a luta interna pela construção da própria identidade que transgêneros são desafiados é uma das etapas do tormento vivido. A instância social, recorrentemente tomada pelo discurso do ódio, torna esse processo ainda mais dificultoso e agressivo, obstaculizando a materialização da igualdade e da dignidade entre os sujeitos. Apesar desses entraves, a necessidade inerente à condição humana de manter relações afetivas, enlaces e conjugualidades persiste. É dizer, em outras palavras, que ser transgênero não impede a pessoa de sentir e de amar, condições para as quais o Direito não pode omitir, tampouco aceitar injustas distinções, como o faz ao possibilitar a anulação de casamento, por vício de vontade, na hipótese de um dos nubentes se considerar incorrido em erro sobre a identidade do outro.

4 O CASAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS POSSIBILIDADES DE ANULAÇÃO

O casamento persiste sendo um dos modos pelos quais a célula social, que é a família, se constitui, como antes afirmado. Diversamente do modelo informal (que é a união estável), o instituto do casamento caracteriza-se pelo inverso: através da formalidade, em que duas pessoas⁸ se unem em vínculos psíquico, afetivo e jurídico.

8

A precedência do ato por um procedimento de habilitação minucioso e a existência de requisitos na celebração só vêm a reforçar tal característica.

Para Flávio Tartuce (2017), o casamento constitui um negócio jurídico especial, que transcende a busca de patrimônio e almeja a comunhão plena de vida. Com regras próprias, a natureza especial do casamento dispõe de circunstâncias que definem a capacidade e impedimentos para casar, causas que o suspendem e que afetam sua validade e existência. Concentrando o destaque deste tópico junto às teorias da invalidade e da inexistência do casamento, vamos a elas.

Tartuce (2017) entende que o legislador brasileiro preferiu não tratar da inexistência dos atos para abordar, em seu lugar, a teoria da invalidade, da qual se originam as nulidades relativas e absolutas (como decorre das disposições dos artigos 1.548 e 1.550 do Código Civil). De modo diverso, Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 139) leciona a inclusão da referida teoria, vislumbrando que o plano da existência antecede ao da validade.

Duas são as hipóteses que conduzem à inexistência do casamento, levando-o ao panorama de “nada” jurídico, quais sejam: a ausência de vontade do nubente (como na coação absoluta) e o casamento celebrado por autoridade totalmente incompetente em razão da matéria (a título de exemplo, quando o ato é presidido por juiz de direito ao invés do juiz de paz ou do juiz de casamento) (TARTUCE, 2017). Doutrinariamente, ainda se elenca o casamento entre pessoas do mesmo sexo como circunstância que acarreta a inexistência do enlace. Contudo, entendemos sê-la infrutífera, uma vez que perdeu campo de atuação pelo reconhecimento jurídico brasileiro das uniões homoafetivas como entidades familiares⁹, o que melhor coaduna com um Estado que eleva a dignidade da pessoa humana a seu fundamento e que pretende ser plural e diversificado.

Com isso não se está a negar a existência no Estado brasileiro de relacionamentos entre três pessoas ou mais, as chamadas uniões poliafetivas. Contudo, tendo em vista a decisão de controle administrativo do Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de junho do corrente ano, acerca de que os cartórios brasileiros não podem registrar referidas uniões em escrituras públicas (MONTENEGRO, 2018), permanecemos conceituando o casamento como a união entre duas pessoas, independentemente do sexo.

9

Nesse sentido: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF, ambas julgadas no ano de 2011.

Ultrapassada a esfera da existência, chega-se à da validade, a qual, se ferida, pode ocasionar a nulidade relativa ou absoluta do casamento, dependendo do grau de inobservância legal. Nulidades absolutas impõem seja o casamento nulo, no toar do disposto pelo art. 1.548 do Código Civil brasileiro. Sua redação, modificada no ano de 2015 pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146), atualmente versa que a única circunstância apta a ensejar a nulidade absoluta do casamento é a infringência de impedimento matrimonial (cujo rol é elencado pelo art. 1.521 do mesmo texto legal e prevê, dentre outras hipóteses, quando do casamento entre irmãos). O procedimento para reconhecimento da nulidade é judicial, através da ação declaratória de nulidade que, por tratar de preceitos de ordem pública, é imprescritível. Ademais, os efeitos da sentença são retroativos (*ex tunc*), considerando-o como não ocorrido (GONÇALVES, 2016).

Além do casamento nulo, há o casamento anulável, regulamentado pelo art. 1.550 do Código Civil. Trata-se do caso, entre outros, do menor em idade núbil que vem a casar, mas o faz sem autorização de seu representante legal. É também consequência na hipótese de ocorrer erro essencial sobre a pessoa do cônjuge. Nessas condições, intenta-se ação anulatória, que possui efeito constitutivo negativo (desconstitutivo). Diversamente da nulidade absoluta, a anulabilidade possui prazo para ser reconhecida, findo o qual terá validade definitiva. Pode-se, ainda, convalidar o defeito, a exemplo do que ocorre quando os representantes legais presenciaram a celebração do casamento do menor em idade núbil e manifestaram aprovação (TARTUCE, 2017). A sentença exarada em ação anulatória opera efeitos retroativos, ou seja, as partes voltam ao *status* anterior.

[...] A sentença que anula o casamento tem efeitos retro-operantes, fazendo com que os cônjuges retornem à condição anterior, como se jamais o tivessem contraído. Produz efeitos iguais à decretação da nulidade, desfazendo a sociedade conjugal como se nunca houvesse existido, salvo caso de putatividade. (GONÇALVES, 2016, p. 156)

Dirigindo esse estudo ao seu propósito, vamos adentrar especificamente no inciso III combinado com o artigo 1.557, que trata da possibilidade de anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Versa o dispositivo que:

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:
I - **o que diz respeito à sua identidade**, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;
II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;
III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência. (BRASIL, 2018, grifo nosso)

Dias (2011) explica que o reconhecimento do erro essencial requer que a circunstância seja ignorada pelo cônjuge e preexistia ao tempo do casamento, que o descobrimento seja posterior ao matrimônio e que isso torne a vida em comum insustentável. A partir das premissas do diploma civil brasileiro, encontra-se permissivo legal para a anulação de casamento quando um dos cônjuges for pessoa transgênera (que diz respeito à sua identidade), situação desconhecida pelo outro consorte ao tempo do casamento, posteriormente sabida e que gera a insuportabilidade entre ambos.

É o que defendem doutrinadores como Carlos Roberto Gonçalves (2016), Flávio Tartuce (2017), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013). Cumpre observar que, muito embora a temática em tela seja previsão detalhada na doutrina, há projeto de lei que tramita desde o ano de 2012 (tombado sob nº 3875/2012) estando atualmente na Câmara dos Deputados, com o intuito de alterar os artigos 1.557, 1.559 e 1.560 do Código Civil, estabelecendo nova hipótese para a anulação do casamento, qual seja, a de incluir entre as causas por vício de vontade, a omissão, por parte de um dos cônjuges, da condição de transgenitalização.

O projeto, de autoria do Deputado Carlos Humberto Mannato, apresenta última movimentação em maio de 2018, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (BRASIL, 2018f). No entanto, a dita possibilidade só torna mais aflitiva e constrangedora a vida de quem perpassou pelo inconformismo de sua condição biológica, que buscou meios corretivos para tanto, mas parece ser perseguido pela sistemática jurídica. Não queremos com isso impor a manutenção da relação conjugal, o discurso é extremamente outro. Existem mecanismos diversos ao

alcance das partes, que defendemos sob o manto da inalienável dignidade da pessoa humana com mais profundidade no próximo tópico

5 A (IM)POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO CASAMENTO CONTRAÍDO COM TRANSEXUAL QUE OMITI TAL CIRCUNSTÂNCIA À(AO) COMPANHEIRA(O)

*Eu olho no espelho: atenta, nós duas
nos observamos para além da imagem.
Estendemos a mão, tocamos esse pó de gelo
sabendo:
se eu mergulhar daqui, e do seu lado, ela,
vão se fundir num sopro nossos rostos,
todos os meus sonhos e os anseios dela.*

*Mas nenhuma se atreve. Continuamos
sozinhas nesse mundo de reflexos,
eu e ela incompletas, nuas
e só.*

(LUFT, 2005, p. 59)

Miragem é um dos poemas que integra o conjunto “Para não dizer adeus”, da escritora gaúcha Lya Luft. A emoção e intenção da autora raras vezes são compartilhadas pela leitura, diferentemente de sua interpretação, que permite distintos olhares. Por ocasião do cenário em que estamos inseridos, quando refere que a personagem olha-se diante do espelho, observa as duas figuras, que sabem da existência uma da outra, de seus sonhos e inquietudes, condiz perfeitamente com a figura da pessoa transgênero, vez que essa vivencia o conflito de identidade e enfrenta vários anseios, alguns pela negação de sua descoberta, outros pela ausência de afeição social ao conflito.

A supressão de reação por ambas as figuras miradas, que não se atrevem a invadir o espaço da outra, acarreta a incompletude e a solidão. O sofrimento, nesse sentir, representa diversos caminhos trilhados pelos sujeitos que buscam a própria imagem, o encontro e a felicidade, todavia deparam-se com as feridas, as rupturas e o desalento, neles incluídos os sujeitos que não se conformam com seu sexo biológico e que recebem as consequências jurídicas de alguns institutos.

A abordagem do sofrimento, sob essa perspectiva, também se desenvolve pela desconsideração da dignidade da pessoa humana, dentre outras hipóteses,

aqui especificamente quando o casamento contraído pela pessoa transexual é anulado diante do inconformismo do cônjuge. Sem dúvida, ninguém é obrigado a permanecer casado com quem não deseja e quando não mais desejar, o que hoje resta indubitavelmente aceito nos termos jurídicos e legais (e o pedido de divórcio, nesse sentido, sequer precisa ser motivado).

No entanto, permitir que o vínculo matrimonial seja dissolvido pela anulação do casório, sob argumento de que há vício de vontade pelo desconhecimento da transexualidade do outro, é consequência jurídica que não se harmoniza com os preceitos constitucionais e jurisprudenciais em voga. Tampouco observa a dignidade humana, pois aquele que passa pelo conflito de identidade já sofre as aflições próprias psíquicas (e ainda recebe tratamento específico e gravoso pelo Direito), em uma espécie velada de punição pela “honra do(a) parceiro(a)”.

Não mais sendo suportável a vida em comum, é possível que qualquer dos cônjuges postule a decretação de divórcio, que põe fim à sociedade conjugal (direitos e obrigações da vida em comum) e ao vínculo matrimonial, ou, ainda, vindicar a separação¹⁰ (mantendo o vínculo). O que não entendemos como aceitável é a anulação do casamento, circunstância na qual efeitos distintos, mais gravosos, se operam, dentre os quais com relação ao estado civil (uma vez que na anulação a pessoa passa a ser novamente solteira, como se não tivesse casado), em matéria de regime de bens (pelo desaparecimento retroativo do regime). Exclui-se, ainda, o direito ao nome e o parentesco por afinidade. Assim, desfaz-se o vínculo como se nunca tivesse existido.

Além das consequências jurídicas que surgem da anulação do enlace, o indivíduo transexual novamente é afligido pelos impactos psicológicos da decisão judicial, tendo em vista que não só suporta o tormento do conflito identitário, como terá de suportar a ausência da vida matrimonial antes constituída e, por vezes, as novas estigmatizações do seio social. Por esses fatores e pelos seguintes é que novamente reforçamos a impossibilidade de anular o casamento, sob argumento de

10

Apesar das divergências doutrinárias, prevalece o entendimento jurisprudencial acerca de que a separação ainda é opção à disposição dos cônjuges (BRASIL, 2018d).

vício de vontade, quando um dos cônjuges se tratar de pessoa transgênera, mesmo que o fato não seja do conhecimento do outro. Não desejando viver em conjunto, pode qualquer deles se socorrer de outros mecanismos postos à disposição pelo legislador, os quais, muito embora não reduzam eventuais sofrimentos da alma, ao menos mitigam as consequências jurídicas..

Assim, neste momento, o objetivo é demonstrar por quais motivos não há que se falar em erro essencial sobre a pessoa do consorte, quando esse (ou essa) omite ao outro (ou à outra) a condição de ser pessoa transexual. E, portanto, inexistente fundamento hábil para anular o casamento, bastando o divórcio ou a separação, institutos que põem fim ao enlace da sociedade conjugal.

Muito embora surja uma aparência de similitude entre a anulação do casamento com esses dois últimos mecanismos, é preciso atentar ao que foi antes observado acerca de a anulação desconsiderar até mesmo que o casamento, em algum momento, existiu, pois opera efeitos retroativos. Essa consequência poderá afetar a dignidade da pessoa transexual, que recebe da sistemática jurídica tratamento mais gravoso nas relações afetivas.

Como pressupostos, examinamos que: a um, a norma civilista e a interpretação doutrinária correlata mostram-se incompatíveis com os primados da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da diversidade; a dois, o emergente direito ao esquecimento, que possui viés à pessoa transgênero e a terceiros; e por fim, acerca de inexistir erro sobre a identidade, tendo em vista que a definição de gênero se dá no modelo ainda vigente com o nascimento, pela anatomia física dos sujeitos, sem considerar o desenvolvimento psíquico e individual.

A dignidade do ser humano é dentre os termos jurídicos certamente o que acompanha todas as demandas relativas à afetividade e individualidade de transexuais; ao mesmo tempo é vocábulo que detém profunda abstração. Elevado a fundamento da República Federativa do Brasil pelo texto constitucional (art. 1º, inciso III), o que se verifica da dignidade, como explica Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 59), “é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem

asseguradas, onde não houver limitação do poder” e ainda “onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana [...]”

Sem dúvida, seria mais fácil afirmar o que ofende a dignidade, do que aquilo que ela representa. Contudo, se compreendermos que viver com o resguardo de direitos e garantias fundamentais propicia a dignidade humana, podemos dizer também que essa existência está intimamente vinculada ao direito à identidade, que engloba em si o direito à identidade de gênero e a liberdade de expressão.

Portanto, respeitar as diversidades de ser e de estar, de personalidades e de expressões é um caminho para garantir a dignidade uns aos outros, sempre tendo em mente que a personalidade é um elemento individual, que sofre influência de elementos externos (sociais), para a qual o Direito resguarda proteção, inclusive mediante mecanismos internacionais (como a Convenção Americana de Direitos Humanos). Ainda, é de se atentar, por mais óbvio que pareça ser, que a diferença no outro não o torna menos digno de proteção estatal, ainda que seu traço confronte convicções morais no seio social. Isso porque a condição de ser sujeito de direitos, de ser humano, não se aliena nem desconstitui.

Assim, é preponderante entender a realidade vivenciada por aqueles que não estão inseridos no conceito heteronormativo vigente, mas que nunca se aparte do conceito elementar de que, qualquer que seja a condição do indivíduo segundo a sua identidade de gênero ou sua orientação sexual, ele sempre será um ser humano. (CUNHA, 2018, p. 5)

Além disso, é dever do Estado garantir que seus concidadãos vivam de forma digna, abstando-se de atos lesivos e protegendo a esfera da liberdade dos sujeitos. E não se coaduna com tal pretensão a previsão em um dado ordenamento que possibilite a anulação de casamento em razão da condição de transexualidade do cônjuge, ainda que isso não seja do conhecimento do outro. Até porque, através do julgado na ADI 4.275, vedou-se qualquer referência no registro público da pessoa transgênera a modificação posterior, a fim de salvaguardar o livre desenvolvimento de sua personalidade e de sua existência (BRASIL, 2018b). Não subsistindo afeto, então, podem os cônjuges valer-se do divórcio ou da separação.

E através do sigilo quanto à mudança, viabiliza-se também o direito ao esquecimento. Relembrando que, na atualidade, a cirurgia de redesignação sexual não constitui requisito para a alteração do “sexo civil” junto aos registros públicos; todavia, trata-se de um dos passos na busca da conciliação entre a condição psíquica e anatômica do transexual. Na busca pela inserção e integração social, seu passado necessita ser esquecido. Moreira e Alves (2015) lecionam que esse direito é híbrido, posto que compreende uma perspectiva dirigida a terceiros (o direito de ser o passado esquecido) e uma para a própria pessoa (o direito de esquecer, posto que é preciso que a pessoa desvincule-se do passado e viva uma nova vida). A respeito do tema:

O direito ao esquecimento não mais se restringe às hipóteses de esquecer o passado judicial criminal de cada pessoa. Este direito expandiu-se [...] para a proteção de dados pessoais no direito eletrônico e também para possibilitar um novo começo para aquelas pessoas que resolvem mudar o seu plano existencial, alterando ou adequando a sua identidade pessoal como é o caso do transexual. (MOREIRA; ALVES, 2015, p. 2)

Para o transexual, o direito ao esquecimento representa a liberdade de viver uma nova vida, na tentativa de sê-la sem estigmatizações e preconceitos. A possibilidade de alterar o nome e o gênero no registro de nascimento representa grande avanço na concretização desse direito, que se complementa no respeito, seja interpessoal, seja através dos órgãos públicos, com ênfase quando invocados a discutir o tema em feitos processuais que intentem a anulação do casamento.

E, por fim, soa desarrazoado o argumento de que há erro sobre a pessoa do cônjuge em razão do critério identitário. Ainda hoje vige o modelo de definição do sexo civil pela condição biológica. Com o nascimento, a disposição física dos órgãos é que determina se um determinado sujeito é pertencente ao gênero feminino ou masculino. Para isso, não se leva em consideração o critério psíquico, até porque não há condições de expressividade naquele momento. No entanto, nossa sistemática não permite uma espécie de “campo aberto” ou “vago”, que seja preenchido em determinado período da vida humana. Portanto, é como se a própria sociedade já definisse a identidade de gênero esperada do ser em formação.

Sem olvidar das construções sociais e da influência delas na vida dos indivíduos, a identidade é questão psicológica e, assim sendo, individual. Baseada em sua própria convicção, livre e de autoconvencimento, os sujeitos se afirmam e se reconhecem existencialmente. Afirmar que há erro sobre a pessoa é o mesmo que dizer que ela não corresponde ao conceito de normalidade e moralidade esperado, o que resta inadmissível sob qualquer prisma humanista e contemporâneo.

É curioso pensar que, quando realizamos o exercício de imaginar situação semelhante, na qual uma das partes descobre a transexualidade do outro, nos colocamos na posição do cônjuge “enganado”, o que subitamente nos faz, pelas questões morais, repudiar qualquer manutenção do casamento. Sejamos, pois, empáticos para também nos posicionar na condição de sujeito em conflito com a condição física. O trocar de lentes nos conduzirá à certeza de que o que foi afirmado aqui é a medida mais coerente com a dignidade da pessoa humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora o Código Civil brasileiro seja relativamente recente (se comparado a outras normas vigentes, como o Código Penal), e posterior à Constituição Cidadã, a norma civilista e a interpretação doutrinária mostram-se em descompasso com o primado da dignidade da pessoa humana, especificamente no que tange à emergente questão da transexualidade.

De extrema importância ao Estado Democrático de Direito, destinado à proteção de todos os seus integrantes, a transexualidade desafia questões individuais alheias do respeito à diferença e da barreira moralista que impede a percepção humana de variadas celeumas sociais. Nesse sentir, os indivíduos integrantes deste grupo (que não se identificam psicicamente com o sexo biológico com o qual nasceram) além de perpassarem pelos aspectos psicológicos e físicos de adaptação, ainda encontram desamparo jurídico (RABELO; VIEGAS; POLI, 2014), questão que vem sendo modificada paulatinamente, como através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275.

E se toda a ordem jurídica deve ter o foco na pessoa, sob argumento do mandamento constitucional que é a dignidade da pessoa humana, as normas infraconstitucionais (como o Código Civil) devem com ele se coadunar, sob pena de instaurar um estado de coisas desarmonioso, inseguro e ofensivo aos indivíduos e às normas.

Por esse prisma, observamos que a transição da família, enquanto núcleo econômico e reprodutivo, para um verdadeiro espaço socioafetivo e de amor alcançou papel de suma importância no cenário hodierno, que engloba as mais distintas identidades, dentre elas a de transgêneros. Sabidamente, persistem discursos de ódio por aqueles que compartilham da visão heteronormativa, o que implica dizer que o tema ainda necessita perpassar por preconceitos e pelo exercício do respeito.

Por esses fatores é que reforçamos a impossibilidade de anular o casamento, sob argumento de vício de vontade, quando um dos cônjuges se tratar de pessoa transgênera, mesmo que o fato não seja do conhecimento do outro. Não desejando viver em conjunto, pode qualquer deles se socorrer de outros mecanismos postos à disposição pelo legislador (como o divórcio e a separação). É o que sustentamos sob o manto da inalienável dignidade da pessoa humana, da liberdade, da diversidade e da inclusão social. Ainda, pelo direito ao esquecimento do passado marcado pelo conflito identitário, bem como diante do direito individual de autodeterminação do gênero, que habita o constante percurso da mente humana.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 2.803**, de 19 de novembro de 2013, que redefine e amplia o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 01 ago. 2018(a).

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 392**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo892.htm#Transg%C3%AAneros%20e%20direito%20a%20altera%C3%A7%C3%A3o%20no%20registro%20civil>>. Acesso em: 01 ago. 2018(b).

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 73**, de 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503>>. Acesso em: 01 ago. 2018(c).

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Quarta Turma define que separação judicial ainda é opção à disposição dos cônjuges**. Publicado em: 22 mar. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao/Noticias/Noticias/Quarta-Turma-define-que-separacao-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposicao-dos-c%C3%B4njuges>. Acesso em: 07 ago. 2018(d).

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 07 ago. 2018(e).

_____. Câmara dos Deputados. **Projetos de Lei e Outras Proposições / PL 3875/2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544782>>. Acesso em: 13 ago. 2018(f).

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre outros. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, ano CXLIII, nº 151, 08 de agosto de 2006. Seção 1, p. 01-04. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo - 2**. A experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à identidade de gênero. **Revista dos Tribunais Online**, v. 991/2018, p. 227-244, maio 2018.

CUNHA, Thaís. **Brasil lidera ranking mundial de assassinatos de transexuais**. Correio Braziliense. Disponível em: <<http://especiais.correio braziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, volume 6**. 5. ed., rev. ampl. e atual. Bahia: JusPodivm, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HEILBORN, Maria Luiza. Articulando Gênero, Sexo e Sexualidade: diferenças na saúde. In: GOLDENBERG, Paulete; MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni; GOMES, Mara Helena de Andréa (Org.). **O Clássico e o Novo: tendências, objetos e abordagens em ciências sociais e saúde**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. P. 197-208.

LARA, Bruna de et al. **#MeuAmigoSecreto: feminismo além das redes**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro: 2016.

LEITE, Hellen. **Transexual, travesti, drag queen... qual é a diferença?**. Correio Braziliense. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/transexual-travesti-drag-queen-qual-e-a-diferenca>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

LUFT, Lya. **Para não dizer adeus**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Conselho Nacional de Justiça: Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas**. Publicado em: 26 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; ALVES, Rubens Valtecidos. Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual. **Revista dos Tribunais Online**, v. 64, p. 81-102, out./dez. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Apresentação. In: ROSA, Conrado Paulino da. **iFamily: um novo conceito de família?**. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 13-15.

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. O direito do transexual de alterar o prenome, o gênero e exercer sua autodeterminação. **Revista Síntese - Direito de Família**, v. 15, n. 82, fev./mar. 2014, p. 09-45.

ROSA, Conrado Paulino da. **iFamily: um novo conceito de família?**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMPAIO, Líliliana Lopes Pedral; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. Transexualidade: aspectos psicológicos e novas demandas ao setor saúde. **Revista Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v.16, n.42, p.637-49, jul./set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais. **Revista Síntese - Direito de Família**, v. 15, n. 77, abr./maio 2013, p. 69-94.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. **Akrópolis** (Revista de Ciências Humanas da UNIPAR), v. 6, n. 21, p. 3-8, 1998.

A GUARDA COMPARTILHADA E A “FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA”: UMA ABORDAGEM DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO TJ-RS

Bernardo Girardi Sangoi¹

RESUMO: O artigo investiga decisões judiciais sobre guarda compartilhada na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) em cotejo com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a partir de crítica ao paradigma da “filosofia da consciência”. A metodologia de abordagem é a fenomenologia hermenêutica de matriz heideggeriana-gadameriana e o método de procedimento é o monográfico, com técnicas de revisão bibliográfica, documental e seleção de julgados. Objetiva-se analisar possíveis marcas dessa “filosofia da consciência” (“decido porque penso assim”) em matéria de guarda compartilhada. As justificativas do trabalho residem na necessidade de uma mudança cultural, fomentando-se o instituto, e valorizando a criança enquanto pessoa, e não um troféu de posse de um dos pais.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia da consciência. Guarda compartilhada. Jurisprudência. Mudança cultural.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 (Des) velando a desfuncionalidade do Direito Brasileiro e o paradigma da filosofia da consciência: é possível falar em resposta correta? 3 “Decido conforme minha consciência”: Uma abordagem hermenêutica da guarda compartilhada no STJ e no TJRS. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Direito encontra-se, hoje, em (profunda) crise. Isso se dá, dentre outras razões, pela não superação do chamado “paradigma da filosofia da consciência”. Nessa lógica, o juiz pode decidir de acordo com o que ele pensa, da melhor maneira

¹Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa Phronesis. Bolsista CAPES.

que lhe pareça ao caso concreto (seria a sua?), mesmo que, para isso, tenha que se desvencilhar da aplicação da lei. Afinal, as respostas encontram-se em sua própria consciência...

No direito brasileiro, as marcas desse modelo são bastante visíveis. Em especial, destaca-se a questão da guarda compartilhada, instituto que foi incorporado no ordenamento jurídico interno em 2008, mas que tem sofrido diversos entraves em sua aplicação por (muitos) juizes. Para estes, é “melhor” a guarda unilateral, decisão esta que se baseia, não raras vezes, em argumentos nada jurídicos, muito mais afinados aos posicionamentos pessoais dos julgadores do que de acordo com o novo paradigma cultural fomentado pelo legislador.

Diante disso, questiona-se: Em que medida é possível verificar a influência do paradigma da filosofia da consciência em decisões judiciais sobre guarda compartilhada no Estado Democrático de Direito brasileiro? Ainda, é possível se falar em “resposta correta” em se tratando desse instituto, parafraseando Dworkin? Partindo dessas indagações, o presente artigo se propõe a investigar a influência do paradigma da filosofia da consciência em decisões judiciais sobre guarda compartilhada no Estado Democrático de Direito brasileiro, sob o norte teórico de Streck e Dworkin.

Para tanto, o “método”² de abordagem adotado é a fenomenologia hermenêutica de matriz heideggeriana-gadameriana. Quanto ao “método” de procedimento, é o monográfico, tendo sido empregadas a revisão bibliográfica, documental e abordagem crítica de jurisprudências selecionadas, cujo recorte se deu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), uma vez que se mostrou (e tem se mostrado) importante defensor da guarda compartilhada, e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), muito resistente à aplicação do instituto.

Com isso, objetiva-se investigar marcas da filosofia da consciência no teor dos argumentos utilizados na (não) aplicação da guarda compartilhada. Assim, o trabalho se justifica na (1) necessidade de uma mudança cultural e de superação do paradigma sujeito-objeto em se tratando de guarda, em que a criança é vista como uma coisa, e na (2) imperatividade de construção de uma resposta correta com

2 Utiliza-se a palavra método entre aspas, uma vez que se constitui, hermeneuticamente falando, como um caminho de pesquisa, e não como um método típico das ciências da natureza. Aliás, a palavra método, conforme se verá, não deveria ser empreendida em Direito, isso porque é este uma ciência da compreensão, a qual não pode ser reduzida à dedução ou à indução.

vistas a uma aplicação mais efetiva do instituto, em que a criança passa a ser vista (e valorizada) como pessoa.

Para melhor abordar o tema, o artigo se divide em duas partes. Em um primeiro momento (1), a discussão se centra no (des)velamento da desfuncionalidade do Direito, no paradigma da filosofia da consciência e a sua contaminação na prática jurídica brasileira, em meio à indagação acerca da (im)possibilidade de se falar em resposta correta em Direito. Na sequência (2), realiza-se um recorte hermenêutico da temática em recentes decisões sobre guarda compartilhada no STJ e no TJRS.

2 (DES)VELANDO A DESFUNCIONALIDADE DO DIREITO BRASILEIRO E O PARADIGMA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA: É POSSÍVEL FALAR EM RESPOSTA CORRETA?

Há um sério problema de desfuncionalidade do Direito brasileiro. Uma incongruência entre os direitos previstos na Constituição Federal e sua (não) implementação (deficiente) na *práxis*. Isso é facilmente constatado pela crise em que se insere o Poder Judiciário brasileiro atualmente. São mais de 80 milhões de processos em tramitação, conforme o Relatório da Justiça em Números de 2016 (BRASIL, 2017, p. 180), número este que sofreu aumento de seis milhões em relação ao ano anterior (BRASIL, 2016a, p. 384).

Além disso, para cada dez novas demandas que são ajuizadas, somente três antigas são “resolvidas”, o que ajuda a caracterizar um panorama de deficiência na operacionalidade do sistema jurídico (BRASIL, 2016b). De um lado, uma sentença formal, de outro a inefetividade de direitos e a falta de solução no mundo da vida.

Isso tem ocorrido, especialmente, em função de um problema paradigmático. Conforme Streck (2014b, p. 38-41), velhos modelos têm sido insistentemente aplicados, acarretando desvios na compreensão do papel exercido pela Constituição, bem como da jurisdição constitucional. Daí também o paradoxo da ineficácia das normas constitucionais, em que se tem um texto constitucional rico em direitos, mas uma prática que “(so)nega” sua aplicação. Portanto, uma desfuncionalidade tanto do Direito como das próprias instituições responsáveis pela aplicação da lei.

As causas para esse cenário se devem, como bem aponta Streck (2014a, p. 17), a dois grandes fatores. Primeiro, pode-se falar em uma crise do modelo liberal-individualista, que ainda não restou superada. Segundo, constata-se a aplicação crescente (e maciça), sobretudo na última década, de teorias voluntaristas que, sob o pretexto de superação do “juiz boca da lei”, apostaram suas forças na liberdade de interpretação conferida aos juizes, resultando em projetos de vinculação jurisprudencial, o que será abordado no decurso de presente trabalho, com o recorte da guarda compartilhada.

É dizer, o Direito ainda se encontra regido por uma roupagem de cariz individualista, e tenta, inutilmente, manter-se assim para enfrentar as demandas complexas e transindividuais que se apresentam na atualidade. A doutrina de Silva (1997, 2004 e 2009) e Streck (2006, 2014a, 2014b e 2015) são bastante críticas nesse sentido, apesar de resguardarem algumas diferenças nas lentes em que percebem o fenômeno. No entanto, ambas entendem que a mirada deve partir de um olhar novo, que tem por base a hermenêutica heideggeriana-gadameriana. Para Heidegger (2005, p. 56-57), a fenomenologia, enquanto estudo dos fenômenos, é o caminho de pesquisa, expressada pela máxima de buscar “as coisas em si mesmas”.

Nesse contexto, é contundente destacar, conforme Gadamer (2015, p. 37-42), que há um entrave bastante grave na autorreflexão das ciências do espírito, uma vez que se encontram reféns do modelo de ciências da natureza, as quais trabalham com uma espécie de “padrão de conhecimento progressivo da legalidade”, sobretudo alicerçado na indução e na dedução. Ocorre que esse método não pode ser importado acriticamente para o Direito tal e como um “eco idealístico” para se chegar à verdade.

Isso porque o Direito, enquanto “ciência do espírito” ou, como refere Silva (2004), “ciência da compreensão” ou “ciência da cultura”, possui uma estrutura totalmente diferente das ciências da natureza, uma vez que baseada justamente na compreensão, e não na explicação. Não é possível falar em um método perfeito para atingir a verdade em se tratando de Direito.

Mesmo assim, essa ideia foi importada, e gerou um colapso no sistema jurídico. Em especial, o processo, enquanto suposto caminho para o atingimento dessa “verdade real”, não deixa de ocultar toda uma ideologia a serviço de um modelo que atende aos interesses burgueses, fruto da modernidade, e aos direitos

individuais (relações negociais, sobretudo), coisificando o humano. O método é “muleta”, conforme bem salienta Hommerding (2016, p. 74), o que denota a sua incapacidade de lidar adequadamente, por exemplo, com tutelas de urgência preventivas (ISAÍA, 2012, p. 105-106).

Essa tentativa de cientificizar o Direito, geometrizá-lo como se fosse uma matemática, traz em seu bojo toda uma preocupação do racionalismo³ em trazer segurança e certeza para o mundo jurídico, com vistas à manutenção do *status quo*. De acordo com Silva (2004, p. 3), houve, assim, a separação entre mundo do ser e mundo do dever ser, ou ainda, a cisão entre direito e fato, que ainda permanece vigente. A norma enquanto axioma, e não enquanto problema ajuda, em muito, a contribuir para o ocultamento da problemática do Direito.

Contudo, isso causa um verdadeiro “curto-circuito” ao se superestimar a consciência histórica, como um apelo às eternas ordenações da natureza, enquanto barreiras intransponíveis, o que se aproxima do historicismo, enquanto verdades postas e imutáveis, mas que, na realidade, revelam-se ingênuas. O problema é da “consciência histórica”, na medida em que é fundamental tal consciência se reconheça a si mesma como um fenômeno essencialmente histórico (GADAMER, 2006, p. 70; 2015, p. 32).

Do contrário, fica-se se à mercê da metafísica objetificante, uma vez que predominam, segundo Streck (2014a, p. 21), “[...] o método, [o] dispositivo, [a] tecnicização e [a] especialização, que na sua forma simplificada redundam em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu

3 Muito embora o presente trabalho não tenha por escopo discorrer sobre o racionalismo, é imprescindível situar sua influência na construção do paradigma liberal-individualista que contaminou o Direito na modernidade e que, ainda hoje, encontra marcas profundas na prática jurídica brasileira, haja vista sua não superação. Trata-se de um movimento filosófico do século XVII, fruto da modernidade, tendo com um de seus precursores René Descartes, que escreveu a obra “O discurso do método” (2007), pressupondo a dúvida metódica, de modo que a mente pudesse ser uma *tabula rasa*, livre de preconceitos, com vistas a se chegar à verdade do conhecimento. No obstante, é imperioso salientar, conforme Santos (2009), que as raízes da modernidade (e do próprio liberalismo) encontram substrato já no período da Grécia Antiga, com uma dicotomia que se estabeleceu entre o atomismo (na figura dos sofistas), de um lado, e o holismo (defendido pela tradição socrático-platônica-aristotélica, muito embora Aristóteles seja considerado eclético e também reúna elementos liberais), de outro. Dentre os sofistas, verificam-se as primeiras noções de antropocentrismo ao colocarem o indivíduo como centro em detrimento da coletividade. Em Platão, tem-se a noção de Estado de Direito, legalidade e moralidade-probidade; em Aristóteles, vê-se a ideia de bem comum. Posteriormente, no período da escolástica, na Idade Média, também se nota a sobrevalorização do indivíduo, com Duns Escoto (em que o indivíduo é visto sob a ótica singular e não despersonalizada) e Guilherme de Ockham (com a introdução do nominalismo). Com relação a este último, ajudou a construir as bases do positivismo jurídico (ideia de que as leis devem ser criadas pelo homem, não estando presentes na natureza) e do direito subjetivo.

acontecer. [...]”. De acordo com Hommerding (2016, p. 51-52), o Direito se volta, assim, ao passado estruturando-se por meio de respostas antecipadas, que ainda não vieram a acontecer: “Quando alguém já decidiu a mesma coisa, antes, num outro tribunal, é excelente para o jurista. Se isso foi dito no Direito Romano há mais de mil anos, melhor ainda”, o que ajuda a criar uma racionalidade que guiará o presente a partir de uma busca da resposta no passado.

É nesse contexto, preso a essa metafísica, que se pode falar no paradigma da “filosofia da consciência”, refratário do giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*⁴), em que o intérprete é dono dos sentidos e a linguagem é um mero instrumento. Trata-se de um paradigma da subjetividade, que surgiu na modernidade com a ideia de um sujeito “assujeitador” das coisas, segundo o esquema sujeito-objeto. (STRECK, 2014a, p. 144 e 211; 2015, p. 14).

Nessa perspectiva, importa muito mais o que o intérprete acha que é o Direito, o que ele sente, suas impressões a partir do caso, mesmo que ele tenha que fugir da norma, afinal o direito não se reduz à lei... Evidentemente, essa postura subjetiva ajudou a configurar um colapso no sistema jurídico, em que respostas para casos (muitos dos quais idênticos) são dadas de maneiras, não raras vezes, opostas, o que é inconcebível.

No presente trabalho, isso será discutido no caso da guarda compartilhada, no ponto seguinte. Porém, já se adianta que o instituto, incorporado legislativamente em 2008, na tentativa de promover uma mudança de cenário cultural, e fomentar a manutenção dos laços afetivos tanto do pai como da mãe para a criança ou adolescente pós-divórcio ou pós-separação, tem sofrido um sério entrave na sua aplicação, uma vez que muitos juízes entendem, *a priori*, que a guarda unilateral é que deve prosperar. Os fundamentos invocados em tais decisões, conforme será discutido, baseiam-se em percepções pessoais desconectadas da “tradição

4 A viragem ontológico-linguística é o “raiar da nova possibilidade de constituição de sentido” (STRECK, 2014a, p. 254). Trata-se da superação do *logos* essencialmente apofântico, de modo que a linguagem passa a ser vista com condição de possibilidade, e não mais como uma terceira coisa interposta entre o sujeito e o objeto. Agora, tem-se uma relação entre sujeito e sujeito, com a morte da subjetividade como instauradora da condição de ser-no-mundo. Além disso, a noção de historicidade e preconceito é extremamente relevante aqui. O ser humano só existe enquanto realidade histórica, sendo impossível de se eliminar todos os seus preconceitos, uma vez que fazem parte da razão histórica de seu ser. Enquanto ser no mundo, não é uma *tabula rasa*, não parte do “grau zero”, como imaginava Descartes. O problema é que a viragem que se deu na filosofia não foi – insistentemente – recepcionada pelo Direito, o que dá margem para uma série de decisionismos fruto do paradigma da filosofia da consciência. Ver Heidegger (2005), Gadamer (2015), Stein (2004) e Streck (2014a).

autêntica”, parafraseando Gadamer (2006), que se instaurou com a lei infraconstitucional democraticamente aprovada.

Isso se insere dentro da ideia de que a consciência do intérprete é que deve ser a baliza para o julgamento, o que não deixa de ser um ato que apenas contém explicações de seu “tribunal da razão”. A realidade se vê, desse modo, reduzida à representação subjetiva, ao entendimento pessoal, ao solipsismo. Basicamente, pode-se falar em duas manifestações da filosofia da consciência: (1) o ato de julgar é um ato de vontade e (2) as decisões buscam justificações a partir de uma racionalidade argumentativa (como é o caso da ponderação⁵) (STRECK, 2015, p. 18-19 e 23-34).

Metaforicamente, é como se o juiz estivesse com sua “consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir”, ou ainda, que detivesse uma “consciência inata” para fazer uma “boa escolha”, o que faz com que o solipsismo seja elevado ao topo da condição de sentido do Direito (STRECK, 2015, p. 32-33, 66). Mas isso abre portas para o protagonismo judicial, para a figura de um juiz que, ora sente pena, é sensível e se compadece da situação em concreto e se julga realizador do Direito, ora se mostra defensor rígido e empedernido de uma lei que deve ser aplicada a todo o custo.

Nesse contexto, pode-se fazer uma alusão aos juízes como “deuses”, alinhando-se à crítica de Ost (1990). Já no início da década de noventa, o autor trouxe um aporte acerca dos modelos de juízes, delineando o extremo do Estado Liberal (em que o Direito é reduzido à exegese, e a condição de validade da ordem jurídica encontra-se sedimentada na lei, com o juiz Júpiter) em face do Estado Social (em que o Direito passa a ganhar contornos no caso concreto, e deve ser realizado

5 A palavra “ponderação” tem sido invocada, hoje, em inúmeros julgamentos para respaldar posicionamentos pessoais em se tratando de colisões de princípios. Esse termo foi inventado em 1905, por Philippe Heck, na Alemanha, no contexto da Jurisprudência dos Interesses. Partia-se da ideia de que a norma jurídica deveria resolver os conflitos, os interesses em jogo, mas que, quando houvesse lacunas, o juiz deveria recorrer à ponderação para solucionar os ditos casos difíceis. Após a 2ª Guerra Mundial, Robert Alexy, da Jurisprudência dos valores, construiu sua Teoria da Argumentação Jurídica a partir da ponderação, perquirindo-se acerca dos valores da sociedade (STRECK, 2014a, p. 131 e ss.). Para o Alexy (2008), os direitos fundamentais têm natureza de princípios e se caracterizam como “mandados de otimização”. Porém, essa tese foi alvo de muitas críticas, especialmente por sua (a) insuficiência (crítica de Habermas), no sentido de que os direitos fundamentais podem ser facilmente flexibilizados em caso de colisão, além de serem passíveis de desaparecer diante de um sopesamento irracional e por sua (b) demasia, em função de que eles podem ser vistos como princípios supremos da ordem jurídica (o que vai ao encontro de um Estado judiciário), fazendo com que o Poder Legislativo perdesse sua autonomia.

por um juiz que carrega em seus ombros a sociedade carente de direitos, o juiz Hércules).

Isso tudo dá margem ao fenômeno cunhado pela doutrina de “ativismo judicial”. Estaria sendo o juiz discricionário diante daquele caso concreto? Ou arbitrário? Seria possível falar em uma distinção entre ambos? Qual a razão de ser do Direito nesse contexto? Seria possível falar em resposta correta diante de toda essa celeuma de posicionamentos? Essas são algumas das questões que permeiam a necessidade de uma reflexão crítica do modo de “fazer” e de “aplicar” o Direito, sob pena de se incorrer em uma atividade burocrática e cotidiana que Warat (1982) chamou de “senso comum teórico dos juristas”.

Conforme Dworkin (2000), a discricionariedade resguarda relação com a visão cética de que há apenas distintas respostas para uma questão de direito, não havendo que se falar em uma resposta correta ou, mesmo, melhor. Segundo essa lógica, abre-se espaço para que os juízes tomem decisões da maneira que melhor lhes pareçam para o futuro da nação, mesmo que sejam diametralmente opostas.

Trata-se da chamada “tese da bivalência”, comumente aceita pelos juristas, no sentido de que, em todos os casos, ou a verdade está em uma afirmação positiva ou em sua asserção oposta, sem levar em consideração qualquer outra terceira (ou quarta, etc.) possibilidade que se encontre entre elas, e que pode ser verdadeira. Essa ambiguidade latente acaba reduzindo o Direito a binômios excludentes, como o válido-inválido, o lícito-ilícito, sem aventar a possibilidade de que ambas as proposições possam ser falsas (DWORKIN, 2000, p. 176-177).

Consequentemente, acaba-se por formar a ideia de que não há, no Direito, nenhuma resposta correta, o que pode ser entendido a partir de duas versões. Na primeira delas, o poder discricionário é visto como “permissão”, uma vez que o juiz não tem o “dever” de decidir num ou noutro sentido, mas sim uma faculdade que lhe possibilitaria escolher a melhor decisão que se amolde ao caso concreto (DWORKIN, 2000, p. 180). A filosofia da consciência, portanto.

Na segunda, a justificativa para a discricionariedade reside em uma série de artimanhas que impossibilitariam a unicidade de sentido, uma vez que a língua é imprecisa, as proposições escondem uma certa estrutura e, ainda, que seria impossível se chegar à veracidade ou falsidade de uma afirmação quando há uma controvérsia sem possibilidades de provar qual seria o lado certo-errado (DWORKIN, 2000, p. 188 e ss.).

Nessa linha, Streck (2015, p. 29 e 73) também defende que tanto a arbitrariedade como a discricionariedade são portas de entrada para decisionismos e voluntarismos. Sua crítica à discricionariedade, em especial, refere-se ao sujeito que “dis-põe” dos sentidos do Direito, como se deles fosse proprietário. De maneira diferente, Silva (2009, p. 21-48) estabelece diferenciações entre arbitrariedade e discricionariedade. Para o autor, há uma margem de discricção que é possibilitada ao juiz para decidir, em respeito ao princípio da razoabilidade, sem que haja a transposição do campo da juridicidade.

De todo modo, apesar dos diversos enfoques em suas autorias, pode-se dizer que, na questão de fundo, os autores concordam. Isso porque se percebe, na obra de ambos, e também na de Dworkin, o combate à livre escolha para interpretar o Direito. Conforme Motta (2010, p. 159), é possível falar em uma convergência de seus posicionamentos enquanto exigência de uma fundamentação constitucionalmente adequada, e de acordo com princípios com vistas a “fechar” a interpretação e trazer uma possível e necessária “correção”⁶.

Importante mencionar, no raciocínio de Streck (2006, 2014a e 2015) a séria crítica que faz ao positivismo⁷ e a resistência que a comunidade jurídica, de maneira

6 Cabe referir, no entanto, que Silva (2009, p. 21-48) se mostra bastante crítico da teoria de Dworkin, basicamente em três pontos: a) o autor norte-americano preocupa-se muito mais com o direito do que com os fatos, e se esquece de que é na praxis judiciária que se encontra o direito; b) ao determinar uma resposta “certa”, não admite ao juiz qualquer dose de poder discricionário; c) o problema da discricionariedade é próprio do positivismo (Dworkin estaria realizando uma confusão com arbítrio). Apesar disso, ressalta-se o diálogo trazido por Motta (2010) entre esses autores, aduzindo que, ao fim e ao cabo, há uma preocupação similar na tentativa de combater a arbitrariedade judicial desmedida. Em outras palavras, sem pretensão de trazer maiores diferenciações entre as teorias e as abordagens em questão, pode-se dizer que a “discricionariedade” que defende Silva resguarda relação com a resposta correta de Dworkin e Lenio, e a “discricionariedade” de que falam estes últimos poderia ser enquadrada como a “arbitrariedade” na teoria do primeiro.

7 Streck (2014a, p. 135-136) traz o seguinte questionamento ao longo de suas obras: aplicar a lei é uma atitude positivista? A resposta depende. Primeiramente, é importante aduzir o que é positivismo. A discussão deve partir da ideia de que há diferentes positivismos ao longo da história. O positivismo jurídico clássico exegético ou legalista partia da ideia de que a regra era suficiente, e congregaria todas as hipóteses de aplicação. Já o normativista parte do pressuposto de que a lei não contém todas as respostas e, por isso, aposta na subjetividade do intérprete, que teria um livre espaço para dizer o que seria o direito. Assim, “[...] a jurisdição seria o resultado de uma volição que estaria para além da mundanidade, seria a representação da subjetividade que existe por si só, independentemente da historicidade. [...]”. A partir disso, aplicar a lei pode ou não ser uma atitude positivista (se ela é constitucional, deve ser aplicada; do contrário, não). Também, destaca-se uma crítica do autor ao que chamou de “pamprincipiologismo”, enquanto invocação principiológica dos mais diversos princípios criados para fins de respaldar o posicionamento pessoal do julgador como se isso representasse uma fundamentação constitucionalmente adequada. No mais, é ainda positivista quem se vale de princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais sem a jurisdição constitucional.

geral, depara-se em desprender-se de suas amarras. Isso se dá, em larga medida, pela utilização de uma razão teórica que pretende dar todas as respostas *a priori* das perguntas, como se o Direito fosse possível de ser solucionado no plano das ideias.

Para o autor (2006, p. 203 e ss., 2014a, p. 426 e ss.), baseando-se em Dworkin (2000) não há que se falar em uma multiplicidades de respostas, mas “a” resposta correta, que não é nem a única nem a melhor, mas é confirmada na Constituição Federal. Trata-se de uma resposta hermeneuticamente verdadeira, que se dá na *applicatio*, ou seja, só existe no mundo prático, na facticidade. O caso prático é o “acontecer do sentido”. Desse modo, trata-se a resposta correta de uma argumentação adequada, que tem seu vetor de racionalidade confirmado pela fundamentação. É, enfim, um direito fundamental do cidadão. Há todo um respeito à tradição, ao círculo hermenêutico, à integridade e à coerência do direito, com o controle ao subjetivismo, o que se insere na chamada “Nova Crítica do Direito” ou “Crítica Hermenêutica do Direito”, expressões cunhadas pelo autor.

Nesse contexto, é imprescindível “levar os direitos a sério”, conforme Dworkin (2002, p. 286) o que se dá com o devido respeito a uma teoria coerente sobre a natureza de tais direitos que as pessoas de fato possuem, bem como com o agir de forma consistente com suas convicções. O autor (2014, p. 271-278) também propõe, ainda, que o Direito se caracteriza pela coerência e pela integridade, o que se dá com a proposta de um “romance em cadeia”. Neste sentido, a prática jurídica contemporânea não deve se voltar nem só para o passado (convencionalismo), e tampouco apenas para o futuro (pragmatismo jurídico), mas sim deve conjugar elementos do passado e do futuro, partindo-se presente.

Conforme bem aduziu o autor, o juiz não descobre nem inventa o Direito, mas sim deve produzir acréscimos na tradição que interpreta, tendo por norte a melhor visão possível, mesmo que, com o tempo, isso possa se revelar uma tarefa impossível. Metaforicamente, tem-se um dado grupo de romancistas que está escrevendo em conjunto (em cadeia) um romance: cada um deve interpretar os capítulos precedentes quando for escrever o próximo. Com base nisso, é contundente que sejam consideradas as dimensões da adequação, uma vez que a interpretação deve ser fluida no decurso do texto e conter um poder explicativo geral, e também da interpretação, tendo em vista que é mister a análise de todas as

leituras possíveis para fins de identificar aquela que melhor se amolde à obra em desenvolvimento) (DWORKIN, 2014, p. 271-278).

Partindo dessa discussão, em que se situou a desfuncionalidade do Direito em meio à crise do modelo liberal-individualista e o paradigma da filosofia da consciência, juntamente com a necessidade da resposta correta, passa-se para a abordagem jurisprudencial do STJ e do TJRS.

3 “DECIDO CONFORME MINHA CONSCIÊNCIA”: UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO STJ E NO TJ-RS

A partir do aporte teórico trazido, pôde-se perceber um sério descompasso entre o Direito trazido na Constituição Federal e a inefetividade em sua implementação. E isso não se resume a uma única área, mas sim reflete uma celeuma em que se insere o Poder Judiciário como um todo. É inadmissível, porém, que se tenham decisões diametralmente opostas.

Ao revés, diante do comprometimento com a coerência e a integridade do Direito que, mal ou bem, foi positivada pelo Novo Código de Processo Civil, em seu art. 926 (BRASIL, 2015c), é importante verificar que argumentos têm sido utilizados pela engrenagem judiciária para (não) concretizar direitos, e de que modo isso se assemelha (ou não) a essa atitude positivista de “decidir conforme a consciência”.

O recorte do presente artigo se delimita na guarda compartilhada. Não se pretende aqui discorrer sobre o instituto em si, mas sim abordar uma discussão sobre a filosofia da guarda compartilhada. Por que, mesmo com a legislação elevando-a como regra, não há uma implementação prática?

Importante, mencionar, nesse sentido, que o cenário em questão se dá em todo o território nacional, não sendo um fator isolado. Conforme o último relatório do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2015), a guarda dos filhos menores, considerando a proporção de divórcios concedidos, é de apenas 5,8% para o homem, contrastando com 78,8% para a mulher, e de 12,9% compartilhada (ainda, 1,0% declarou outra resposta e 2,1% nada mencionaram). O maior percentual de guarda unilateral materna é no estado do Sergipe, chegando a 91,4%, e o maior índice de guarda compartilhada é no Distrito Federal, com 24,7%. No Rio Grande do

Sul, foco deste trabalho, os dados apontam para 5,3% da guarda unilateral paterna, 77,2% da guarda unilateral materna e 13,5% da guarda compartilhada.

Além disso, é importante destacar que as questões de família ocupam, no ranking dos assuntos mais recorrentes do Poder Judiciário, a quinta posição (em 2016 e, em 2015, a sexta), totalizando 853.049 processos espalhados por todo o Brasil, em 2016, e 836.634 em 2015 (BRASIL, 2016, p. 165; 2015a, p. 10), englobando alimentos, guarda, divórcio, etc.

Isso demonstra a preferência pela monoparentalidade, típica da guarda unilateral, que coloca a criança, o adolescente como uma coisa, que será de “posse”, geralmente, da mãe, a “guardiã” (ROSA, 2015, p. 52). O outro, normalmente o pai, acaba participando muito pouco da vida do filho, de seu crescimento e desenvolvimento, o que acaba ocasionando sérias consequências negativas a longo prazo.

Por outro lado, a guarda compartilhada traz uma proposta de que ambos os pais se sintam partícipes na vida da criança, do adolescente, bem como em seu processo de desenvolvimento, com a igualdade de direitos e responsabilidades e numa ideia de harmonização e coparticipação (ROSA, 2015, p. 67-68). O filho, ao ser “compartilhado”, passa a ser visto como um sujeito, e não mais reduzido a uma coisa, um objeto, o que se amolda à ideia da virada ontológico-linguística discutida no primeiro ponto.

A consideração enquanto pessoa, e não enquanto coisa, rompe com a metafísica objetificante e todo o discurso que separa os laços afetivos de pais e filhos em uma tentativa ideal de decidir da melhor forma possível. A partir do momento em que a criança é tida como ser, ainda que isso possa resultar óbvio, existe um sentido em sua proteção integral. Do contrário, não há que se falar em Direito, mas sim em uma abstrata decisão que põe de lado toda a tentativa de inovação do sistema e de uma mudança cultural.

Caso se continue a pensar de forma refratária ao *linguistic turn*, a guarda compartilhada será banalizada com a ideia de apenas ser aplicada para países ricos, desenvolvidos, em que as pessoas saberiam se relacionar de maneira mais harmônica. Porém, isso não deixaria de ajudar, sobretudo, na manutenção do *status quo* vigente, que forma no imaginário coletivo social (e também jurídico) de que as pessoas são “incapazes” de resolver suas contendas, que é necessária a mediação

de um terceiro supostamente imparcial que solucione a lide (o que se dá no plano jurídico, mas não no mundo da vida...).

Se essa visão seguir prosperando, e não houver uma mudança cultural, a guarda unilateral continuará vigorando como prioridade, e quem sai realmente perdendo é a criança, o adolescente. Isso porque será tratado como coisa, troféu, prêmio, deixando de lado a ideia de que, para seu crescimento e desenvolvimento saudável, é indispensável a presença tanto da figura paterna como da materna para fins de construção de suas referências. É uma típica violência simbólica denunciada por Streck (2014, p. 37) de que “cada-um-tem-seu-lugar”.

Cabe mencionar que o instituto foi criado em 2008, com a Lei 11.698, tendo alterado o artigo 1.583 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002). Em 2014, a Lei 13.058 trouxe nova modificação, positivando-o como regra. A proposta era esclarecer a ideia de que o “sempre que possível” na tentativa da guarda compartilhada não implicava um necessário bom relacionamento entre os genitores. Conforme a justificação do Projeto de Lei nº 1009, de 2011 (BRASIL, 2011a), o objetivo seria trazer maior “clareza” ao texto, evidenciando que o instituto não estava sendo devidamente aplicado por magistrados que, ao se indagarem sobre os conflitos entre o ex-casal, adotavam diretamente a via da guarda unilateral, o que incita o egoísmo e a alienação parental, fazendo com que a criança seja vista como uma arma.

Ainda em 2011, um caso tornou-se paradigmático no Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo consolidado a guarda compartilhada como regra para os filhos de pais divorciados, antes mesmo da edição da Lei 13.058/14. O tribunal, nesse sentido, julgou casos que serviram de inspiração para as alterações legislativas (JUSTIFICANDO, 2016). Especificamente, com relação a este caso, de relatoria da ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2011b):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. **A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações,**

concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidência das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da **guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.** 5. **A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais.** E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. **A imposição judicial** das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é **medida extrema, porém necessária** à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação **quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.** 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. [grife]

Com o julgamento, foram pontuadas algumas características da guarda compartilhada que se afinam com a nova proposta cultural, como a construção do duplo referencial (tanto paterno e não materno, e não apenas um *Sunday dad* ou “pai de domingo” que esporadicamente faz visitas ao filho), um processo integrativo com vistas ao diálogo (mesmo em situações em que há desentendimentos entre os pais, isso porque o conflito é natural e deve ser trabalhado em prol do interesse da criança), a necessidade de uma postura proativa por parte dos pais (e não a fixação de um plano ideal), de acordo com as particularidades do caso concreto (BRASIL, 2011b).

De fato, isso conduz – novamente – à ideia supramencionada de que direito só existe *in concreto*, no caso prático. A lei nunca deteve (nem deterá) todas as respostas. A melhor solução deve ser construída, e as partes possuem um papel bastante contundente nesse sentido. Se elas se sentirem partícipes, atores no processo em que, nada mais nada menos, está em voga suas vidas, há um avanço.

Não se deve apenas olhar para direitos, mas também para os deveres e as responsabilidades com vistas ao atingimento de uma melhor e harmoniosa convivência.

Logo, não se deve pautar por uma verdade iluminada supostamente atingida, mas por possibilidades hermenêuticas (reais), que permitem a concretização prática do direito. Mas isso, frisa-se, não pode se dar *a priori*, mas sim, diante do problema que se apresenta na facticidade. É a partir daí que se deve partir. Apesar disso, a prática jurídica insiste em “criar” o Direito de forma assujeitadora, desrespeitando a tradição, o círculo hermenêutico, a facticidade, a coerência, a integridade, conforme se discutiu no primeiro ponto. Assim a seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2017d):

REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E ALIMENTOS. ALTERAÇÃO. DISPUTA ENTRE OS PAIS DA CRIANÇA. DESCABIMENTO. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois geralmente são prejudiciais para a criança, pois modifica a sua rotina de vida e, também, os seus referenciais, podendo gerar transtornos de ordem emocional. 2. **O filho deve permanecer sob a guarda do genitor com quem ele passou a residir por sua livre e espontânea vontade, pois está sendo bem cuidado e tem atendidas todas as suas necessidades.** 3. Deve sempre prevalecer o interesse do infante acima de todos os demais, sendo que, no caso em tela, os elementos de convicção são eloquentes em apontar a conveniência da guarda pelo genitor. 4. **não se mostra adequada a guarda compartilhada quando os genitores não conseguem manter uma relação harmônica.** 5. Cabe a ambos os genitores concorrer para o sustento da prole comum e, enquanto o guardião presta alimentos in natura, o que não é detentor da guarda deve prestar alimentos in pecunia, merecendo reparo a fixação dos alimentos quando sobrecarrega a alimentante. Recurso provido em parte. [grifei]

Nesse caso, de 31 de maio de 2017, a mãe pretendia a guarda unilateral ou a compartilhada, mas foi decidido pela manutenção da guarda paterna. O primeiro argumento (i) se deu no sentido de que, como os pais não conseguem manter uma relação harmônica entre si, dada a falta de diálogo e a não superação das desavenças resultantes no término de relacionamento, seria inviável o compartilhamento da guarda. O segundo ponto (ii) versou sobre a manutenção do *status*: já que o menino estava sob a guarda do pai há dois anos, não haveria qualquer motivo para alteração, sob pena de causar forte abalo emocional. O terceiro argumento (iii), por sua vez, desprezou completamente o estudo social que

sugeria a adoção da guarda compartilhada, uma vez que “não há, nos autos, elementos apontando para um prognóstico favorável ao seu estabelecimento”.

Este outro, de mesma data, vai além, aduzindo que a lei nem sempre deve ser aplicada (BRASIL, 2017e):

Em que pese à previsão legislativa priorizando o compartilhamento de guarda, não se pode entender a guarda compartilhada como um imperativo legal absoluto e incondicionado, pois, não obstante o texto legal vigente, **não está o julgador adstrito à sua literalidade**, devendo sempre **ponderar** o melhor interesse da criança e do adolescente, princípio vetor dotado de dignidade constitucional. No caso, a filha conta 17 anos de idade e a **distância entre as residências paterna e materna é de cerca de 1.000km**, o que reflete no trato das questões práticas e cotidianas. Isso sem mencionar que o genitor, citado, não compareceu ao processo, nada indicando que ele tenha interesse nessa modalidade de guarda, pois, ao que consta, nenhum contato mantém com a filha, a qual, dentro de um ano completará a maioridade. Neste contexto, há que ser reformada a sentença, para atribuir a guarda unilateral à mãe, que sempre a exerceu desde a separação do casal. [grifei]

O primeiro argumento (i) já denota a marca clássica da influência do paradigma da filosofia da consciência na atuação judicial: mesmo que haja o texto legal, o “não está o julgador adstrito à sua literalidade”. O segundo (ii) também defende que o compartilhamento da guarda resulta em insucesso quando “ausente a comunicação apaziguada e harmoniosa entre genitores”. Quanto ao terceiro (iii), entende que a distância física seria um obstáculo, sem levar em consideração as possibilidades tecnológicas de contato e, mais, o fato de que, para compartilhar a guarda, não é requisito residir em uma mesma cidade. Por fim, a revelia foi o último argumento (iv) utilizado a favor do próprio réu, partindo do pressuposto de que não foi possível atestar seu poder familiar.

Neste outro caso (BRASIL, 2017b), foram utilizadas a “tenra idade” da filha (i) e também as desavenças entre os pais (ii) para não conceder a guarda compartilhada, aqui em sede de tutela antecipada. Afinal, o sistema necessita de segurança e da verdade real, o que tornaria a concessão da tutela antecipada extremamente “perigosa” (SILVA, 2004):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO RELATIVA À UNIÃO ESTÁVEL. ALTERAÇÃO DE GUARDA E VISITAS. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. Em que pese seja a guarda compartilhada seja a legalmente vigente, no caso, tendo em vista a **tenra idade** da menina e os **conflitos entre os pais**, até maiores esclarecimentos convém que

seja mantida a guarda unilateral à genitora, ressaltando que a agenda de shows da agravada não pode ser considerada empecilho para alteração da guarda ou residência da menor, já adaptada à rotina diária na casa materna

2. Sendo o agravante sócio de um estabelecimento comercial que provavelmente trabalha em finais de semanas e a noite, sem que sejam esclarecidos estes detalhes, regulamento as visitas durante a semana nas tardes de terças e quintas-feiras, podendo o agravante buscar a filha às 14h e devolvê-la até às 18h, na casa da genitora, sem a necessidade de acompanhamento da avó materna. [grifei]

Em uma outra situação (BRASIL, 2017a), a decisão também se valeu do conflito entre os genitores e a impossibilidade de consenso (i) e a tenra idade (ii) para negar a concessão da guarda compartilhada. Mas também citou a jurisprudência do STJ sobre o tema, afirmando que, em tais casos, não haveria de se conceder a guarda, o que causa estranheza, na medida em que o entendimento da corte é pacificado em justamente fomentá-la... Assim, vê-se uma “fetichização” do discurso jurídico (STRECK, 2014a), que cita ao alvedrio entendimentos jurisprudenciais, mesmo que desconcatenados, para respaldar a tese.

O argumento utilizado foi de que a guarda compartilhada não seria conferida quando se ultrapassasse o “mero dissenso”, tese defendida pelo STJ. Porém, este tribunal fixou entendimento, em vários de seus julgados sobre o tema, de que tais situações somente restariam configuradas se fossem realmente graves, como o cometimento de crimes, a utilização de drogas por parte de um dos genitores, bem diferente da situação fática do julgado em tela. Novamente, o jurista encontra-se refém de uma metafísica objetificante, buscando *in abstracto* o argumento do caso concreto, e tentando antecipar a resposta à pergunta.

Por fim, uma última decisão selecionada do TJRS (BRASIL, 2017c), mas que se afina à jurisprudência do STJ e à nova tradição democrática da guarda compartilhada:

AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA, CONVIVÊNCIA FAMILIAR. GUARDA COMPARTILHADA. ALTERAÇÃO. DESCABIMENTO. AMPLIAÇÃO DA VISITAÇÃO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. **A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores**, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. Descabe qualquer reparo a decisão recorrida que indeferiu o pedido de guarda unilateral em favor da genitora, devendo ser mantida a guarda compartilhada com referencial de moradia a casa paterna,

pois o menor está com o genitor há alguns anos, estando bem adaptado a rotina familiar paterna. 4. O pedido do genitor para que seja fixado alimentos deverá ser objeto em ação própria. Recurso parcialmente provido da autora e desprovido do réu. [grifei]

Ao longo do acórdão, o desembargador relator reflete que o filho não pode ser transformado em um “troféu”, ou mesmo um objeto à disposição do pai ou da mãe por um dado período. Ao contrário, e aqui a metáfora de Rosa (2015) é excelente, indispensável se mostra a ruptura com o “mito do filho mochilinha”, que arruma a mochila para ir para a casa do pai, para a casa da mãe, jogado de um lado para o outro.

Trazendo essa discussão para o âmbito do Poder Judiciário, não é possível ficar à mercê da filosofia da consciência, em que alguns juízes decidem de um dado jeito porque sua concepção de Direito é assim, e alguns outros decidem de maneira extremamente oposta, seguindo uma dada corrente minoritária.

O que é pior, como aconteceu nessas decisões judiciais, é que, na mesma Câmara Cível, há decisões díspares, a depender de quem for o relator do caso. Nota-se bem que isso é absolutamente inadmissível no Estado Democrático de Direito, ainda mais em se tratando de recentes acórdãos no mesmo mês deste ano! Ou seja, o paradigma da filosofia da consciência encontra-se plenamente em voga.

Nesse sentido, “a” resposta correta, em se tratando de guarda compartilhada, é no sentido de conferi-la enquanto regra, mesmo que os pais vivam em cidades diferentes, não tenham consenso (o que é normal, haja vista que o relacionamento fracassou), que o filho seja de tenra idade. Esses argumentos todos já foram verificados por Brito e Gonçalves (2013) logo quando surgiu a guarda compartilhada, tendo sido aventadas as mais variadas justificativas para não aplicar a guarda compartilhada, tais como mudança de rotina, inexistência de motivo, dissenso, moradias distintas, crianças de tenra idade, ampliação de visitas em vez da guarda compartilhada... Quanto ao exemplo da moradia em cidades diferentes, as autoras trouxeram um exemplo de um ex-casal que se separou na França (o pai ficou lá e a mãe veio para o Brasil com a criança), mas os dois compartilhavam as responsabilidades mesmo com a distância física.

Enfim, isso só ajuda a provar que o problema em questão permanece atual, e que é imperativa uma mudança cultural urgente, sob pena de desfuncionalidade e perda de sentido do Direito. Afinal, sua razão de ser é na *applicatio*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito (brasileiro) encontra-se em crise, a qual reflete todo um modo de sua produção e de aplicação em desacordo com a realidade complexa que se apresenta na atualidade. Isso porque os pilares liberais-individualistas não conseguem tratar adequadamente dos (novos) direitos emergentes na sociedade.

O resultado é um cenário caótico, marcado pela desfuncionalidade: os direitos estão previstos na Constituição, mas não são concretizados. No curso desse trabalho, pôde-se perceber que isso se encontra inserido em toda uma busca pela verdade, com a importação de metodologias próprias das ciências da natureza para o campo jurídico, que é baseado na compreensão, e não na explicação.

Em meio a isso, também se verificou a existência do paradigma da “filosofia da consciência”, em que se apostam todas as fichas no protagonismo judicial, para que o juiz decida da maneira que melhor lhe convier, mesmo que para isso ignore uma tradição jurídica assentada, dando primazia a sua subjetividade, a sua consciência, ao que entende por Direito. Trata-se de um obstáculo para superação paradigmática, portanto.

Assim, embora a introdução do Estado Democrático de Direito estabeleceu uma viragem normativo-constitucional, a comunidade jurídica não acompanhou as mudanças, e insiste na inaplicação do texto constitucional, estando refratária da viragem ontológico-linguística (*linguistic turn*). É imperativa a superação do esquema sujeito-objeto no Direito, de modo que a linguagem seja vista como condição de possibilidade, e não como uma terceira coisa interposta entre o sujeito e a coisa que lhe é assujeitada.

Consequentemente, é mister que sejam buscadas respostas de acordo com a Constituição, o que se dá no caso concreto, e não de forma anterior e abstrata. “A” resposta correta se realiza na *applicatio*, sendo contundente a ruptura com a filosofia da consciência e com decisionismos e voluntarismos.

Nesse contexto, abordou-se a problemática que acomete a questão da guarda compartilhada. A jurisprudência do STJ afina-se com a nova proposta cultural, porém várias decisões do TJ-RS ainda se mostram bastante resistentes à aplicação dessa nova modalidade de guarda, valendo-se de argumentos concebidos

na cápsula da consciência dos julgadores. Ainda se encontra fortemente presente a visão do Direito como aquilo que o intérprete acha que é, e não o que de fato é.

Contudo, os direitos precisam serem levados a sério e, mais, as “histórias de vida”⁸ necessitam urgentemente serem “levadas a sério”. O Direito só tem razão de ser no caso concreto. A guarda compartilhada, nessa medida, deve ser o norte do sistema, aliada a uma postura do juiz atenta às particularidades da situação fática concreta, da tradição, do círculo hermenêutico, da coerência e da integridade, sem estabelecer ponderações e valorações segundo sua consciência para justificar seus posicionamentos pessoais.

Assim, (somente) a partir disso, serão possíveis significativos avanços. Na guarda compartilhada, em especial, o filho deve ser, realmente, tratado como uma pessoa, e não como um troféu de propriedade do pai ou da mãe. Trata-se de vidas, de uma criação educacional e de todo um processo desenvolvimento humano. E isso precisa ser levado a sério.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1009, de 2011. Altera o artigo 1584, § 2º, e o artigo 1585 do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada.

Projeto de Lei Nº 1009 de 2011. Brasília, DF, 12 abr. 2011a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0692B4F51E21866F67156875D10843FF.proposicoesWebExterno2?codteor=858734&filename=Tramitacao-PL+1009/2011>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

8 Esta expressão foi criada pelo próprio autor, a partir de uma paráfrase de Dworkin. Com isso, quer-se frisar a importância de que as situações fáticas sejam realmente levadas a sério, sem que se fique à mercê de uma abstração jurídica que tenta solucionar os casos desvinculados da prática.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2016b.

_____. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Lei nº 1305, de 16 de março de 2015c. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1251000 / MG. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, D, 23 de agosto de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 31 ago. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17092777&num_registro=201100848975&data=20110831&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70073225559 (Nº CNJ: 0086670-41.2017.8.21.7000). Relator: Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, RS, 31 de maio de 2017d. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70073225559&num_processo=70073225559&codEmenta=7303558+guarda+compartilhada++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70073225559&comarca=Comarca de Carazinho&dtJulg=31/05/2017&relator=S%C3%A9rgio Fernando de Vasconcelos Chaves&aba=juris>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70073278004 (Nº CNJ: 0091915-33.2017.8.21.7000). Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, DF, 11 de maio de 2017e. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70073278004&num_processo=70073278004&codEmenta=7274944+70073278004++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70073278004&comarca=Comarca de Uruguaiana&dtJulg=11/05/2017&relator=Luiz Felipe Brasil Santos&aba=juris>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70072898455 (Nº CNJ: 0053960-65.2017.8.21.7000). Relator: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, RS, 31 de maio de 2017b. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, . Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70072898455&num_processo=70072898455&codEmenta=7301824+guarda+comp+artilhada++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70072898455&comarca=Comarca de Caxias do Sul&dtJulg=31/05/2017&relator=Liselena Schifino Robles Ribeiro&aba=juris>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70072743040 (Nº CNJ: 0038419-89.2017.8.21.7000). Relator: Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, RS, 31 de maio de 2017a. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justiçaa&versao;=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70072743040&num_processo=70072743040&codEmenta=7302242+guarda+compartilhada++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70072743040&comarca=Comarca de Uruguaiana&dtJulg=31/05/2017&relator=Jorge Luís Dall'Agnol&aba=juris>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70073212698 (Nº CNJ: 0085384-28.2017.8.21.7000). Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 31 de maio de 2017c. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70073212698&num_processo=70073212698&codEmenta=7303246+guarda+comp+artilhada++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70073212698&comarca=Comarca de Santa Maria&dtJulg=31/05/2017&relator=Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves&aba=juris>. Acesso em: 03 jul. 2017.

DE BRITO, Leila Maria Torraca; GONSALVES, Emmanuela Neves. Guarda Compartilhada: alguns argumentos e conteúdos da jurisprudência. In: **Revista Direito GV**, número 9, p. 299-318, 2013. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/11-rev17_299-318_-_leila_maria_torraca_de_brito.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Porto Alegre: L&PM, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito.** Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, Hans Georg. **O problema da consciência histórica.** Tradução de Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer e nova revisão de tradução por Enio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo – parte I.** Tradução de Maria Sá Cavalcante Shuback. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **A índole filosófica do direito.** Florianópolis: Empório do Direito Academia, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do registro civil** – 2015. v. 42. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2015_v42.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2017.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica:** a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

JUSTIFICANDO. Guarda compartilhada foi consolidada no STJ antes de virar lei. **Justificando: mentes inquietas pensam Direito**, São Paulo, 05 jun. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/05/guarda-compartilhada-foi-consolidada-no-stj-antes-de-virar-lei/>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério:** uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

OST, François. **Júpiter, Hércules y Hermes:** tres modelos de juez. 1990. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2017.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Epistemologia das ciências culturais.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m)crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorisas Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 03, n. 05, p.48-57, 1982. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

O EXERCÍCIO DA POSSE DIRETA E O ABANDONO DE LAR COMO REQUISITOS CONTROVERSOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Carla Beatriz de Oliveira¹

RESUMO: O presente artigo tem por escopo o estudo do artigo 1.240-A, introduzido no Código Civil através da Lei nº. 12.424, de 16 de junho de 2011, que criou a denominada usucapião familiar. Por seu intermédio, é possível que o ex-cônjuge ou ex-companheiro obtenha a exclusiva propriedade do imóvel outrora pertencente a ambos os consortes. Este trabalho limitou-se em apreciar as expressões “posse direta” e “abandonou o lar”, referidas pelo legislador no texto do dispositivo legal. Ambas são objeto de controvérsia na busca por uma interpretação que as contextualize de forma sistemática e lhes confira um significado plausível, frente aos avanços alcançados pelo ordenamento jurídico vigente, na busca por cumprir a função social da norma.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião Familiar. Posse direta. Abandono de lar. Culpa.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breves considerações a respeito da usucapião familiar. 3 Dos requisitos para aquisição do direito. 3.1 Lapso temporal. 3.2 Bem condominial. 3.3 Posse direta. 3.4 Abandono do lar. 4 Abandono de lar: a conduta culposa como motivadora do rompimento do matrimônio. 5 A emenda constitucional nº. 66/2010 e a desnecessidade de imputação da culpa: o fim da noção de abandono de lar. 6 A expressão “abandonou o lar” em relação ao instituto da culpa: necessária laicização das relações familiares. 7 Considerações finais. 8 Referências.

¹Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio/SP (2018). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPel/RS (2015).

1 INTRODUÇÃO

A lei nº. 12.424/2011 criou outra espécie de usucapião, disposta no artigo 1.240-A do Código Civil, sendo denominada de usucapião familiar. A modalidade permite ao ex-cônjuge ou ex-companheiro a aquisição da exclusiva propriedade de um bem imóvel, até então compartilhada entre o casal, desde que preenchidos alguns requisitos.

Através do projeto de lei de conversão nº. 10/2011, a lei nº. 12.424/2011 originou-se da medida provisória nº. 514/2010, a qual dispunha sobre a alteração na legislação pertinente ao programa de habitações “Minha Casa, Minha Vida”, do Governo Federal (PMCMV – Lei nº. 11.977/2009), a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, bem como outras leis esparsas.

Em razão da celeridade em sua tramitação (apresentada em 02/12/2010, sendo que na data de 03/05/2011 fora transformada em projeto de conversão, com sancionamento em junho do ano de 2011), a redação inicial, sem efetiva participação da comunidade acadêmica na busca por atenuar possíveis falhas, foi aprovada².

O texto da medida provisória não trazia em si o artigo 9º, cuja redação cuidou de acrescentar a usucapião familiar no conteúdo da lei nº. 12.424/2011, tampouco constam na ementa da norma comentários a respeito, sendo a exposição de motivos do projeto de conversão idêntica àquela da medida provisória, visto que a inclusão ocorrera apenas na Câmara dos Deputados³.

Diante desse cenário, há algumas indagações que permeiam o instituto, as quais se mostram como objeto de polêmica e controvérsia entre os civilistas pátrios, reforçando a pertinência do debate jurídico⁴.

Citam-se as expressões “posse direta” e “abandonou o lar”, utilizadas pelo legislador na redação do dispositivo, cujos sentidos mais adequados são assunto na busca por um consenso para aplicação do artigo na resolução de casos concretos.

² WESENDONCK, Tula. **Usucapião familiar: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re)criação de outros?**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f3c5d0c3666eec8>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

³ FREITAS, Douglas Phillips. **Usucapião e Direito de Família: Comentário aos art. 1240-A**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/20060/usucapiao-e-direito-de-familia>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁴ Em que pese a existência de opiniões divergentes, o presente artigo tenciona salvaguardar o instituto da usucapião familiar, através de apreciações que o adequem à interpretação jurídica coerente com o direito pátrio, especialmente no que tange as atuais ideias sedimentadas no âmbito do Direito de Família.

Nessa ordem de ideias, enfocando-se na redação controvertida do texto legal, a análise debruça-se na atribuição de sentidos que estejam de acordo com o panorama atual do ordenamento jurídico interno, concernente à impossibilidade do possuidor direto valer-se da usucapião, bem como ao descabimento do abandono de lar, requisitado pelo dispositivo legal, retomar a necessidade de imputação da culpa pelo término do matrimônio a um dos consortes, especialmente após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 66 de 2010.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Antes de apresentar as discussões efetivas acerca dos requisitos considerados duvidosos com relação ao instituto jurídico, importa analisar a literalidade da disposição normativa. Reportando-se ao dispositivo legal, temos:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º. O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 2º. (vetado)⁵.

O artigo supramencionado incumbiu-se de acrescentar uma modalidade de usucapião ao ordenamento jurídico vigente, recebendo diversas denominações por escritores que tratam do assunto, como “usucapião especial urbana por abandono de lar conjugal”, “usucapião entre ex-casal”, “usucapião pró-família”, “usucapião especial familiar”, “usucapião do lar”, “usucapião conjugal” e “usucapião familiar” (optou-se por adotar esta última nomenclatura no presente trabalho).

A modalidade permite àqueles que estejam separados de fato, outrora casados ou conviventes em uma união estável, a aquisição da exclusiva propriedade, até então compartilhada entre o casal, frente ao abandono do imóvel pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, desde que preenchidos alguns requisitos.

Criada no âmbito do “Programa Minha Casa, Minha Vida”, é plausível concluir que a usucapião familiar objetiva viabilizar o direito constitucional à moradia,

⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

consagrada no artigo 6º da Constituição Federal⁶, assim como proteger o bem estar familiar, direcionando-se, em princípio, à população com poder aquisitivo diminuto, sem condições financeiras de adquirir a propriedade residencial⁷.

O artigo 183, *caput*, da Constituição da República, prevê a denominada usucapião especial, que também se encontra disciplinada no artigo 1.240, *caput*, do Código Civil, elencando diversos pressupostos comuns com a usucapião familiar. Não obstante tais semelhanças imporem requisitos que devam ser preenchidos pelo usucapiente, elas traduzem o caráter social da atenção dispensada pelo legislador às camadas da população com baixo poder aquisitivo, que encontram sérias dificuldades na busca pelo exercício do direito à moradia.

Estabeleceu-se nas previsões normativas já existentes, e com a introdução de mais uma modalidade, balizadores de uma ideal política urbana em locais citadinos inutilizados, atentando à minoração das desigualdades sociais e ao cumprimento da função econômica e social da propriedade⁸.

3 DOS REQUISITOS PARA AQUISIÇÃO DO DIREITO

Para que se adquira a usucapião, na modalidade familiar, são necessários alguns requisitos especiais. Os elementos – coisa hábil, posse e lapso temporal – imprescindíveis a todas as espécies de usucapião, por óbvio, também são aqui exigidos.

Ainda assim, a usucapião familiar traz em seu cerne disposições próprias, sendo-lhe particular um exíguo lapso temporal de exercício possessório, assim como a necessidade do usucapiente encontrar-se na posse direta do imóvel, dividindo a copropriedade do bem com ex- cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar.

3.1 LAPSO TEMPORAL

⁶ CRFB/88, art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁷ Embora se possa discutir acerca da possibilidade jurídica de usucapião – modalidade originária de aquisição proprietária – no ambiente de uma dívida bancária constituída, com finalidade social e pendendo garantia fiduciária, toma-se para fins argumentativos, as prováveis motivações desta alteração legislativa.

⁸ PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A nova usucapião especial por abandono de lar e a função social da propriedade**. Revista Síntese Direito de Família. vol. 14. n. 71. abr./maio 2012. p.22.

O prazo previsto pelo legislador, na modalidade em tela, é consideravelmente reduzido quando comparado às demais prescrições aquisitivas previstas no Código Civil Brasileiro. Os 02 (dois) anos exigidos em lei para a usucapião familiar são inferiores, inclusive, ao caso de aquisição de bens móveis, cuja prescrição ocorre em três anos, na presença de justo título e boa-fé, ou, ausentes estes elementos, em cinco anos.

Insta observar a divergência de opiniões entre os autores, originada pela brevidade do lapso temporal fixado em lei para a implementação do instituto. O artigo produzido por Vilardo compendiou ambas as visões:

Observa-se que o tempo de 2 anos é curto em meio às dificuldades próprias de uma separação e suas consequências com relação à questão financeira e filhos. [...] Todavia, observando-se pelo lado daquele que fica no imóvel cuidando dos filhos com o outro genitor tendo abandonado o cuidado da família, aguardar dois anos para somente aí poder desembaraçar o imóvel não seria pouco tempo. Até porque há o tempo de duração do processo para que a titularidade possa ser transferida, e só depois da sentença com trânsito em julgado terá a plena disponibilidade sobre o imóvel, o que pode levar pelo menos mais um ou dois anos⁹.

Nessa esteira, além da usucapião familiar fomentar o instituto da função social da propriedade, resguardando o direito à moradia, alguns civilistas julgam que, concomitantemente, também pretende proteger a família, em especial o patrimônio do cônjuge ou companheiro ainda residente no lar, após a separação fática, presumindo-se uma debilidade financeira condizente ao gerenciamento residencial, de forma autônoma, incluindo-se despesas ainda mais acentuadas caso existam filhos economicamente dependentes.

Calha trazer à baila o enunciado nº. 501, aprovado na V Jornada de Direito Civil de 2011, orientando que “as expressões ‘ex-cônjuge’ e ‘ex-companheiro’, contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio”.

No direito brasileiro, a separação de fato, ocasionada pelo fim da convivência e do afeto entre o casal, é causa de dissolução da sociedade conjugal, encerrando o regime de bens. Os bens adquiridos pelos cônjuges, durante esse período, não serão passíveis de meação, com o fito de evitar o locupletamento ilícito, interrompendo-se, dessa maneira, os efeitos do regime de bens e, consequentemente, a prescrição volta a correr entre os cônjuges na constância da

⁹ VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **Usucapião Especial e Abandono de Lar – Usucapião entre Ex-Casal**. Disponível em <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com/2016/05/usucapiao-especial-e-abandon-o-de-lar.html>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

sociedade conjugal, tornando-se, pois, o ponto inicial da contagem do prazo prescricional para a presente modalidade.

3.2 BEM CONDOMINIAL

O artigo postula a divisão da propriedade do imóvel entre o ex-casal, independente do bem pertencer a ambos por comunhão ou simples condomínio. Em linhas gerais, este consiste no domínio da coisa por mais de uma pessoa, enquanto aquela – na qual diversos sujeitos exercem a titularidade sobre um direito real – pode surgir com o casamento ou a união estável (hétero ou homossexual).

A possibilidade de ocorrência da usucapião deve observar o regime de bens adotado, sendo pertinente Simão quando enfatiza que:

Se o casal for casado pelo regime da separação total de bens e ambos adquiriram o bem, não há comunhão, mas sim condomínio e o bem poderá ser usucapido. Também, se o marido ou a mulher, companheiro ou companheira, cujo regime seja o da comunhão parcial de bens compra um imóvel após o casamento ou início da união, este bem será comum (comunhão do aqwesto) e poderá ser usucapido por um deles. Ainda, se casados pelo regime da comunhão universal de bens, os bens anteriores e posteriores ao casamento, adquiridos a qualquer título, são considerados comuns e portanto, podem ser usucapidos nesta nova modalidade¹⁰.

Derradeiramente, os bens particulares do ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar quedam-se afastados da possibilidade de usucapião prevista no art. 1.240-A, posto que o texto legal é claro ao exigir um imóvel cuja propriedade pertença ao casal, oportunidade em que o usucapiente, já dono de uma parte do bem, busca o domínio integral do imóvel.

De outro lado, questões podem surgir acerca de alguém que já tenha a propriedade condominial, usucapindo a meação. De fato, no condomínio, há uma fração ideal de cada um dos condôminos, ou seja, o que poderia ser objeto de usucapião seria a fração ideal do outro.

3.3 POSSE DIRETA

A posse na usucapião familiar segue as características gerais de continuidade, mansidão e pacificidade exigidas para as demais classificações do instituto,

¹⁰ SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?**. Disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html>. Acesso em: 01 ago. 2018.

inovando somente na exigência de posse direta pelo cônjuge ou companheiro que permaneceu no lar.

O exercício da posse direta, como condição exigida do cônjuge ou companheiro que permaneceu no imóvel de propriedade pertencente ao casal, revela, em verdade, atecnia na redação do dispositivo.

Em outras palavras, a saída do lar empreendida por um dos coproprietários não faz surgir uma relação jurídica de natureza real ou pessoal entre ambos, a ponto da posse desmembrar-se em direta e indireta. Isso, no tocante ao sistema de proteção relacionado aos bens.

Por ora, a interpretação mais plausível é considerar o desejo do legislador em enfatizar a necessidade do indivíduo que permaneceu no lar ser, a princípio, além de um dos proprietários, também o possuidor exclusivo do imóvel, exercendo posse efetiva ao utilizá-lo para moradia própria ou da família, não devendo ceder a terceiros nenhuma das faculdades do domínio que exerce, culminando como titular único da propriedade quando reunir, durante o biênio, os demais requisitos impostos cumulativamente na lei.

Ressalta-se que a defesa dos requisitos desta modalidade é uma tentativa de estender efeitos ao instituto que, em tese, pode ser questionado tecnicamente.

A proibição encontrada pelos possuidores diretos, concernente à impossibilidade de se valerem do instituto da usucapião, tem guarida na presença do negócio jurídico travado entre os sujeitos que possuem de forma mediata e imediata, afastando um possível estado de negligência do dono com sua propriedade e, concomitantemente, obstando a conquista do domínio, considerando-se que a bifurcação possessória aconteceu apenas pela aceitação do proprietário, bem como por se mostrarem incabíveis as alegações que tentam fazer crer a existência do ânimo pelo possuidor direto em ter a coisa para si.

Logo, mais razoável é interpretar a posse direta, mencionada no artigo 1.240-A, como a praticada efetivamente no imóvel de copropriedade do casal, todavia agora constituindo moradia somente ao ex-cônjuge ou ex-companheiro que remanesceu no bem com ou sem a prole.

Outrossim, mesmo que silente o legislador sobre a necessidade de posse com *animus domini* para a usucapião familiar – rompendo com um dos componentes qualificadores de todas as outras modalidades do instituto – e caso a expressão “posse direta” houvesse sido aplicada na modalidade no sentido que a bifurcação

lhe confere (desde que, então, fosse baseada em um contrato), igualmente inconcebível seria a aquisição da propriedade, equivocando-se os entendimentos nesse sentido, em atenção à incompatibilidade de quem possui, com base em relação contratual, ter a coisa como sua, bem como devido à insegurança jurídica ocasionada se o sujeito que deveria restituir o bem pudesse usucapi-lo, conforme há muito defendido pelos civilistas e a jurisprudência pátria em razão da razoabilidade do argumento.

Não bastasse a atecnia, o legislador, *data venia*, também omitiu a necessidade da conduta do usucapiente manifestar ânimo de dono, consoante é habitual nas demais espécies do instituto.

No entanto, tendo em vista que o cônjuge/companheiro residente no imóvel é dono pela co-titularização da propriedade – além da dificuldade prática, no que tange à demonstração do elemento psíquico –, é provável que a condição de único proprietário seja alcançada se demonstrada a inércia manifestada pelo outro condômino no trato com o imóvel, bem como sendo suficiente que o possuidor, tendo conduta compatível com a do proprietário (ao evidenciar que lhe restou todo o cuidado com o lar, incluindo a quitação das despesas, além de outras atitudes zelosas típicas de dono ou de quem aspira a tal condição), exerça posse qualificada pelos elementos prescritos em lei.

Não obstante entendimentos doutrinários divergentes, moldados perante a inexistência de posição pacífica a respeito do tema, a lição trazida por Farias e Rosenvald coaduna-se com as ideias ora defendidas:

Ademais, ao se valer da expressão “posse direta” para descrever a situação jurídica do cônjuge que permanece no lar comum o legislador não se importou com a boa técnica, pois inexistente relação de direito obrigacional ou real entre o ex-convivente que sai do lar comum e aquele que fica. O correto é entender que um dos compossuidores se converte em possuidor exclusivo e, posteriormente, no concurso de todos os requisitos legais, único proprietário¹¹.

Em seus argumentos, Monteiro confere a mesma abordagem:

Para a outorga dos benefícios assegurados pelo artigo em tela, impõem-se o exercício da posse direta e efetiva sobre o imóvel que deve necessariamente, portanto, servir realmente de residência ao ex-cônjuge ou ex-companheiro e/ou também a seus familiares. Ou seja, a posse deve ser exercida diretamente pelo adquirente do domínio, mantendo-se ininterrupta, ademais, pelo prazo de dois anos. Excluiu o legislador, destarte, a posse

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. vol. 5. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 466.

denominada indireta em virtude da qual o proprietário se demite de um dos direitos inerentes ao domínio, cedendo a outrem o seu exercício¹².

Por fim, o enunciado nº. 502, aprovado na V Jornada de Direito Civil, ocorrida no ano de 2011, estabeleceu que “o conceito de posse direta referido no art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art 1.197 do mesmo Código”, demonstrando que a interpretação mais próxima da pretensão legislativa clama pelo entendimento da posse exercida de forma pessoal e exclusiva.

3.4 ABANDONO DO LAR

Gerador de polêmica e divergência de opiniões entre os estudiosos, especialmente pelo marco da prescrição aquisitiva, nas demais espécies do instituto, ser a negligência ocorrida no trato com a propriedade, enquanto na usucapião familiar é o próprio abandono de lar que fixa o prazo, acabando por configurar ingerência estatal nas relações familiares.

Neste sentido, importante enfrentar o tema, a partir das contemporâneas discussões do Direito de Família, motivo pelo qual, os itens que seguem são complementares e reflexivos sobre este ponto.

4 ABANDONO DE LAR: A CONDUTA CULPOSA COMO MOTIVADORA DO ROMPIMENTO DO MATRIMÔNIO

A Igreja Católica sempre exerceu forte influência nas decisões estatais ao longo da história do país, inclusive em matéria atinente ao casamento. No período compreendido entre a colonização brasileira por Portugal até o ano de 1977 (com o advento da “lei do divórcio”), o casamento foi mantido indissolúvel por razões divinas, independente da vontade dos consortes em findar o enlace.

Após sucessivos avanços ocorridos paulatinamente, os quais encontravam respaldo nos anseios de divorcistas, todavia, forte objeção pela parcela da sociedade arraigada nas tradições religiosas de preservação familiar, a Constituição Federal de 1988, atentando a ambos os setores sociais, possibilitou (art. 226, § 6º) a prática de um sistema dual de dissolução do matrimônio, ante a coexistência do divórcio direto e da separação (antigo desquite) no ordenamento jurídico pátrio.

¹² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. vol. 3. 43. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159.

Nesse momento, o casal poderia optar em apenas separar-se ou, após um ano do trânsito em julgado da separação judicial, convertê-la em divórcio, além de, diretamente, divorciar-se, caso decorrido mais de dois anos de separação fática.

A diferença básica entre ambos os institutos consiste na capacidade da separação judicial desfazer a sociedade conjugal (ou seja, a vida em comum estabelecida pelo casal) – ao findar com os deveres de coabitação, fidelidade recíproca, além de por fim ao regime de bens, possibilitando posterior restabelecimento da sociedade em caso de vontade dos cônjuges –, enquanto o divórcio finda com o vínculo conjugal constituído mediante ato solene imposto pelo Estado, permitindo aos cônjuges que realizem novo matrimônio.

No entanto, quando um cônjuge optava por ajuizar separação judicial litigiosa como sanção (uma vez que os avanços constitucionais não foram observados pela atual codificação civilista), era necessário imputar ao outro a grave violação de um dos deveres inerentes ao casamento (artigo 1.566, do CC, a saber: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos), demonstrando o quanto insuportável tornava-se a comunhão de vida (e os motivos para tanto vêm elencados no artigo 1.573, do CC: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; condenação por crime infamante; conduta desonrosa; outros fatores valorados pelo juiz).

Em sede judicial, ao culpado eram dispensadas algumas sanções consistentes na perda dos direitos de guarda dos filhos, de manutenção do sobrenome (advindo com o casamento, por parte da esposa), assim como do pedido de alimentos.

5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66/2010 E A DESNECESSIDADE DE IMPUTAÇÃO DA CULPA: O FIM DA NOÇÃO DE ABANDONO DE LAR

O princípio da afetividade¹³ e da intervenção mínima estatal, ambos peculiares do Direito de Família, refletem os anseios da atual sociedade na busca por balizar suas relações familiares através dos laços de afeto, dirimindo a ingerência estatal no

¹³ CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 273-313.

âmbito do planejamento familiar, que deve ocorrer apenas em caso de violações dos direitos e garantias previstas juridicamente.

Nesse contexto social dinâmico, juristas do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) propuseram emenda ao texto constitucional, logrando, no ano de 2010, mediante a conhecida “PEC do amor” ou “PEC do divórcio” (de número 66) alterar o artigo 226, § 6º. Com a novidade, implementou-se o entendimento, pacífico e majoritário, de término da separação judicial (com revogação tácita dos artigos do atual Código Civil que ainda a referem) e a conseqüente desnecessidade de prazo mínimo ou imputação de causas para dissolver-se o vínculo conjugal.

Em relação ao momento histórico descrito, Birchall pontua que:

Esta evolução também se deveu às mudanças de comportamento da sociedade, que percebeu que a separação e o divórcio não traziam os males previstos, mas, ao contrário, possibilitam, por muitas vezes, que pessoas infelizes em suas relações afetivas tenham uma nova oportunidade de serem felizes, solteiras ou na companhia de outrem e os filhos não desejam conviver com pais infelizes que brigam ou são indiferentes entre si. A própria sociedade passou a respeitar as mulheres separadas e divorciadas e parou de repudiar as crianças filhas de pais separados. [...] O desamor passou a ser uma das causas possíveis para se sustentar o pedido de separação e de divórcio¹⁴.

Dessa feita, o Estado, não mais intervindo na autonomia do casal, deixa de impor motivos que julga impossibilitarem a vida em comum, concedendo aos cônjuges a decisão de por término ao vínculo que os unia maritalmente, sem necessidade de perscrutar o que teria ocasionado a falta do amor, do afeto, da harmonia e dos planos de vida em comum. Outro não é o entendimento de Dias, insigne civilista e Vice-Presidente Nacional do IBDFAM:

[...] o aspecto mais significativo da mudança talvez seja o fato de acabar a injustificável interferência do Estado na vida dos cidadãos. Enfim passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim¹⁵.

A autonomia de vontade propicia aos consortes que a falência da expectativa de vida em comum não gere frustrações ainda maiores, quando optem pela tutela jurisdicional que lhes permite por fim ao casamento, considerando-se que agora não

¹⁴ BIRCHALL, A. S.; Paula, Adriano Perácio de; Dias, Maria Berenice; Veloso, Zeno; Barbosa, Âguida Arruda. **A culpa, seu valor jurídico e efeitos para o Direito de Família e Sucessões**. In: Maria Berenice Dias. (Org.). *Direitos das Famílias*. 1ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, v. 1, p. 127-145.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!**. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja(1).pdf)>. Acesso em: 03 ago. 2018.

mais necessitam expor suas intimidades frente ao poder judiciário, sequer apontar um ao outro como culpados pelo desamor, prevalecendo, assim, a igualdade entre ambos.

Da mesma forma, por vezes, a imputação da culpa apenas a um dos cônjuges, pelo término da união, mostrava-se desarrazoada. Ainda, evita-se a tramitação de mais de um processo judicial, representando economia temporal e financeira, além de ser oportunizada aos consortes a faculdade de, contratando novo casamento, encontrar a felicidade na constituição de outro núcleo familiar.

Rodrigo da Cunha Pereira, Presidente Nacional do IBDFAM, menciona em acertada síntese que “a necessidade da separação dos cônjuges, seja judicial ou de fato, como pressuposto para o divórcio apenas protraí a solução definitiva de um casamento malsucedido”¹⁶.

Em suma, com os motivos acima elencados, é plausível concluir que o retrocesso estabelecido pelo Código Civil de 2002, quando não extirpou de seu conjunto de artigos o instituto da culpa, guarda incoerência com os anseios que a sociedade atual reclama do Direito de Família.

6 A EXPRESSÃO “ABANDONOU O LAR” EM RELAÇÃO AO INSTITUTO DA CULPA: NECESSÁRIA LAICIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, que divida a propriedade do imóvel com o ora usucapiente, constitui requisito fundamental exigido pela modalidade da usucapião familiar, tendo em vista que o prazo de exercício possessório tem início com seu implemento.

A expressão causou divergências entre os doutrinadores da área, dividindo opiniões sobre a hipótese de a modalidade haver (ou não) regredido ao instituto da culpa, em desuso no atual Direito de Família. Isso decorre porque o abandono do lar, de forma voluntária e injustificada, era tradicionalmente elencado como causa culposa apta a ensejar a separação judicial se imputada ao outro cônjuge, posição esta mantida pelo atual Código Civil em seus artigos 1.572 e 1.573, inciso IV.

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal.** Disponível em <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2010/07/artigo-de-rodriogo-da-cunha-pereira.html>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

Nesse contexto, muitos estudiosos acusam a usucapião familiar como ocasionadora de um retrocesso, pois o termo escolhido pelo legislador remeteria à necessidade de suscitar o culpado pelo término do afeto, em evidente desrespeito ao afastamento da teoria da culpa efetuado com a Emenda Constitucional nº. 66 de 2010. Outros, na tentativa de encontrar alguma aplicabilidade e coerência no instituto, em face dos valores e princípios constitucionais, tentam realizar uma leitura constitucionalizada do tema.

Embora o objetivo da lei seja proteger o patrimônio do consorte que permaneceu residindo no lar conjugal, a redação aplicada pelo legislador mostra-se passível de incutir dúvida sobre a real interpretação que se almejou conferir à norma. Por tal motivo, a fim de afastar qualquer possibilidade de retrocesso das previsões do atual Direito de Família, o instituto reclama uma interpretação consoante os avanços sociais encontrados no âmbito das relações familiares.

Assim, assiste razão àqueles doutrinadores que, em nome do princípio da vedação ao retrocesso, afastam a norma de Direito Real da conduta culposa de abandono do lar, outrora utilizada no Direito de Família. Nessa toada, Freitas entende que “o processo hermenêutico exige, à luz do próprio princípio de vedação ao retrocesso, que a aplicação prática da norma se dê de forma atual, contextualizada e, sobretudo, sistematizada”¹⁷.

Em verdade, o abandono suscitado pelo artigo 1.240-A deve ser interpretado à luz da função social que permeia todas as espécies de usucapião, aliado à análise objetiva do modo pelo qual o cônjuge, que permaneceu no imóvel, o utilizou, demonstrando a realização de atos compatíveis com a conduta de único proprietário do bem, em face ao abandono do imóvel perpetrado pelo consorte desidioso.

Nesse sentido é o enunciado nº. 499 da V Jornada de Direito Civil:

[...] O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.

¹⁷ FREITAS, Douglas Phillips. **Usucapião e Direito de Família: Comentário aos art. 1240-A**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/20060/usucapiao-e-direito-de-familia>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

Todavia, ambas as interpretações mostram-se desvantajosas, pois exigem dos cônjuges preocupações, em um viés patrimonialista, ao fim da afetividade, em um exíguo prazo de dois anos, no qual, juntamente com a fragilidade emocional que os acomete, a regularização deverá, por meio da partilha de bens, assegurar que a propriedade continue pertencente aos dois ex-consortes. De fato, a experiência nas lides de família demonstra ser nesse prazo que, nas relações tumultuosas, inicia-se o abandono dos atos passionais e da construção de alguma racionalidade na continuidade de vida.

Dessa forma, interpretar que o abandono seja do imóvel é a medida mais plausível aos anseios da sociedade contemporânea, pois a intervenção estatal na perquirição de um único culpado pelo término da vida em comum é irrelevante e apenas posterga os conflitos familiares, ocasionando ingerência na intimidade dos envolvidos, além de acentuar as magoas naturalmente decorrentes do período.

Diante de tantas lacunas do dispositivo, a jurisprudência está, paulatinamente, complementando a interpretação nos casos concretos que lhe são submetidos¹⁸.

¹⁸ APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. PARTILHA DE IMÓVEL. CÔNJUGES. USUCAPÃO FAMILIAR. ART. 1.240-A CC/02 . ABANDONO DO LAR. FLUÊNCIA PRAZO BIENAL. 1. O prazo aquisitivo bienal da usucapião familiar (art. 1.240-A do CC/02) flui a partir da vigência do novo instituto, introduzida pela Lei 12.424 /2011 (16/06/2011), para não incorrer em vedada retroatividade da norma e surpreender o ex-cônjuge ou ex-companheiro com a perda da sua parte ideal sobre o imóvel comum. 2. O requisito de abandono do lar do art. 1.240-A do CC/02 insere-se no âmbito patrimonial, no sentido do não-exercício de atos possessórios (uso, gozo, disposição ou reivindicação) sobre determinado bem. Não basta a saída de um dos cônjuges do ambiente físico familiar, pela inviabilidade de convivência sob mesmo teto, nem alheamento afetivo. Com a abolição do conceito de culpa no âmbito do Direito de Família, pelo advento da EC nº 66 /2010 que deu nova redação ao art. 226 da CF/88 , o pressuposto da usucapião familiar não se confunde com o abandono voluntário do lar conjugal do art. 1.573 , IV do CC , causa de infração de dever matrimonial e consequente culpabilidade pelo fim do casamento. 3. Apelo desprovido. (TJ-DF - APC: 20130910222452, Relator: Maria de Lourdes Abreu, Data de Julgamento: 18/06/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 14/08/2015. Pág.: 199).

APELAÇÃO. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. USUCAPÃO FAMILIAR. REQUISITOS LEGAIS. I - Os requisitos da usucapião familiar, art. 1.240-A do CC , são o abandono do lar; a posse direta ininterruptamente com exclusividade e sem oposição, pelo período de dois anos; a utilização do imóvel para moradia do cônjuge abandonado ou da família e ser imóvel urbano, e inexistência de outra propriedade urbana ou rural, metragem total do imóvel com a área de até 250m². II - Na demanda, o pedido de declaração de usucapião familiar deve ser reconhecido, uma vez que se verificam, na hipótese dos autos, os requisitos legais apontados. Conforme registrado na r. sentença de reconhecimento e dissolução de união estável, o abandono de lar pelo ex-companheiro da autora ocorreu em 1980 e, desde essa época, ela não tem mais notícias do réu. III - Apelação desprovida. (TJ-DF 20140110520315 0012450-15.2014.8.07.0001, Relator: Vera Lucia Andrighi, Data de Julgamento: 01/06/2016, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 14/06/2016. Pág.: 455/494).

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. USUCAPÃO FAMILIAR. (...) 3. Considerando que não restou cabalmente comprovado o abandono do lar pelo réu, que pela prova produzida nos autos, manteve o seu interesse sobre o imóvel arrendado, não se aplica o disposto art. 1.240-A do Código Civil ao caso, sendo inviável o reconhecimento da usucapião especial. (...).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, é evidente o prejuízo trazido pela norma à seara do Direito de Família, acentuando-se pelas preocupações patrimoniais geradas, posto que, no curto lapso temporal de dois anos, em meio a ressentimentos, o ex-casal deverá formalizar o fim da união, assim como partilhar os bens, caso desejem evitar a implementação dos requisitos da modalidade de usucapião ora tratada.

Além das divergências no que tange à caracterização do abandono, a aquisição originária da propriedade implica imensas dificuldades.

É possível efetuar uma leitura constitucional do instituto? Talvez. Todavia, essa situação necessita de um esforço intelectual do intérprete, que deve ter em mente as seguintes premissas: natureza normativa da Constituição, unidade e complexidade do ordenamento jurídico e interpretação jurídica com fins aplicativos¹⁹. E mais, defende-se também a necessária incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas²⁰.

Assim, interpretada de forma atual e plausível ao modo como se encontra estruturado o ordenamento jurídico pátrio, a usucapião familiar cumpre os objetivos de justiça e função social a que se destina.

(Apelação Cível Nº 70068926815, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/06/2016).

CIVIL. PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR DE INTERESSE DE AGIR REJEITADA. USUCAPIÃO FAMILIAR. INCORRÊNCIA. VALOR DOS ALUGUÉIS DENTRO DA REALIDADE IMOBILIÁRIA. RECURSO DESPROVIDO. (...) 2. Não se constatando a presença dos requisitos exigidos pelo art. 1.240-A do Código Civil, impossível se mostra o reconhecimento da usucapião familiar, principalmente, porque resta evidente que o cônjuge varão não abandonou voluntariamente o lar e que, ainda que o cônjuge virago tenha exercido a posse do imóvel por prazo superior a dois anos, esta não ocorreu sem resistência do ex-consorte e coproprietário do imóvel. Ademais, o requisito do abandono do lar deve ser interpretado de forma bastante parcimoniosa, de maneira que esse abandono represente também o descumprimento de outros deveres conjugais, representando para o cônjuge que ficou no imóvel uma sobrecarga com a manutenção da prole. (...). Recurso desprovido. TJ-DF 20150910273954 DF 0026817-83.2015.8.07.0009, Relator: Gilberto Pereira de Oliveira, Data de Julgamento: 02/08/2017, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 10/08/2017. Pág.: 197/206).

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. Revista Trimestral de Direito Civil. ano 12, vol 48, Rio de Janeiro: Padma, outubro a dezembro de 2011, p. 3-26.

²⁰ SARLET, Ingo. **Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira**. Civilistica.com, Ano 1. Número 1. 2012. p. 1-31.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BIRCHAL, A. S.; Paula, Adriano Perácio de; Dias, Maria Berenice; Veloso, Zeno; Barbosa, Âguida Arruda. **A culpa, seu valor jurídico e efeitos para o Direito de Família e Sucessões**. In: Maria Berenice Dias. (Org.). Direitos das Famílias. 1ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, v. 1, p. 127-145.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 273-313.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!**. Disponível em < [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja(1).pdf) >. Acesso em: 03 ago. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. vol. 5. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FREITAS, Douglas Phillips. **Usucapião e Direito de Família: Comentário aos art. 1240-A**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/20060/usucapiao-e-direito-de-familia>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. vol. 3. 43. ed. Rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A nova usucapião especial por abandono de lar e a função social da propriedade**. Revista Síntese Direito de Família. vol. 14. n. 71. abr./maio 2012. p.19.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal**. Disponível em <<http://professorflavioartuce.blogspot.com.br/2010/07/artigo-de-rodrigo-da-cunha-pereira.html>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

SARLET, Ingo. **Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira**. *Civilistica.com*. Ano 1. Número 1. 2012. p. 1-31.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. Revista Trimestral de Direito Civil. ano 12, vol 48, Rio de Janeiro: Padma, outubro a dezembro de 2011, p. 3-26.

SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?**. Disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html>. Acesso em: 01 ago. 2018.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **Usucapião Especial e Abandono de Lar – Usucapião entre Ex-Casal**. Disponível em <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com/2016/05/usucapiao-especial-e-abandono-de-lar.html>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

WESENDONCK, Tula. **Usucapião familiar: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re)criação de outros?**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f3c5d0c3666eec8>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

NOSSO TEMPO LIMINAR: REFLEXÕES SOBRE O ATUAL ESTADO PENAL E A NECESSÁRIA CONTRAPULSÃO JURÍDICO-MARGINAL

Victor Matheus Bevilaqua¹

RESUMO: O breve estudo, em perspectiva crítica-histórica, analisa o terreno maleável e perverso em que se move a questão criminal, notadamente a política criminal como instrumento de respostas aos anseios punitivos popularescos. Aborda-se a derrocada do pensamento moderno, o contexto em que surge a sociedade do risco e a substituição paulatina do estado de bem-estar social pelo braço penal estatal, representada, fundamentalmente, pela política criminal, securitária, atuarial e seletiva, da “segurança cidadã”. Ao final, propõe-se a adoção de um saber penal legítimo e autêntico, cuja função principal é limitar, ao máximo possível, o poder punitivo estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Modernidade. Estado de bem-estar social. Expansão penal. Política criminal. Sistema penal.

SUMÁRIO: 1 Em estilo de introdução: a derrocada da modernidade. 2 O presente contexto da Sociedade do Risco (*Risikogesllschaft*) e o desmantelamento do *Welfare State*. 3 A expansão do *Estado Penal* e a consolidação da política criminal da *Segurança Cidadã*. 4 Em estilo de conclusão: a dogmática jurídico-penal como limite ao *jus puniendi* e como ciência procurada (*episteme zetoumene*): a necessidade de um pensamento (penal) que medita e aberto à historicidade (*geschichtlichkeit*). 5 Referências.

1 EM ESTÍLO DE INTRODUÇÃO: A DERROCADA DA MODERNIDADE

Todos estamos sujeitos à mudança, as pessoas, individual e coletivamente, e, por consequência, a ciência, cuja construção e evolução coincide com a própria história. O mundo é feito de mudanças e o passar do tempo deixa o legado e as marcas desta mudança. Nas palavras de Camões, “mudam-se os tempos, mudam-se as vontades / muda-se o ser, muda-se a confiança / todo o mundo é composto de mudança / tomando sempre novas qualidades”². E deste turbilhão de mudanças não se escapa o direito penal.

¹ Titulação: Bacharel em Direito pela PUC/RS. Especialista em Ciências Penais pela PUC/RS. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela UNISINOS/RS. Assessor de Juiz, vinculado do TJ/RS

² CAMÕES, Luís de. **Sonetos**. São Paulo: Klick Editora, 1998. p. 61.

Mas também é certo que vivemos um tempo com transformações sociais, culturais e tecnológicas incomuns, inseridas no presente contexto de crise da modernidade, de incapacidade em responder os novos desafios científicos e de atender o projeto moderno. Vivemos um período de liminaridade³ (ou, sob outras rubricas, pós-modernidade, sociedades pós-industriais, modernidade tardia, etc.), isto é, vivemos um período passageiro, o término do tempo velho (modernidade) e o início de um tempo breve, cujo horizonte pouco pode se dizer, mas apenas afirmar ser um tempo com inúmeras incertezas.

A modernidade surge com a desvinculação do pensamento medieval, estabelecendo-se nos ideais de ordem e progresso (produtivo e tecnológico), e nela tudo pode ser compreendido racionalmente pelas leis da física e da matemática. O homem moderno abandonou a concepção medieval-religiosa contemplativa da ciência e passou a adotar uma nova visão que, fundamentalmente, prestigiava a sua capacidade e o seu esforço de produzir. A concepção da ciência moderna ligava a investigação das forças da natureza à sua própria utilidade para beneficiar a humanidade, retirando, de vez, o encargo milenar da natureza de servir da teologia. Os homens passam a pensar o mundo a partir de um centro que não era mais Deus, mas sim o próprio indivíduo, ou seja, o antropocentrismo substituiu o teocentrismo, assumindo o indivíduo uma postura crítica à tradição (religiosa). O conhecimento passou a ser conduzido de forma a se submeter à experimentação. Concomitantemente, a experimentação, também, retornou à realidade para transformá-la, de modo que se criou a possibilidade de a natureza ser mudada pela ciência⁴.

Nessa linha, o paradigma moderno-científico mostra-se um modelo totalitário⁵, porquanto nega o caráter racional a todas formas de conhecimento que não se pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas⁶. E é justamente no grande avanço do conhecimento que o paradigma científico moderno propiciou que ele identificou os seus limites e as suas insuficiências estruturais; é no aprofundamento do conhecimento que este paradigma constatou a fragilidade dos próprios pilares em que se

³ Segundo Turner, as entidades liminares não se situam aqui nem lá, mas estão no meio e entre as posições atribuídas e ordenadas pela lei, pelos costumes, convenções e cerimoniais (TURNER, Víctor. **O processo: ritual, estrutura e antiestrutura**. São Paulo: Vozes, 1974. p. 117).

⁴ GAUER, Ruth Maria Chittó. **A modernidade portuguesa e a reforma pombalina de 1772**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 16-17.

⁵ E é justamente nesse modo de pensar, um modo de pensar calculador e totalitário, de absolutização de categorias e conceitos, que se encontra a dogmática penal atualmente. Os funcionalismos, moderados (Roxin) ou extremados (Jakobs), são a prova de tal modo de pensar, onde o útil/eficiente se sobrepõe ao *justo*.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 16. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010. p. 10.

funda⁷.

O avanço do conhecimento, nomeadamente durante o século passado, permitiu o surgimento de uma série de eventos incontroláveis, tais como, as Guerras Mundiais, mormente o uso de artefatos bélicos atômicos na Segunda Guerra Mundial, além de todo o processo armamentista ocorrido durante a Guerra Fria e que se estende até os dias atuais, materializado em pequenas guerras em países periféricos (Oriente Médio e Continente Africano, por exemplo) e reforçado pelo surgimento de grupos terroristas de (distorcida) ideologia religiosa⁸.

Diante de tal contexto, o que se conclui, indubitavelmente, é que vivemos tempos de crise, onde há uma ruptura radical com o paradigma moderno-científico até então vigente, deslegitimado por suas próprias bases e frutos, e o surgimento de um novo paradigma – pautado pelos *riscos*, cujos contornos ainda não estão bem esclarecidos e delimitados. Enfim, o nosso tempo é transitório, uma época de transição paradigmática.

2 O PRESENTE CONTEXTO DA SOCIEDADE DO RISCO (*RISIKOGESLLSCHAFT*) E O DESMANTELAMENTO DO *WELFARE STATE*

É na crise da modernidade, aliado ao poder proporcionado pela técnica, que, paradoxalmente, desenvolve-se para superar os seus próprios limites e, por isso, acaba por encontrar novos limites, que surge um novo modelo de sociedade que possui como principal marca o *risco*. Riscos, muitas vezes, irreversíveis, não delimitáveis temporal e/ou espacialmente – e, também, não delimitáveis no âmbito dos afetados –, de natureza política, ambiental, econômica, etc. Segundo Beck, uma *sociedade do risco* (*Risikogesellschaft*)⁹, fruto do desenvolvimento técnico-científico promovido pela

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 16. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010. p. 24.

⁸ Para o monitoramento de conflitos mundiais, com foco em tendências políticas, militares e humanitárias, acessar o site: <https://acd.iiss.org/en>

⁹ Para Beck, a *sociedade do risco* designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos (sociais, políticos, econômicos e individuais) cada vez mais tendem a escapar do controle e das instituições protetoras da sociedade industrial (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 113). De outro lado, Bauman propõe a substituição da expressão *sociedade de risco* pela expressão *sociedade da incerteza*. Isto porque, segundo o autor, em um mundo como o nosso, “os efeitos das ações se propagam muito além do alcance do impacto rotinizante do controle, assim como do escopo do conhecimento necessário para planejá-lo. O que torna nosso mundo vulnerável são principalmente os perigos da probabilidade *não calculável*, um fenômeno profundamente diferente daqueles aos quais o conceito de *risco* comumente se refere. *Perigos não calculáveis aparecem, em princípio, em um ambiente que é, em princípio, irregular*, onde as sequências interrompidas e a não repetição de sequências se tornam a regra, e a anormalidade, a norma. *A incerteza sob um nome diferente*” (BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 129-130). Sobre a diferença entre *risco* e *perigo*, Luhmann aduz que o dano é consequência de uma decisão, de modo que, aqui, falamos em *risco*, especificamente em *risco da decisão*. Já o que se julga como sendo a possibilidade do dano é atribuível ao conceito de *perigo* (LUHMANN, Niklas, **Sociologia del riesgo**. 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 67). Especificamente quanto ao *risco*, Luhmann assevera que ele surge da tecnologia e do seu paradoxo, isto é,

modernidade, que escapa de toda e qualquer possibilidade de previsão, controle e proteção.

Nesta *Risikogesellschaft*, as questões de desenvolvimento e de aplicação das tecnológicas são substituídas por questões de gestão política e científica (administração, descobrimento, inclusão, evitação e ocultação) dos riscos atuais ou potenciais a serem observados em determinado horizonte¹⁰. Os conflitos da distribuição dos *bens* (renda, empregos e seguro social, por exemplo), que constituíram o conflito básico da sociedade industrial clássica, são encobertos, senão substituídos, pelos conflitos de distribuição dos *maleficios*, isto é, conflitos de responsabilidade distributiva, os quais irrompem sobre o modo como os riscos que acompanham a produção dos bens (pesquisa genética, supermilitarização, megatecnologias nucleares e químicas, etc.) podem ser distribuídos, evitados, controlados e legitimados¹¹.

A ideia da *Risikogesellschaft* anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a sua existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (dos quais a tutela do direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos (individuais), tais como, a vida, a integridade física e a propriedade, tratando-se, assim, do paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Isso de um lado. De outro, a sociedade do risco anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, por vezes, anônima, revela-se suscetível de produzir riscos globais – que podem ter como consequência a extinção da vida –, a serem produzidos em tempo e lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu¹².

Como consequência inafastável destes novos riscos, a sociedade contemporânea, movida pelo medo na perfectibilização que estes novos riscos anunciam, alguns com potencial de destruição/catástrofe global, passa a aclamar por mais segurança, demanda pela qual é, também, chamado o direito penal a atender, notadamente no *combate* às novas formas de criminalidade, como o crime organizado e o

da relação das possíveis vantagens e dos possíveis danos que são inerentes à tecnologia, afirmando que no contexto atual não há outra saída senão se aventurar e correr riscos e que o risco é componente fundamental da sociedade moderna, sendo que a sua discussão deve ser menos apaixonada e mais séria (LUHMANN, Niklas, *Sociologia del riesgo*. 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006).

¹⁰ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 26.

¹¹ BECK, Ulrich. *Reivindicação da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASCH, Scott (orgs.). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 17.

¹² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 33/2001. jan-mar. p. 39-65.

terrorismo. Contudo, a maior demanda pelo direito penal (e o seu lugar de destaque na política e na sociedade) não decorre apenas desse novo contexto proporcionado pelos riscos, mas também se deve, fundamentalmente, ao declínio do Estado caritativo, do desmantelamento do Estado de bem estar-social (*Welfare State*), iniciado pelos Estados Unidos e pela Inglaterra, cuja política, do social para o penal, foi importada pelos demais países ocidentais¹³.

A partir da década de 1970, o Estado caritativo estadunidense reduziu continuamente seu campo de intervenção e comprimiu seus modestos orçamentos, a fim de satisfazer o explosivo aumento das despesas militares e a redistribuição das riquezas dos assalariados em direção às empresas e às frações afluentes das classes privilegiadas¹⁴. Na medida em que o Estado caritativo se desfazia, a malha do Estado punitivo foi chamada a substituí-la e a lançar sua estrutura disciplinar “nas regiões inferiores do espaço social estadunidense como uma forma de conter a desordem e o tumulto causados pela intensificação da insegurança e a da marginalidade sociais”¹⁵. Desta forma, a lógica profunda dessa guinada do social para o penal traduz a implementação de uma política da criminalização da miséria, que é complemento indispensável da imposição do trabalho assalariado precário e sub-remunerado como obrigação cívica, bem como o desdobramento dos programas sociais num sentido restritivo e punitivo que lhe é concomitante¹⁶.

Neste período, o crime, juntamente com os correlatos comportamentos das *subclasses* (uso e abuso de drogas, gravidez precoce, dependência previdenciária etc.), passaram a servir como argumento retórico e de legitimação para a adoção de políticas econômicas e sociais que efetivamente puniam os pobres e, conseqüentemente, contribuíam para o desenvolvimento de um Estado disciplinador. O efetivo controle do crime passou a ser visto como uma questão de impor mais controles, criar desincentivos e segregar os setores mais perigosos da população. A imagem do criminoso deixou de ser daquela pessoa necessitada, ociosa ou desajustada, tornando-se mais ameaçadora e radical¹⁷.

¹³ É preciso reconhecer que essa aparição do direito penal no centro do debate político e social não se deve exclusivamente em razão do surgimento de uma sociedade do risco ou mesmo pela sua invasão do espaço previdenciário, como acima delineado. Também se deve a uma economia globalizada de consumo e de comunicação massificada, a uma mudança da forma de trabalho (transição do fordismo para o pós-fordismo), a uma mudança do saber criminológico, entre outros fatores, que, como consequência, causam não só a expansão do braço penal do Estado, mas também o seu agir securitário e atuarial.

¹⁴ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 96.

¹⁵ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 110.

¹⁶ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 96.

¹⁷ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de

A “guerra contra a pobreza”, *slogan* do *welfare* pós-guerra, é, doravante, substituído pela “guerra contra os pobres”; o desviante, que antes era visto como uma pessoa precária social e materialmente e que deveria ser (re)incluída na sociedade, passa, agora, a ser excluído, estigmatizado e encarcerado. Para tanto, a fim de fornecer uma legitimação pública ao encarceramento de massa dos pobres, foi utilizada uma autêntica retórica militar (*war on crime, war on drugs, zero tolerance, law and order, three strikes and you are out*)¹⁸. Como bem afirma Giorgi, a expansão do sistema penal coincidiu, com um *timing* quase perfeito, com a progressiva demolição e desmantelamento do Estado social¹⁹.

Nesse contexto, a transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente, ou seja, de uma sociedade cuja tônica residia na assimilação e incorporação para uma que separa e exclui, transição que envolveu processos de desintegração tanto na esfera da comunidade (aumento do individualismo²⁰) como naquela do trabalho (transformação do mercado de trabalho²¹)²² ²³. Antes, na sociedade da disciplina fordista pós-guerra, o controle dirigia-se ao corpo do desviado, buscando corrigi-lo, seguindo uma lógica inclusiva (para o mercado de trabalho)²⁴. Já na sociedade atual, do controle, não se

Janeiro: Revan, 2008. p. 220-221.

¹⁸ GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 95.

¹⁹ GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 95.

²⁰ Considerando, sobretudo, o fato de que as pessoas não querem mais aceitar seu lugar na hierarquia – salvo se lhes convier, hipótese não subsumível à maciça população mundial, sobretudo àquelas residentes em países periféricos – ou colocar os interesses coletivos à frente dos individuais (YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 53).

²¹ Trata-se da transição do modo de produção fordista (produção e consumo de massa padronizada, emprego masculino, burocracias hierárquicas maciças, etc.) para o pós-fordista, o qual desestruou o primeiro, com a redução do mercado de trabalho primário, expansão do mercado de trabalho secundário, criação de subclasses de desempregados, etc. (YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 23-24).

²² YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 23.

²³ É bem verdade que o período inclusivo pós-guerra aponta para uma ampliação da base política e econômica da cidadania, contudo tratou-se de uma inclusão que não reconhecia a diferença, tornando-se ela um desvio dos padrões absolutos. A democracia liberal logrou realizar um alto grau de inclusão, mas às expensas da diversidade. Agora, a exclusão ocorre(u) em patamares altíssimos. De acordo com Young, “a sociedade excludente (...) está muito mais pronta tanto para aceitar a diferença quanto para excluí-la. A diversidade dos ‘estilos de vida’ é um ideal, a pluralidade, um valor cultuado: a exclusão não se baseia na diferença, mas sim no risco”. Segundo o autor, o período moderno recente exalta as diferenças, mas não consegue enfrentar as diferenças de interesses materiais existentes entre os cidadãos, apontando que o problema reside na contradição fundamental da democracia liberal, entre um sistema que se legitima em termos de igualdade de oportunidade e recompensa através do mérito, mas que é desigual e grosseiramente não meritocrático em sua estrutura (YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 52).

²⁴ Segundo Foucault, na sua genealogia do poder, fábrica e prisão, como as grandes instituições fechadas do século XVI ao XVIII, detinham a função primordial de disciplinar corpos, de formar corpos dóceis,

trata mais de disciplinar ou educar (pois, dentre outros fatores, o mercado de trabalho já está saturado), mas em controlar atuarialmente grupos perigosos e de risco²⁵. Enquanto que no *Welfare State* as técnicas securitárias representavam um mecanismo de regulação orientado para a socialização dos riscos coletivos e alimentavam formas de interação social fundadas na cooperação, na empatia e na solidariedade, as técnicas atuariais de controle contemporâneas operam exatamente na direção oposta, limitando, neutralizando e desestruturando formas da interação social percebidas como de risco²⁶.

Em suma, esta aventura securitária é produto do declínio modernidade, que, no ambiente das relações sociais, econômicas e culturais, trouxe consigo complexidade, riscos e insegurança, além de problemas no controle social, que afetaram, especialmente, o direito penal, o qual, agora, não discute os efeitos da sanção penal, mas se vê envolvido na missão de dispor de novas formas de prevenção e redução de riscos.

3 A EXPANSÃO DO ESTADO PENAL E A CONSOLIDAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL DA SEGURANÇA CIDADÃ

Não há dúvida de que as (nem tão) atuais demandas de criminalização têm sido influenciadas sobremaneira pelo paradigma do risco, que levou o controle penal a funcionalização extrema²⁷, a fim de proteger a novos interesses, tais como os ambientais, os decorrentes da engenharia genética, do tráfico ilícito de pessoas, notadamente o internacional, da engenharia informática etc. Ainda que se questione se o sistema penal pode, efetivamente, combater problemas sistêmicos – o que, a partir de uma perspectiva lógica e, até mesmo, criminológica (crítica), poderia se adiantar que tal missão nasceria fracassada, pois, se o direito penal sequer consegue dar conta da criminalidade clássica, o que dizer desta nova criminalidade decorrente da sociedade do risco –, o fato inegável é que ele possui o caráter de *arma política*²⁸. Como já dito, a modernidade e seu processo adaptando-os ao sistema da fábrica, intensificando o processo de industrialização no qual eram auxiliadas por outras instituições de controle informal, como a escola e a família (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalheite. 37 ed. Petrópolis: Vozes, 2009).

²⁵ GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 97.

²⁶ GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 100.

²⁷ Funcionalismos de diversas potências, desde os mais moderados, tais como, o de Roxin e o de Figueiredo Dias, até os mais radicais, como o Jakobs (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2002; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime**: Coimbra: Coimbra Editora, 2007; JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Feijoó Sánchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996). Zaffaroni, criticando os funcionalismos, afirma que eles são uma “campanha publicitaria fraudulenta” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Manual de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 266).

²⁸ BARRETO, Tobias. **Fundamentos do direito de punir**. Revista dos Tribunais. Vol. 727/1996. maio/1996. p. 637 e ss. No mesmo sentido, Zaffaroni afirma que a pena criminal, assim como a guerra, são poderes

de industrialização geram riscos que comprometem a vida em sociedade, criando uma notável demanda por segurança. É dizer, o progresso econômico e tecnológico criaram condições sociais permeadas por incerteza e insegurança, causando, senão uma obsessão, um especial interesse por segurança, constituindo um conceito simbólico, de maneira que o direito penal passa a ser informado e pensado através de uma eficácia preventiva, com a finalidade de limitar os riscos²⁹.

Os desenvolvimentos e os aspectos críticos resultantes do discurso sociológico do risco para o direito penal foram amplamente criticados pela Escola de Frankfurt, notadamente por Prittwitz, o qual já observava um *direito penal do risco* que, em vez de ostentar o caráter ordinário de *ultima ratio*, foi se convertendo num *sola ratio*, isto é, tornando-se expansivo, cujo aspecto é caracterizado pela acolhida de novos bens jurídicos (meio ambiente, saúde pública, mercado de capitais etc.), pelo adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não-punível e pela redução das exigências para a reprovabilidade³⁰. De todo modo, o fato é que o direito penal não é o meio mais adequado com o qual se pode reagir aos riscos, senão, como bem observado por Prittwitz, é ele mesmo um risco, na medida em que se converte em um direito penal do risco, porquanto, ao adaptar-se à concepção da sociedade do risco, o direito penal recebe a função de um eminente instrumento de prevenção, recebendo, ainda, uma função simbólica, a ser discursada através da proteção de bens jurídicos orientada pelo risco e

políticos e, por isso, o saber jurídico-penal tem a função de contenção e redução de tais poderes: “el poder punitivo solo muy eventualmente es un ejercicio racional de poder y, por ende, debe ser considerado como un fenómeno extrajurídico, meramente político. No es el único fenómeno de esta naturaleza, pues existe otro, tan importante como el poder punitivo en cuanto a la producción de muertes y que también es un hecho político, no jurídico: se trata de la guerra (...) La guerra y el poder punitivo son, pues, hechos políticos; lo jurídico es el esfuerzo nacional e internacional por su acotamiento, contención y reducción” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Manual de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 58).

²⁹ Sobre o contexto em que está inserido o direito penal na sociedade do risco, securitária e punitiva, ver: LYRA, José Francisco Dias da. **A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 95/2012. mar-abr. p. 239-252; CARVALHO, Thiago Fabres. **O imaginário punitivo na contemporaneidade: os paradoxos da democracia em face dos movimentos de sobrepenalização e da gestão do risco criminal com base na segurança**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 108/2014. maio-jun. p. 461-488.

³⁰ SILVA, Pablo Rodrigo Afflen. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 46/2004. jan-fev. p. 73-93; PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 47/2004. mar-abr. p. 31-45. Nas palavras de Prittwitz, “o que surgiu foi um direito penal do risco que, longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para um direito penal *expansivo*. Isto não é necessariamente assim em teoria, mas empiricamente comprovável. A insinuação de tridimensionalidade etimologicamente próxima e intencional obtida com o conceito *expansão* caracteriza do que se trata: de admitir novos candidatos no círculo dos direitos (como o meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis – deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo direito penal – e finalmente em terceiro lugar de reduzir as exigências de censurabilidade, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos” (PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 47/2004. mar-abr. p. 31-45).

pela estabilização da norma, uma verdadeira dogmática jurídico-penal do risco (*Risikodogmatik*)³¹.

Nesse interim, Silva Sánchez³², ao analisar o recrudescimento penal nas sociedades pós-industriais, elenca algumas causas que conferem a demasiada expansão do direito penal, tais como, o surgimento de novos interesses e, assim, de novos bens jurídicos, o efetivo aparecimento de novos riscos decorrentes do progresso técnico, a institucionalização da insegurança e a sensação social de insegurança, que não deixam de ser decorrentes da sociedade do risco. O autor, ainda, aponta o surgimento de uma sociedade de sujeitos passivos (pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos essenciais etc.), que dependem do estado de bem-estar, não obstante a sua progressiva redução, e que, por isso, valorizam, essencialmente, a questão da segurança, implicando, desta forma, a redução do risco permitido na sociedade. Também, há um fenômeno geral de identificação social com a vítima do crime, o que se deve sobremaneira à configuração da mencionada sociedade de sujeitos passivos, que conduz, na denominada vitimologia (*viktimologische Strafrecht*), o entendimento de que a sanção penal é mecanismo de ajuda à superação por parte da vítima do trauma gerado pelo delito. Tais fatores reforçam o consenso punitivo, retirando o crédito de outras instâncias de proteção, preponderando a escolha da resposta penal para a solução de parte dos problemas sociais. Outrossim, a expansão do braço penal do Estado deve-se, também, ao surgimento de novos gestores da moral coletiva (*atypische Moralunternehmer*), como os ecologistas, os consumidores, as feministas, os movimentos antidiscriminatórios etc., que encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do direito penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses. Por fim, o autor indica a mudança de posição da esquerda política, a qual passa a adotar o *discurso da segurança* no sentido de que “deve ser realçada a segurança por meio do direito penal, pois ela favorece, sobretudo, os mais débeis”³³.

³¹ SILVA, Pablo Rodrigo Afflen. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 46/2004. jan-fev. p. 73-93; PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 47/2004. mar-abr. p. 31-45.

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 34-89.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 85. Em relação ao surgimento de uma esquerda punitiva, em síntese, o que marca o seu discurso é a reivindicação de extensão da reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal (“os de cima”, a criminalidade dourada). O furor persecutório da esquerda punitiva, punitivismo que tradicionalmente era adotado pela direita política, apenas reintroduz o pior do autoritarismo em matéria penal. Isto porque, ao incentivar o rompimento com imprescindíveis liberdades fundamentais do Estado de Direito, no entusiasmo de atingir aqueles menos afetados pelo sistema penal, frequentemente a esquerda punitiva não percebe que esta vulneração repercute, pela própria seletividade do sistema penal, exatamente sobre os “clientes” de sempre do sistema que sofrem cotidianamente a sua intensa ingerência

Nesse cenário, concomitantemente aos efeitos político-criminais decorrentes da sociedade do risco e, por consequência, de expansão do direito penal, acompanhado do paulatino desaparecimento do estado de bem-estar social e a sua substituição, quase que na mesma proporção, pela adoção de políticas criminais de *lei e ordem*, e pela caracterização de uma sociedade excludente, surge o paradigma da *segurança cidadã*³⁴, cujo modelo *vampiriza* o debate penal surgido no bojo da sociedade do risco.

Segundo Díez Ripollés, as vias de acesso do discurso da *segurança cidadã* ao discurso da sociedade do risco vêm constituídas, fundamentalmente, por uma série de equiparações conceituais que, com base no grau de equívoco de certos termos, tratam como realidades idênticas as que apresentam características muito distintas e, inclusive, contrapostas, oportunizando que “o discurso da lei e ordem parasite conceitos elaborados em outro contexto”³⁵. Em outros termos, o modelo da segurança cidadã, a fim de recrudescer o seu aparato penal, securitário, atuarial e excludente, apropria-se, indevidamente, do discurso penal sobre a sociedade do risco e o aplica, sem qualquer filtragem ou adaptação, à delinquência tradicional, clássica e urbana.

O referido autor, baseando-se em Garland, elenca as ideias motoras do novo modelo de intervenção penal da segurança cidadã que está sendo configurado, em que pese adote como referencial o ordenamento jurídico espanhol, o que, de todo modo, não prejudicada em nada a análise, uma vez que, como se verá, tais fatores muito bem se aplicam à realidade jurídico-penal brasileira.

Para Díez Ripollés, há um protagonismo da delinquência clássica no cenário político-criminal, que se dá à atitude resignada da opinião pública frente aos obstáculos que se apresentam quando se intenta buscar uma operatividade do sistema penal frente aos delitos praticados pelos poderosos. A causa dessa desilusão, aponta o autor, pode se dar em razão do sentimento popular de que os poderosos, mediante assessoramento técnico acessível apenas a pessoas do seu nível político e/ou econômico, “foram capazes de explorar (...) as garantias do direito penal e processual penal, conseguindo, assim, esquivar-se (...) da persecução penal, da condenação e do cumprimento das sanções”³⁶.

(AMARAL, Augusto Jobim do. **A vertigem da ostensão penal**. Revista de Estudos Criminais. v. 47, 2012. p. 111-142). Sobre a esquerda punitiva, imprescindível a leitura de: KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. In: *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, v. 1, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996.

³⁴ Sob o mesmo viés em que aqui abordado este novo modelo político-criminal, ver: CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do direito punitivo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 87/2010. nov-dez. p. 277-297.

³⁵ Díez Ripollés, José Luís. **A política criminal na encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 68.

³⁶ Díez Ripollés, José Luís. **A política criminal na encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 21-22.

Também decorre da generalizada percepção social de que, em todas essas intervenções penais, resulta difícil evitar o aproveitamento sectário do assunto por parte dos agentes políticos, bem como da “judicialização da política [que] acaba deixando em segundo plano a verificação da realidade e a valoração da gravidade das condutas processadas, sepultadas por acusações recíprocas de condutas semelhantes”³⁷.

A segunda característica deste paradigma da segurança cidadã refere-se ao aumento do “medo” e da “insegurança” da sociedade em relação à criminalidade, cujo reforço advém, fundamentalmente, dos discursos políticos punitivistas e do *mass media*, que, diariamente, de forma sensacionalista, abre especial e amplo espaço à crônica criminal, projetando uma escassa confiança na capacidade dos poderes públicos no enfrentamento da criminalidade e estigmatizando os desviantes como “seres que perseguem, sem escrúpulos e em pleno uso do seu livre arbítrio, interesses egoístas e imorais, em detrimento dos legítimos interesses dos demais”³⁸.

Uma terceira característica do modelo penal em exame é a substantivação dos interesses das vítimas, outrora subsumidos na noção de interesse público. De acordo com Garland, os interesses e os sentimentos das vítimas, agora, são rotineiramente invocados em apoio a medidas de segregação punitiva, havendo, neste ponto, uma tendência cada vez maior dos políticos – no seu interesse de cooptação eleitoral – em instrumentalizar as vítimas para anunciar e promulgar leis penais, que, não raras vezes, assumem o nome dessas vítimas³⁹ (no caso brasileiro, por exemplo, a Lei Maria da Penha – Lei n.º

³⁷ Díez Ripollés, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 22.

³⁸ Díez Ripollés, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 24.

³⁹ Segundo Garland, “a vítima não é mais um cidadão desafortunado, atingindo pelo crime, e cujos interesses se subsumem ao interesse público que guia os órgãos acusatórios e as decisões penais do Estado. A vítima é agora, de certo modo, um personagem muito mais representativo, cuja experiência é projetada para o comum e o coletivo, em lugar de ser considerada individual e atípica” (GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 54-56). Em outro plano, a reforçar a figura da vítima na política criminal e na dogmática penal, assiste-se o surgimento de duas doutrinas que referem-se diretamente à vítima, a doutrina de “luta contra a impunidade” ou de “impunidade zero” e a doutrina do “direito da vítima à punição do autor”. A primeira, com boa fama tanto no seio acadêmico quanto na opinião pública, se deve ao âmbito concreto nas quais foram forçadas: o dos crimes contra a humanidade, desenvolvidos pelos tribunais (inter)nacionais, cujas atividades têm como fonte os tratados internacionais dos direitos humanos. Tal doutrina – “moderna”, pois, agora, evitar a impunidade tornou-se o mais “moderno” dos fins do direito penal – é desenvolvida no âmbito da chamada justiça de transição (*transitional justice*) ou, em outros termos, da superação do passado (*Vergangenheitsbewältigung*), e aborda no contexto de uma criminalidade de Estado (p. e., ditadura) ou em uma criminalidade pelo Estado favorecida e, também, no contexto de uma criminalidade de grupos guerrilheiros/terroristas, que, não raramente, são apoiados por parte da população. Quanto à doutrina do “direito da vítima à punição do autor”, advém ela propriamente do ressurgimento do papel da vítima no direito penal monopolizado pelo Estado, a partir do auge da vitimologia. As propostas de tal doutrina são variadas, alguns sustentam que a intervenção processual penal impede o “prosseguimento objeto do dano imaterial”, embora não elimine o trauma sofrido pela vítima, o qual somente ocorre com a punição efetiva do autor do fato, situação em que a vítima obtém a sua “ressocialização”. Outros asseveram que a “função da pena é restabelecer a igualdade entre autor e vítima”, a qual, enquanto não efetivada a punição, ainda é dominada (*dominance*) e humilhada pelo autor do fato (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Nullum crimen**

11.340/2006 – e a Lei Carolina Dieckmann – Lei n.º 12.737/2012).

Um quarto elemento desta nova política criminal consubstancia-se no populismo e na politização do direito penal. É dizer, os conhecimentos e as opiniões dos especialistas na questão criminal são desacreditados e são substituídos pela opinião pública⁴⁰. Existe, agora, uma corrente marcadamente populista nas políticas penais, que desqualifica as elites profissionais e que invoca a autoridade da “população”, do senso comum, do retorno ao básico⁴¹.

A quinta característica do paradigma da segurança cidadã é a revalorização do componente afletivo da pena, rechaçado, durante a maior parte do século XX, porquanto considerando anacrônico em um sistema penal moderno. Os sentimentos de vingança, tanto das vítimas e seus familiares quanto da população em geral, antes compreendidos – mas não atendidos –, passa a ser fator preponderante. Aliado a isso, a decadência do ideal de ressocialização dá lugar a uma visão consensual da sociedade que, subestimando as desigualdades sociais entre seus membros, percebe a delinquência como um “premeditado e pessoalmente desnecessário enfrentamento do delinquente com a sociedade, que exige uma resposta que preste a devida atenção à futilidade das motivações que têm conduzido a ela”⁴².

A sexta característica da nova política criminal da segurança cidadã é o redescobrimto da prisão, outrora vista, no estado de bem estar-social, sobretudo pós-guerra, como uma instituição problemática, considerada como último recurso, em que pese reconhecido o seu caráter contraproducente, e desorientada em relação aos seus objetivos correccionais. Na maior parte do século XX, aparentemente, houve um movimento de distanciamento da pena privativa de liberdade, com a valorização de penas pecuniárias, de penas restritivas de direitos, do livramento condicional etc. Entretanto, nas últimas décadas, verifica-se uma notável inversão dessa tendência desencarceradora, com a redescoberta da prisão como pena por excelência, não como um mecanismo reabilitador, mas sim como instrumento de neutralização e de retribuição que satisfaz as demandas políticas populares por punição e segurança pública. Ao longo de poucas décadas, ela deixou de ser uma instituição correccional desacreditada e decadente para se

sine poena? Sobre as doutrinas penais de “luta contra a impunidade” e do “direito da vítima a punição do autor”. Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS. Vol. 02, n.º 02, 2014. p. 72-92).

⁴⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada.** Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 26-28.

⁴¹ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 58.

⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada.** Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 28-30.

tornar um maciço e aparentemente indispensável pilar da ordem social contemporânea⁴³.

A ausência de receio ante o poder sancionador estatal pela população em geral constitui, também, uma característica do modelo política criminal da segurança cidadã. O receio da sociedade em face de eventuais abusos estatais no exercício do poder punitivo é paulatinamente relativizado em nome da eficiência do sistema punitivo no combate à criminalidade. Tal alteração de comportamento da sociedade ante o poder estatal punitivo gera, entre outras consequências, a gradual vigilância de espaços e vias públicas mediante câmeras, a flexibilização dos requisitos para a prisão preventiva, a diminuição do controle judicial dos procedimentos penais mediante juízos rápido etc.⁴⁴.

O paradigma em apreço implica, ainda, uma mudança de atitude da sociedade em relação ao delinquente. Se antes, a comunidade assumia sua responsabilidade na gênese da delinquência e se dispunha a estimular e desenvolver iniciativas dirigidas a eliminar a exclusão social, agora, tais termos significam outra atitude, tais como, melhorar a colaboração com a polícia, com a finalidade de identificação e persecução dos criminosos, bem como, por si, aprender a pôr em prática técnicas e habilidades que permitam substituir ou incrementar a eficácia das intervenções policiais⁴⁵.

As transformações no pensamento criminológico a partir da década de 1990 é um fato que consolida o paradigma da segurança cidadã no sentido de afastamento dos argumentos outrora propagados pelas teorias psicológicas e sociológicas do crime (teorias da anomia, da subcultura e do etiquetamento), que explicavam que os indivíduos que se tornavam delinquentes só tomavam este caminho porque eram privados de educação adequada, socialização familiar ou de oportunidades de emprego ou, ainda, de um tratamento adequado para a sua condição psicológica anormal. Em oposição, o atual “pensamento criminológico” é norteado pela ideia de que não são a marginalização ou a exclusão sociais as causas da criminalidade, mas que esta é fruto de um controle social inadequado, de modo que é necessário se incrementar o controle social estatal,

⁴³ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 59-60. A partir da perspectiva da criminologia crítica, a função da prisão é conservar e reproduzir a ordem social capitalista, ao lado de outros mecanismos de controle que lhe dão sustentação, como o mercado de trabalho e a escola. Ela – como um método contingente e histórico e não como um método ontológico – vai durar como tal, enquanto durar a sua funcionalidade na estrutura social capitalista porque ela é o espelho das estruturas e da ordem, e as reproduz. A função da prisão não é o de combate à criminalidade, por meio da ressocialização, do castigo e da intimidação, é a construção/fabricação de criminosos. De modo que, do ponto de vista instrumental, a prisão é um fracasso, é uma falência porque não consegue combater a criminalidade; do ponto de vista das suas funções não declaradas, a prisão é um sucesso, ela vem-se reproduzindo satisfatoriamente bem porque os índices de criminalidade da pobreza não cessam de se reproduzir (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 304-309).

⁴⁴ Díez RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 33-35.

⁴⁵ Díez RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 35-37.

sobretudo o de natureza penal. De acordo com Garland, “onde a antiga criminologia demandava mais em termos de bem-estar e assistência, a nova criminologia insiste em intensificar o controle e reforçar a disciplina”⁴⁶.

Isto porque se parte do pressuposto de que os delinquentes seriam pessoas normais, bem integradas ou aceitavelmente integradas à comunidade, que atuam de modo racional e que se limitariam a aproveitar as oportunidades de cometer um delito. Para este novo pensamento criminológico, as soluções a tais tentações deveriam transitar por duas vias: primeiro, reforçando os efeitos reafirmadores da vigência das normas e os intimidatórios, próprios de penas suficientemente graves, a fim de que os desviantes possam, por meio de um processo racional, incorporar esses custos em seus cálculos e, assim, desistir da prática delitiva⁴⁷; e segundo, pelo desenvolvimento de políticas de prevenção situacional, que desloquem a atenção do criminoso para o delito, buscando reduzir as oportunidades delitivas mediante a introdução de medidas de segurança de todo tipo⁴⁸.

Nesse contexto, o novo modelo penal da segurança cidadã, recepcionadas e concretizadas por parte da doutrina pelas propostas de um direito penal do inimigo⁴⁹ ou

⁴⁶ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 61.

⁴⁷ A dita função intimidatória/dissuasória da pena tem como ponto de partida uma concepção mecânica-racional do humano, como um ente que permanentemente funcionaria sob a égide do “custo-benefício”, é mentirosa, uma vez que tal discurso esquece a regra seletiva da estrutura punitiva, o que leva o argumento dissuasório a recair sobre pessoas vulneráveis à criminalização (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 62-63).

⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 37-40.

⁴⁹ Nesse sentido, é a célebre afirmação de Jakobs de que “o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar a guerra (...) O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (...) combate perigosos” e, em conclusão, “quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento seriale. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído”. De acordo com o autor, “a pena é coação; é coação (...) de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portanto, da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato” (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Trad. André Luís Callegaria e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 22, 28-29 e 47). Como se vê, o direito penal do inimigo é manifestamente ilegítimo, porquanto, fundamentalmente, nega o direito fundamental da dignidade humana. E, também, porque trata-se de um direito penal do autor, além de infringir um princípio fundamental da teoria do direito segundo o qual a *validéz* não pode derivar da *eficácia*, sobrelevando-se anotar, ademais, que, em sendo ele um direito penal “vigente”, como já se pode observar do que até aqui exposto, corresponde ao jurista a tarefa de criticá-lo por sua incompatibilidade com o direito penal do estado de direito. Críticas ao direito penal do inimigo, ver: CRESPO, Eduardo Demetrio. O “direito penal do inimigo” *darf nicht sein!*: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo” e a ideia de segurança. Revista Ciências Penais. Vol. 04/2006. jan-jun. p. 122-152; CONDE, Francisco Muñoz. **As origens ideológicas do direito penal do inimigo**. Revista

de um direito penal de terceira velocidade⁵⁰, reforça a atuação seletiva do sistema penal em desfavor daquelas pessoas historicamente estereotipadas, reproduzindo as desigualdades econômica e social e reforçando o projeto neoliberal de exclusão e inocuidade daqueles estratos sociais mais baixos, não inseridos no mercado de trabalho, já precário em razão do novo modelo de produção pós-fordista, mediante uma prática atuarial e securitária de controle e gestão daqueles grupos considerados perigosos e de risco.

E é em razão de tal quadro, de substituição da ideologia da segurança nacional de tempos ditatoriais pelo acima descrito modelo falacioso da segurança cidadã, que se faz necessária a adoção de um discurso jurídico-penal que, além de não absolutizar conceitos e aberto à historicidade(s), limite o poder de punir, um discurso de resistência, programando o exercício do poder jurídico, por meio do direito penal, filtrando as pulsões irracionais e arbitrárias do poder punitivo e, assim, reduzindo os danos causados a partir de uma contrapulsão jurídica ao poder punitivo do estado policial⁵¹.

4. EM ESTILO DE CONCLUSÃO: A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL COMO LIMITE AO *JUS PUNIENDI* E COMO CIÊNCIA PROCURADA (*EPISTEME ZETOUMENE*): A NECESSIDADE DE UM PENSAMENTO (PENAL) QUE MEDITA E ABERTO À HISTORICIDADE (*GESCHICHTLICHKEIT*)

O modo de pensar e programar o saber (ou a ciência) do direito penal compatível com o Estado constitucional de Direito no sentido de tanto apurar e expulsar do seu próprio corpo (dogmática jurídico-penal) componentes próprios do Estado de polícia ou que buscam legitimar este último, tal como pretende Jakobs, estrategicamente (erro tático⁵²) – com o fim de obturar a expansão penal –, com o seu direito penal do inimigo,

Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 83/2010. mar-abr. p. 93-119. BUNG, Jochen. **Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 62/2006. set-out. p. 107-133; NEUMANN, Ulfrid. **Direito penal do inimigo**. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. Vol. 02. out/2010. p. 1135-1151. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo o direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁵⁰ Modelo de direito penal proposto por Silva Sánchez na mesma linha daquele sustentado por Jakobs. Ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 57-150; ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Manual de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 03-27; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo o direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 169-178.

⁵² Jakobs proclama-se, na realidade, inimigo do direito penal do inimigo, contudo acredita ser impossível eliminá-lo e, portanto, propõe contê-lo, propondo o próprio direito penal do inimigo. Segundo Zaffaroni, contudo, trata-se de um *erro tático*, pois, ao fim e ao cabo, Jakobs ministra “o remédio que mata o paciente”. De acordo com Zaffaroni, “o erro tático [de Jakobs] da proposta de contenção reside no fato de que a sua sabida predileção pelo sistêmico leva-a a perceber como imóveis, petrificadas, sacralizadas, estruturas que

quanto, fundamentalmente, para restringir, ao máximo, o poder punitivo, componente próprio do Estado de polícia, decorre, como acima delineado, da deslegitimação (histórica) do sistema penal, voltado sobremaneira à criminalização desigual ou seletivamente distribuída⁵³.

A função do direito penal de todo Estado de Direito, isto é, da dogmática jurídico-penal programadora do exercício racional do saber jurídico, deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possível, de maneira que o direito penal é um apêndice indispensável do direito constitucional do Estado de Direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o Estado de polícia. Dada esta função política, o direito penal nunca poder ser neutro, pelo contrário, ele deve ser sempre parcial, no sentido de que, em qualquer circunstância, deve fortalecer a contenção das pulsões absolutistas, ou seja, deve estar sempre do lado do Estado de Direito. Portanto, o verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia⁵⁴.

Nessa esteira, a função do juiz criminal, por intermédio de suas decisões judiciais, é a contenção/redução do poder punitivo, porquanto, sem esta contenção jurídica (judicial), o poder punitivo estaria livre e submetido às pulsões arbitrárias das agências executiva, nomeadamente a polícia, e políticas, notadamente o legislador e, por isso, estão sempre mudando. É sabido que as perspectivas sistêmicas da sociedade e do Estado (do poder) não conseguem explicar bem a mudança, enquanto as conflitivistas não são capazes de explicar completamente os elementos de permanência. É possível que da última posição se corra o risco de cair na segunda dificuldade, mas estamos seguros de que a proposta estática incorre numa deformação que provém de sua visão parmenídica, sem levar em conta que (...) no poder *tudo flui*" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 167 e 174-175).

⁵³ Sobre a configuração, operacionalidade e funções (declaradas e latentes) do moderno sistema penal, ver: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. A seletividade do sistema penal moderno, sobretudo o latino-americano, se dá em razão da incapacidade estrutural de o sistema penal operacionalizar, através das agências policial e judicial, toda a programação da lei penal, dada a magnitude de sua abrangência. De outro lado, se o sistema penal concretizasse o poder criminalizante programado "provocaria uma catástrofe social", pois praticamente não haveria habitante que não fosse criminalizado. E diante da absurda suposição – brutalmente indesejável – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere em toda sua extensão, o que significa que "não adianta inflacionar o *input* do sistema através da criação de novas leis porque há um limite estrutural ao nível do *out put*". Mais. A seletividade do sistema penal se deve à especificidade da infração e das conotações sociais dos autores, pois impunidade e criminalização são orientados pela seleção desigual de pessoas de acordo com o seu *status* social, e não pela incriminação igualitária de condutas objetiva e subjetivamente consideradas em relação ao fato-crime, conforme preconiza a dogmática penal: "se a conduta criminal é majoritária e ubíqua, e a clientela do sistema penal é composta, "regularmente", em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, a "minoridade criminal" (...) é o resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de "pessoas" dentro da população total (...) Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza condutas as quais se relacionam com a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (crimes econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desvios dos órgãos estatais) superestima infrações de relativa menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como os crimes contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 58-59).

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 172-175.

desapareceria o Estado de direito⁵⁵. É dizer, o juiz, no marco do seu poder de decisão, deve ser liberal – e, assim, não autoritário –, garantidor – e, assim, não policial –, e fortalecedor – e, assim, não debilitador – do Estado de direito⁵⁶.

Não se trata de absolutizar o saber penal no sentido de que ele possui a única e exclusiva função de conter o Estado de polícia – até porque a contenção limita-se apenas aquelas pulsões irracionais do Estado de polícia –, ao revés, tal modo de pensar busca combater as respostas ou crenças absolutas do direito penal, como o fazem os funcionalistas, os quais, ao fim e ao cabo, acabam por abrir espaço ao Estado de polícia ao legitimá-lo, cometendo a ingenuidade de confiar na “bondade” do Estado de polícia de que ele permanecerá no seu restrito âmbito de manifestação⁵⁷.

Não existe um absoluto no direito penal no sentido de este apresentar soluções definitivas. O direito penal, como ciência (transdisciplinar), deve ser uma “ciência procurada” (*episteme zetoumene*)⁵⁸ e, portanto, aberta (e não fechada/não absoluta) à(s) historicidade(s)⁵⁹, na busca de novas possibilidades. Nesse sentido, ao contrário da

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Manual de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 25. Tal modo de agir do juiz, além de constitucional, vai de encontro à histórica pretensão dos políticos em controlar/instrumentalizar o judiciário ou, ao menos, em fazer com que ele não constitua óbice às suas pretensões: “por lo general, los políticos latinoamericanos del *establishment* (o de los sucesivos *establishments*) han tratado de instrumentar o de utilizar a la función jurisdiccional o, al menos, de lograr que ésta no oponga obstáculos al ejercicio de su poder. Como es lógico, cualquier desarrollo de la teoría política del judicial fue visto por ellos con desconfianza, como una tentativa de limitar su poder, siempre empenado en cálculos inmediatistas. Pero por el otro lado, los contestatarios, los ideólogos de la izquierda latinoamericana, también han contribuido a ese silencio, porque al agotar su crítica en personas o al afirmar dogmáticamente que la jurisdicción y el derecho en general constituyen una “superestructura ideológica”, han despreciado la reflexión sobre el tema” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Dimensión política de un poder judicial democrático**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 04/1993. out-dez. p. 19-46; ver, ainda: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995).

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La ingeniería institucional criminal: sobre la necesaria interdisciplinaria constructiva entre derecho penal y politología**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 29/2000. jan-mar. p. 247-253.

⁵⁷ Zaffaroni, ao sustentar que o verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia, afirma que o direito penal do Estado de direito não pode cometer a ingenuidade de ceder um espaço e menos ainda os seus instrumentos orientados ao Estado de polícia, confiando que este se mantenha contido e compartimentalizado no seu âmbito. O Estado de polícia aceitará isso com prazer, faria todo o possível para dar a entender que se trata de uma trégua ou mesmo de um armistício e até juraria solenemente que se manteria dentro desses limites bem definidos. Todavia, ele assim agiria ciente de que a dinâmica dialética não pode ser detida e de que, na medida em que nenhum imponderável o impeça e o espaço concreto de poder o permita, continuaria avançando até atingir tal intensidade de despersonalização que as pessoas que o perturbam (ou aquelas que crê ser conveniente aniquilar) seriam reduzidas à sua *nuda vita* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 173-174).

⁵⁸ STEIN, Ernildo. **As voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijui, 2014. p. 27.

⁵⁹ (Não só) o jurista frente a determinação situação deve, antes de tudo, antes de adotar qualquer conduta, analisar o contexto fático lançando um olhar à história, aos processos e acontecimentos “no tempo”, ao ponto de confundir a situação lhe posta com o fato histórico. Analisar as possibilidades presentes e aquelas apresentadas no(s) momento(s) histórico(s) pensado(s). E isto para que os erros não sejam repetidos. Um verdadeiro modo autêntico de se pensar. Uma verdadeira ontologia da histórica. Sobre historicidades, ver: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Tempo e historicidades**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016. No mesmo passo, Heidegger assevera que a filosofia é o processar de um acontecimento (*Geschehnis*) que deve apreender para si mesma o Ser e que, somente assim, “se abate a verdade filosófica” (HEDDEGER, Martin. **Introdução à metafísica**. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966. p. 143).

tradição/filosofia teológica cristã, que coloca o ser-aí (*Dasein*)⁶⁰ em uma “compreensão de infinitude”, isto é, de que “de Deus não se pode predicar, nem a finitude nem a infinitude, nem que é nem que não é. O conceito de ser não tem nenhum sentido em teologia”⁶¹, a “ciência procurada” é “finitude”, não só da “existência”, mas, também, da “compreensão”, pois, nas palavras de Camões, “todo o mundo é composto de mudança”⁶², e disso não se escapa o direito penal. O tempo do mundo muda as pessoas e, conseqüentemente, as ciências, descobrindo-se o saber jurídico-penal como “ciência procurada”⁶³.

Diretamente relacionada ao reconhecimento do direito penal como “ciência procurada” está a questão sobre a “autenticidade” (*Eigentlichkeit*) e a “inautenticidade” (*Uneigentlichkeit*) na compreensão do direito penal⁶⁴. O ser-aí está na maior parte do tempo no modo “inautêntico”, pois não se preocupa com outros, apenas consigo mesmo, esquece-se o *Dasein* de quem ele realmente é, de que ele é “cuidado” (*Sorge*)⁶⁵, esquece-se de que está para a “morte”, de maneira que a existência e as possibilidades de compreensão são superficializadas; entretanto, na menor parte do tempo, o ser-aí está em seu modo “autêntico”, sabe ele quem realmente é, sabe da sua fragilidade, nomeadamente de que o seu destino é a morte, e, assim, o ser-aí preocupa-se⁶⁶, consigo e com os outros, e angustia-se, pois sabe que é “ser-para-a-morte”, e, assim, reconhece outras possibilidades e, fundamentalmente, reconhece que nenhuma das possibilidades que a vida lhe apresentou é definitiva⁶⁷.

⁶⁰ O primeiro passo da analítica existencial heideggeriana consiste em definir a essência do homem como existência, isto é, como poder-ser. Daqui se extrai a noção de ser-no-mundo. O ser do homem consiste em estar referido a possibilidades; contudo, este referir-se concretamente efetua-se não num colóquio abstrato consigo mesmo, mas como existir concretamente num mundo de coisas e de outras pessoas. “Existência” é *Dasein*, literalmente estar-aí. A existência não se define apenas como ultrapassagem que transcende a realidade dada na direção da possibilidade, mas que esta ultrapassagem é sempre ultrapassagem de algo, está sempre situado, está aqui. “Existência, *Dasein*, ser-no-mundo são, pois sinônimos” (VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10. ed. Trad. João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 26-27).

⁶¹ AZEVEDO, J. L. de. *El antiguo y el nuevo Heidegger*. p. 26 *apud* STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 291.

⁶² CAMÕES, Luís de. **Sonetos**. São Paulo: Klick Editora, 1998. p. 61.

⁶³ Compreende-se melhor a ideia pela leitura da seguinte passagem de Faria Costa: “o direito penal, tal como qualquer outro ramo do *multiversum* jurídico, nunca deixou de se transformar (...) Na verdade, sempre os conteúdos se alteram e alterarão ao longo dos tempos, da mesma que não ficaram nem ficarão estáticos os modos de perspetivar e compreender o direito (...) É, pois, este constante fluir que tem que ser percebido, não como algo degenerativo que torne a ciência do direito penal insusceptível de apreensão e captação metódicas mas, ao invés, como um dado em relação ao qual devem ser afeiçoados os instrumentos de análise e compreensão” (FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 179).

⁶⁴ STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 59-76.

⁶⁵ “O ‘estar-no-mundo’ possui a marca ontológica do ‘Cuidado’” (STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 88).

⁶⁶ De acordo com Stein, “o ser-aí é ser-no-mundo enquanto se preocupa (...) a preocupação torna o homem único e autêntico” (STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 69).

⁶⁷ Nas palavras de Vattimo, “a compreensão preliminar do mundo que constitui o estar-aí realiza-se como participação irreflexiva e acrítica num certo mundo histórico-social, nos seus pre-juízos, nas suas propensões, e repúdios, no modo comum de ver e julgar as coisas (...) Precisamente porque na

Nesse quadro, a dogmática jurídico-penal, atualmente, está, na maior parte do tempo, em seu modo “inautêntico”, pois as suas possibilidades e aberturas ocorrem e são pensadas a partir da utilidade ou produtividade de determinada medida. É um “pensamento calculador”⁶⁸, que busca, fundamentalmente, render, sem saber ou questionar o motivo de tal agir. Nessa perspectiva, as possibilidades devem ser eficazes. O maior exemplo disso, como já dito, são os funcionalismos. É verdade, alguns mais radicais (Jakobs e Silva Sánchez), outros mais moderados (Roxin e Figueiredo Dias), contudo todos partem da mesma premissa: quanto mais útil o seu fim, mais tolerável os seus meios, inclusive no que condiz à flexibilização de garantias penais e processuais penais constitucionais.

Por isso, necessária uma dogmática jurídico-penal de prevalência na “ciência conjunta do direito penal” (Liszt) e atenta, sobretudo, à criminologia (crítica), pois a construção de uma dogmática penal forte deve alertar para a dinamicidade da sociedade, vê-la como um filme, e não estática, como se uma fotografia fosse. E, para isso, não há melhor fonte que a criminologia. Nessa tarefa, a teoria do bem jurídico e a concepção de ofensividade (um “autêntico” modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais)⁶⁹, de matriz onto-antropológica⁷⁰, são dois de vários pontos de partida possíveis para uma consolidação e solidez de um saber penal que possua condições de cumprir a sua tarefa de delimitador do poder punitivo.

5 REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **A vertigem da ostensão penal**. Revista de Estudos Criminais. v. 47, 2012. p. 111-142.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal**

manipulação das coisas o estar-aí está sempre junto com os outros, tem a tendência a compreender o mundo segundo a opinião comum, a pensar o que se pensa, a projectar-se na base do anónimo da mentalidade pública (...) o estar-aí inautêntico é incapaz de se abrir verdadeiramente às coisas”. E, quanto ao modo de autenticidade do ser-aí, afirma o autor que a sua condição é a morte, a ciência, o reconhecimento e a aceitação do ser-aí para com a morte, “a morte é, pois, possibilidade autêntica e autêntica possibilidade”, e equivale à aceitação de todas as outras possibilidades, bem como, o mais importante, que a antecipação da morte gera o reconhecimento de que nenhuma das possibilidades concretas, que a vida apresentou, é definitiva (VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10. ed. Trad. João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 43-54).

⁶⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ontologismo e ilícito penal: algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal**. In: SCHMIDT, Andrei Zenker (Org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 260.

⁶⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

⁷⁰ COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BARRETO, Tobias. **Fundamentos do direito de punir.** Revista dos Tribunais. Vol. 727/1996. maio/1996.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno.** Trad. Maria Manuela Albery. Lisboa: Edições 70, 1977. Vol. 1.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global.** Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo.** Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. **Reivindicação da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva.** In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASCH, Scott (orgs.). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.* Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

BERMAN, Marshall. **Tudo o que é sólido desmancha no ar.** Trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

BUNG, Jochen. **Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 62/2006. set-out. p. 107-133.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do direito punitivo.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 87/2010. nov-dez. p. 277-297.

CAMÕES, Luís de. **Sonetos.** São Paulo: Klick Editora, 1998. p. 61.

CARVALHO, Thiago Fabres. **O imaginário punitivo na contemporaneidade: os paradoxos da democracia em face dos movimentos de sobrepenalização e da gestão do risco criminal com base na segurança.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 108/2014. maio-jun. p. 461-488.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada.** Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CONDE, Francisco Muñoz. **As origens ideológicas do direito penal do inimigo.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 83/2010. mar-abr. p. 93-119.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **O “direito penal do inimigo” darf nicht sein!: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo” e a ideia de segurança.** Revista

Ciências Penais. Vol. 04/2006. jan-jun. p. 122-152.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ontologismo e ilícito penal: algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal.** In: SCHMIDT, Andrei Zenker (Org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt.* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 33/2001. jan-mar.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime:** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Trad. Raquel Ramalhete. 37 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **Crítica à Racionalidade: Metamorfoses e Ilusões do Progresso.** In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos.* 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **Modernidade, direito penal e conservadorismo judicial.** In: SCHMIDT, Andrei Zenker. *Novos rumos do direito penal contemporâneo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A modernidade portuguesa e a reforma pombalina de 1772.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Tempo e historicidades.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural.** Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

HEDDEGER, Martin. **Introdução à metafísica**. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Feijó Sánchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Trad. André Luís Callegaria e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. In: *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, v. 1, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996.

LYRA, José Francisco Dias da. **A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 95/2012. mar-abr. p. 239-252.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

NEUMANN, Ulfrid. **Direito penal do inimigo**. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. Vol. 02. out/2010. p. 1135-1151.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2002.

PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 47/2004. mar-abr. p. 31-45.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 16. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Nullum crimen sine poena? Sobre as doutrinas penais de “luta contra a impunidade” e do “direito da vítima a punição do autor”**. *Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS*. Vol. 02, n.º 02, 2014. p. 72-92.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 46/2004. jan-fev. p. 73-93.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. 2. ed. Petropólis: Vozes, 1990.

TURNER, Victor. **O processo: ritual, estrutura e antiestrutura**. São Paulo: Vozes, 1974.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10. ed. Trad. João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Manual de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo o direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Dimension política de un poder judicial democrático**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 04/1993. out-dez. p. 19-46

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La ingeniería institucional criminal: sobre la necesaria interdisciplinarietà constructiva entre derecho penal y politología**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 29/2000. jan-mar. p. 247-253.

Um olhar contemporâneo das raízes da pena privativa de liberdade e das alternativas ao cárcere.

Jean Hatzfeld dos Santos¹

RESUMO

Ainda que problemática, a realidade da criminalidade brasileira apresenta escassa expectativa de solução. O presente artigo analisa o sistema penal brasileiro, das suas raízes às possíveis alternativas, sob óptica crítica e propositiva. Debruçou-se para tanto nas origens da pena privativa de liberdade e nas suas finalidades essenciais para encontrar o porquê da sua utilização como principal instrumento de segurança pública. Como proposição de alternativas abordou-se as práticas já bem utilizadas no Brasil, como prestação de serviços à comunidade e das pouco conhecidas políticas e socialmente, como as teorias do abolicionismo penal e da justiça restaurativa, trazendo uma possível adequação dessas novas práticas aos antigos problemas em segurança pública.

Palavras chave: Criminalidade. Seletividade Penal. Penas privativas de liberdade. Alternativas à prisão. Abolicionismo Penal. Justiça Restaurativa.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Raízes da pena privativa de liberdade. 2.1 O cumprimento da pena no Brasil contemporâneo. 3 Alternativas às penas privativas de liberdade. 3.1 Do abolicionismo penal. 3.2 Da justiça restaurativa. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objeto a análise da pena privativa de liberdade, sua eficácia e ferramentas alternativas para a segurança pública. Optar-se-á por uma abordagem crítica, apresentando os problemas atuais e históricos do sistema penal, passando após à análise de ferramentas alternativas.

¹Graduação em Direito Centro Universitário Ritter dos Reis - agosto de 2016

Pós-graduação em Direito e Processo Penal com Ênfase em Segurança Pública no Centro Universitário Ritter dos Reis -agosto de 2018.

Organizar-se-á a produção começando, no capítulo 2, por uma conceituação, desenvolvimento histórico, limites e finalidades das penas privativas de liberdade. Neste momento buscaremos demonstrar o que sustenta a escolha pela pena privativa de liberdade como principal instrumento de política criminal no Brasil e quais seriam os resultados almejados.

Na continuação do capítulo de número 2 trar-se-á a realidade do cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil contemporâneo, com dados atualizados da população carcerária, situação das casas prisionais e, principalmente, o perfil do apenado. Na segunda parte do item traz-se uma análise mais detalhada do jovem infrator, causas da delinquência, características pessoais e familiares e a influência da organização do tráfico de entorpecentes.

No capítulo final do desenvolvimento apresenta-se instrumentos alternativos à pena privativa de liberdade no Brasil. Na primeira parte aborda-se a já bem utilizada pena de prestação de serviços à comunidade, mostra-se sua importância e quando é utilizada. Ao final do capítulo abre-se discussão das práticas em desenvolvimento ainda pouco utilizadas, mas com grande potencial. Trata-se do abolicionismo penal, que busca a abolição do sistema penal pela sua contínua diminuição, e da justiça restaurativa, que visa restaurar as relações para antes do ato danoso, trazendo a vítima e o ofensor ao diálogo.

Para a produção deste artigo utiliza-se fundamentalmente da revisão de bibliografia e análise de dados de pesquisas sobre o tema. Ao final apresenta-se as conclusões.

2 RAÍZES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A palavra pena tem o significado, segundo Abbagnamo, de “privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração”. Tem-se, portanto, um conceito de pena baseado num poder estatal capaz normatizar para regular a vida em sociedade e de punir aqueles que ajam de maneira oposta à esta normatização.²

Embora pareça um conceito jurídico, presente desde os primórdios da civilização humana, na realidade se trata de um conceito político, como demonstra Barreto³:

² ABBAGNAMO, Nicola. Dicionário de filosofia. Tradução Alfredo Bosi. 2ª edição; São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 749.

³ BARRETO, Tobias. Estudos de direito. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 177.

O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este é um ponto capital. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência de direito, logicamente fundada; [...] que a pena considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica.

O progresso da vida jurídica das sociedades, segundo Reale, tem andado em consonância com a evolução cultural da humanidade, observando-se uma passagem gradual na solução dos conflitos, com a força bruta enfraquecendo-se em relação à norma jurídica.⁴

Nesse contexto, as sucessivas fases que representam a história das penas estão diretamente ligadas à história da humanidade, iniciando com as fases da vingança privada, divina e pública, passando pelo período humanitário e evoluindo para os conceitos contemporâneos de conteúdo marcadamente finalístico.

Registram os primórdios da civilização a existência de apenas um meio de corrigir o ilícito causado, a vingança, que se caracterizava pela prevalência da força física. A ofensa era assumida pelo grupo a que pertencia a vítima, adotando coletivamente a função punitiva, já que naquele momento ainda não existia o Estado.⁵

Longe de qualquer regulação por um poder estatal ou de preocupação com critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, os revides não guardavam qualquer correlação de dimensão com o dano causado.⁶ A evolução nesse ponto se deu com o surgimento da Lei de Talião, a qual, embora com medidas não razoáveis, estabelecia a proporção entre o dano causado pelo ilícito e a retribuição deste.⁷

O interesse na reparação do dano trouxe uma importante solução para os ilícitos: a composição, que se caracterizava pelo pagamento contraprestativo em pecúnia, armas e utilidades. Adotada pelo Direito Germânico, pelo Pentateuco dos Hebreus e também pelo Código de Hamurabi, permitia ao ofensor comprar da parte ofendida a sua liberdade.⁸

⁴ REALE, Miguel. Lições preliminares do direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 75.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 16.

⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

⁷ TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral: arts 1º a 120, volume 1. São Paulo: Atlas, 2006. p. 20.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 17.

Com o surgimento de poderes sociais mais complexos, principalmente o das religiões, passou-se a se impor socialmente normas de conduta e castigos referentes ao entendimento teocrático.⁹ O direito penal religioso foi dominante nas leis dos povos do oriente antigo em determinado período e caracterizava-se por penas cruéis para aqueles que ofendessem a ordem divina.¹⁰

Em obediência à princípios religiosos, viu-se o desenvolvimento de uma fase de *vingança pública*, restringindo-se a aplicação da pena pelo Estado. Embora vista como positiva tal limitação, tinha por fundamento a proteção do divino, representado na pessoa do príncipe, como necessidade de manter a estabilidade do Estado.¹¹

Posteriormente, ao libertar a pena de seu caráter religioso, iniciou-se também a transformação da responsabilidade em individual, buscando-se limitá-la ao autor do fato.¹²

Destacaram-se, no período humanitário, as ideias de John Howard, responsável por inúmeras manifestações pela humanidade dos estabelecimentos penais e pela fiscalização pelo judiciário do cumprimento das penas, considerando inadequado o abandono da execução da pena aos cuidados apenas dos carcereiros executores.¹³ Pode-se encontrar nesse fundamento um princípio para a atuação da figura do Juiz das Execuções Penais.¹⁴

Nesse momento, por volta da segunda metade do século XVIII, diversas obras de pensadores contestavam a legislação penal vigente, que ia de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e às liberdades individuais.¹⁵ Em 1764 é lançada a obra *Dos delitos e das Penas*, de Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria, considerado um marco para a humanização do direito penal, representando a evolução para o novo período denominado humanitário.¹⁶ Houve

⁹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*: arts 1º a 120, volume 1. São Paulo: Atlas, 2006. p. 20.

¹⁰ TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*: arts 1º a 120, volume 1. São Paulo: Atlas, 2006. p. 20.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 17.

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 17.

¹³ Cuelo Calón, *La intervención del juez*, p. 252-253. Apud BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte geral*: volume 1. 10 ed. Saraiva, São Paulo, 2006. p. 52.

¹⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direitos Penal. Parte geral*: volume 1. 10 ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2006. p. 52.

¹⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direitos Penal. Parte geral*: volume 1. 10 ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2006, p. 88.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 141.

um desenvolvimento, citado por Reale¹⁷, com o enfraquecimento da força bruta e fortalecimento da força jurídica.

A obra de Beccaria representou o conjunto de ideias filosófico-política do iluminismo europeu.¹⁸ Apesar de não ser o primeiro a apresentá-las, o grande mérito do Marquês consistiu em comunicar-se de maneira clara e direcionada ao grande público, fazendo com que a pressão pelas mudanças no desumano sistema de penas alcançasse os legisladores.¹⁹

A doutrina de Cesare Beccaria mantinha o entendimento da prisão como medida sancionadora e punitiva, mas defendia a finalidade de ressocialização, objetivando um bem-estar social futuro.²⁰ Baseada nos ensinamentos de Rousseau e Montesquieu, entre outros escritores, foi responsável por formar a hoje conhecida Escola Penal Clássica, construção teórica voltada à limitação do poder punitivo absolutista, visando a humanização das penas e o estabelecimento da necessária proporção entre o crime praticado e o dano causado.²¹

A Escola Clássica, de inspiração contratualista, defendia que cada cidadão teria renunciado a uma porção de sua liberdade para delegar ao Estado, no seu poder punitivo. Essa renúncia limitar-se-ia ao necessário à defesa social, excluindo o “terrorismo punitivo” utilizado até então.²²

Dividiu-se a Escola Clássica em dois períodos teórico-filosófico: o primeiro, com as ideias de Cesare Beccaria e o segundo tendo Francesco Carrara como expoente central²³ a defender o crime como soma de uma força física e de uma força moral, correspondendo, atualmente, aos elementos subjetivo e objetivo do tipo penal.²⁴

¹⁷ REALE, Miguel. Lições preliminares do direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 75.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. Criminologia e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: instituto carioca de criminologia, 2002, p. 33.

¹⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145.

²⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 147.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 141.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 142.

²³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direitos Penal. Parte geral: volume 1. 10 ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2006, p. 180.

²⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direitos Penal. Parte geral: volume 1. 10 ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2006, p. 181.

Enquanto a Escola Penal Clássica baseava-se no livre-arbítrio do homem como fundamento para a responsabilização limitada da conduta ao contrato social, o corpo doutrinário que ascendeu, denominado de *Escola Moderna* ou *Escola Positiva*, colocou o homem como centro do direito penal, com a obra referênciada “O homem delinquente”, de Cesare Lombroso.²⁵

Foi um movimento amplo, como demonstra Jorge de Figueiredo Dias, ao comentar o debate da elevação da “concepção ético-retributiva a elemento essencial das finalidades da pena” e do acolhimento de teses “correccionalistas da prevenção especial”:

Teses que antecipavam de algumas décadas a *Escola Moderna* ou *Escola Positiva* que, pelo dobrar do século, havia de se impor em Itália - sobretudo pela mão de criminólogos como Lombroso (1876), Ferri (1892) e Garofalo (1885) - e na Alemanha – sobretudo por obra de Franz von Liszt e do seu célebre *Programa de Marburgo* (1882), que valeria como estandarte da nova Escola; e que haviam de conduzir, no que aqui interessa, à substituição do referente **ético-retributivo** pelo especial-preventivo em matéria de justificação e de finalidades da pena. O que, seja lembrado, assinalou o momento inicial de uma acurada *luta de escolas* - a Escola Clássica e a Escola Moderna - que haveria de marcar toda a evolução da ciência penal até aos anos -60 do séc. XX.²⁶

Na Escola Positiva, abre-se a ideia de um criminoso nato, com características originárias ao nascimento relacionadas à criminalidade, retirando a força do livre-arbítrio.²⁷ Representava uma visão de “*tratamento* do delinquente, livre das barreiras ético-jurídicas da culpa”.²⁸

A visão positivista, na segunda metade do Século XX, para Cezar Bittencourt, deu ensejo ao debate de duas vertentes abrangentes da Ciência Penal, a criminologia e a jurídico-dogmática, as quais se identificou a incapacidade de, isoladamente, resolverem determinadas questões jurídicas e de compreenderem o fenômeno delitivo como uma realidade social:

Há um claro entendimento, na atualidade, de que a Ciência do Direito Penal abrange tanto a Criminologia como a Dogmática, e que “os

²⁵ CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena, p. 267. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf>. Acesso em Maio de 2018.

²⁶ DIAS, Jorge De Figueiredo - Direito Penal Parte Geral - Tomo I. 2. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 72.

²⁷ CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena, p. 269. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf>. Acesso em Maio de 2016.

²⁸ DIAS, Jorge De Figueiredo - Direito Penal Parte Geral - Tomo I. 2. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 72.

conhecimentos produzidos por esses ramos se inter-relacionam na configuração da Política Criminal mais adequada para a persecução de crimes. Essa diferenciação permitiu o avanço da construção jurídico-dogmática a partir dos estudos de Von Liszt e Binding, mas sem os equívocos do método positivista (...).

As características, finalidades e limitações da pena se alteram conforme as concepções de Estado, como ensina Bittencourt²⁹:

Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador. Convém registrar que a uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade.

Reflexo dessa análise finalística da pena e de sua correlação com as concepções de Estado são as três teorias fundamentais, sendo estas, segundo as lições de Jorge de Figueiredo Dias, as teorias absolutas, vinculadas às doutrinas da *retribuição*; e as teorias relativas, subdivididas em dois grupos: as doutrinas da *prevenção* geral, de um lado e as doutrinas da *prevenção especial* ou *individual*, do outro lado.³⁰

Conforme o autor, para o grupo de teorias absolutas o objetivo da pena criminal residiria tão-somente na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal causado pelo crime.³¹ Sobraria à discussão acerca do seu fundamento apenas quanto à forma como deveria ser determinada a compensação ou igualação a operar entre o "mal do crime" e o "mal da pena". Para o autor, após o período do talião passou-se a reconhecer que a almejada isonomia não poderia ser fática, mas normativa.³²

As teorias relativas têm a pena como instrumento de prevenção. Conforme Figueiredo Dias, ao contrário das teorias absolutas, caracterizam-se como teorias *de fins*, reconhecendo igualmente, em sua essência, que a pena se apresenta como um *mal* para quem a sofre.³³ Por esse viés, a crítica dos adeptos das teorias absolutas, em relação às teorias relativas é a de que, em nome de fins utilitários ou

²⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral - Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 44.

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral - Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 45.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral - Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 46.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral - Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 49.

pragmáticos, trataria a pessoa humana como um objeto, para realização das variadas finalidades da pena e, nesta medida, afrontariam a sua dignidade.³⁴

O terceiro grupo, segundo Figueiredo Dias, é o das preventivas, que vê a pena como instrumento de prevenção geral, dividindo-se entre as doutrinas da prevenção geral e as doutrinas da prevenção especial ou individual. O ponto em comum, para o autor, está na concepção da pena como instrumento político-criminal, destinada a atuar psicologicamente sobre os membros de uma comunidade, afastando-os da prática de crimes, diante da ameaça da punição prevista em lei, das suas condições de aplicabilidade e de efetividade, no tocante a sua execução. Atuaria com a dupla perspectiva, de intimidação das outras pessoas e para reforçar a confiança na vigência da ordem jurídica.³⁵

As doutrinas da prevenção especial ou individual têm em comum a ideia de que a pena é um meio de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente com o propósito de desestimulá-lo a cometer outros crimes. Pode-se dizer que tem como finalidade a prevenção da reincidência.³⁶

Unindo as teorias retributivas e as teorias preventivas, surge o contraponto das teorias mistas, as quais a pena tem por finalidade tanto a retribuição do mal causado, quanto a prevenção do dano futuro, valendo-se da máxima “pune-se porque pecou e pune-se para que não peque”.

As teorias mistas apoiam-se na pena como medida de justiça, mas sem tira-la da esfera da utilitarista. Não se acrescentam novas ideias ao tema, o que se vê é a reutilização e uma maior ponderação entre elas.

Cabível é a crítica formulada por Carvalho aos debates quanto às teorias das finalidades das penas: parte-se do pressuposto, tanto nas teorias retributivas quanto nas preventivas, da necessidade positiva de se punir, desconsiderando alternativas ao sistema punitivo que neguem a necessidade da sanção.³⁷

No âmbito da pena no Brasil, o legislador optou pela finalidade mista ao descrever o objetivo de “reprovação e prevenção do crime”, no artigo 59 do Código Penal. A mesma finalidade vemos no artigo 1º da Lei de Execuções Penais, a qual

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral - Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 49.

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral - Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 50-51.

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral - Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 54.

³⁷ CARVALHO, Salo de (Coord.). Crítica à execução penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 103.

descreve “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Interprete final em matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no informativo 604, reconheceu que a pena no Brasil é dotada de “polifuncionalidade” e deve ser analisada em três momentos distintos e complementares com a finalidade de abarcar desde a retribuição da aplicação da norma penal, como a adaptação preventiva da individualização da pena.³⁸

2.1 O CUMPRIMENTO DA PENA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Os estabelecimentos prisionais, seja no Brasil ou em países com alto grau de desenvolvimento social, guardam algumas características comuns. Independente de estarmos em uma penitenciária no Piauí, onde detentos são escondidos em celas e pavilhões sem iluminação artificial,³⁹ ou em espaços simétricos, planejados e bem iluminados, o cumprimento da pena de prisão ainda se dará em local sombrio e confuso, podendo ser relacionado, no entender de Fernando Salla, com o labirinto de um minotauro, um local para esconder aqueles que a todos atormentam.⁴⁰

Tratando de cumprimento de pena no Brasil, Carlos Serra analisa a existência de uma cultura punitiva historicamente constituída que passou a ser percebida como forma de resolução de conflitos sociais. Essa cultura teria origem ainda no período colonial e criaria relações contemporâneas autoritárias e inquisitoriais, projetando o Outro como se inimigo fosse.⁴¹

A política do inimigo do direito penal não poderia ter outro resultado que não o encarceramento descontrolado. No Brasil, mais do que nunca, pune-se demais, contudo permanece-se punindo errado.

Quanto à efetividade do sistema penal brasileiro, podemos utilizar como critério objetivo a reincidência, a qual, segundo Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o sistema carcerário brasileiro realizada em 2008 divulgou que a taxa brasileira de

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 604/STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo604.htm>>. Acesso em: Novembro de 2015.

³⁹ COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=5>. Acesso em Junho de 2018. p. 269.

⁴⁰ SALLA, Fernando. A pesquisa na prisão: labirintos. p. 106. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz. Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013.

⁴¹ SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Estado penal e encarceramento em massa no Brasil. In: Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013. p. 4987–6309

reincidência ficava acima de 70%. Há divergências sobre esse número, visto que o Ipea (instituto de pesquisa econômica aplicada), em conjunto com o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), divulgou pesquisa em 2015 com o número de reincidências em 24,4%.⁴² De toda forma, não pode considerar aceitável que um a cada quatro apenados retornem ao crime após a liberdade.

Segundo dados do INFOPEN, a população prisional brasileira é de 726.712 presos. As vagas ofertadas limitam-se a 368.049, ou seja, há superlotação sistemática de quase 200%.⁴³ Colaborando ao caos da superlotação, os dados do INFOPEN ainda demonstram que 40% dos presos no Brasil estão em caráter provisório, sem condenação.⁴⁴

Tratando de taxa de aprisionamento, nos últimos 16 anos observamos um crescimento vertiginoso. No ano de 2000 o Brasil registrava 137,1 presos a cada 100 mil habitantes, já no ano de 2016 esse número subiu para 352,6 presos a cada 100 mil habitantes.⁴⁵

O Brasil transpõe claros sinais de que não consegue mais punir, mas ao mesmo tempo alternativas não são seriamente trabalhadas. Para encontrar meios adequados a resolver a problemática carcerária, importantíssimo que conheçamos o perfil do preso no país.

O preso no Brasil, ao menos 55% da população carcerária, tem entre 18 e 29 anos de idade. São jovens, assim classificados pelo Estatuto da Juventude, que fora do sistema prisional representam apenas 18% da população do país e dentro do cárcere são a maioria.⁴⁶

Além de jovens, a população prisional brasileira é composta por 64% de negros e pardos. Essa categoria fora do cárcere representa pouco mais de 53% da população total.⁴⁷

Talvez o dado mais alarmante do levantamento, verificamos que 61% dos presos não tem ensino fundamental completo. Se olharmos aos que não tem ensino

⁴² Reincidência criminal no Brasil - relatório de pesquisa. Disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>. Acesso em 22 de junho de 2018.

⁴³ Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da justiça e segurança pública. p. 8.

⁴⁴ Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da justiça e segurança pública. p. 13.

⁴⁵ Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da justiça e segurança pública. p. 12.

⁴⁶ Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da justiça e segurança pública. p. 30.

⁴⁷ Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da justiça e segurança pública. p. 32.

médio completo chegamos à 90% dos presos. Os presos com ensino superior incompleto, completo e com pós-graduação não ultrapassam 1% da população carcerária.⁴⁸

Até o momento podemos observar uma população prisional jovem, negra e sem instrução formal. Considerando os índices de desemprego entre jovens de até 24 anos em 25,7%,⁴⁹ a reconhecida discriminação racial no mercado de trabalho⁵⁰ e as barreiras educacionais que afastam esse jovem dos melhores empregos, limitando-os aos conhecidos como subempregos, fica mais fácil entendermos o que tem levado o brasileiro ao cárcere.

Os dados do levantamento penitenciário mostram, entre homens, 26% dos presos estão por tráfico de drogas e 38% por roubo e furto. Entre as mulheres 62% estão por tráfico de drogas.

Marcos Rolim, em tese de doutorado, propôs pesquisar as origens da violência em jovens internos na FASE. Utilizou como metodologia a entrevista pessoal com diversos internos que expuseram fatos de sua história, da infância até a realidade no crime.⁵¹

Analizou em primeiro momento a violência, principalmente na família, como experiência prévia ao crime para quase todos os internos.⁵² A morte violenta de pais e parentes próximos, nos relatos colhidos por Rolim, está diretamente associada ao início na carreira criminosa. Verificamos em⁵³:

⁴⁸ Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da justiça e segurança pública. p. 33.

⁴⁹ Desemprego entre jovens até 24 anos é recorde e vai a 25,7%, diz IBGE. UOL notícias Política. Disponível em: <<https://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/11/22/desemprego-entre-jovens-ate-24-anos-e-recorde-e-vai-a-257-diz-ibge/>>. Acesso em junho de 2018.

⁵⁰ Pesquisa constata discriminação racial recorrente no mercado de trabalho. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/07/23/interna_gerais,885946/negros-ainda-sofrem-desigualdade-no-mercado-de-trabalho.shtml>. Acesso em junho de 2018.

⁵¹ ROLIM, Marcos. A formação de jovens violentos: para uma etiologia da disposicionalidade violenta. Tese Doutorado Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de filosofia e ciências humanas, programa de pós-graduação em sociologia, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102225/000931115.pdf?sequence=1>>. Acesso em junho de 2018.

⁵² ROLIM, Marcos. A formação de jovens violentos: para uma etiologia da disposicionalidade violenta. Tese Doutorado Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de filosofia e ciências humanas, programa de pós-graduação em sociologia, Porto Alegre, 2014. P. 141. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102225/000931115.pdf?sequence=1>>. Acesso em junho de 2018.

⁵³ ROLIM, Marcos. A formação de jovens violentos: para uma etiologia da disposicionalidade violenta. Tese Doutorado Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de filosofia e ciências humanas, programa de pós-graduação em sociologia, Porto Alegre, 2014. P. 140-141. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102225/000931115.pdf?sequence=1>>. Acesso em junho de 2018.

Eu brincava, mas meu pai me batia, sabe? Nesse tempo eu tenho mágoa dele, por causa disso. Eu morava na Aloísio Ribeiro, com meu pai e minha mãe, mais cinco irmãos (três gurus e duas gurias). Meu pai trabalhava de vigia e minha mãe trabalhava de recicladora. Ele batia em nós para educar, ele batia de corda, de pau, com esses bagulhos. Ele bebia e quanto isso acontecia era pior. Ele batia na mãe também. (Paulo César)

Bem dizer eu não tive infância, sabe? Quando eu tinha 9 anos, meu irmão mais velho trabalhava bastante, era só nós. Aí ele tinha uns amigos lá e trabalhava com eles de mecânico. Um dia ele chegou do trabalho, e discutiu com eles. Foi aí que começou tudo. Os caras bateram na cabeça dele com uma ferramenta. Daí ele caiu no chão, daí minha mãe viu lá de dentro e veio se meter prá parar a briga e eles continuaram batendo e ela se meteu na frente, daí eles começaram a bater nela. Eu vi tudo, sem poder fazer nada. Os vizinho apartaram. Daí veio a ambulância e levaram meu irmão pro hospital. Ele ficou baixado um tempo, daí voltou prá casa vegetativo, sabe? Não se lembrava muito de nós, um dia ele me viu e não conseguia falar, só chorava. Aquilo foi subindo mais o sangue. Mais um tempo e ele foi para a UTI e minha mãe foi a última a ver ele. Eu era criança e fiquei desesperado. Aí, os cara que mataram meu irmão não foram preso. Daí, no enterro dele - eu não acreditava que ele tinha morrido, sabe? - eu peguei na mão dele e tava fria e tinha um pano no rosto. Daí foi que eu vi que ele tava morto. Daí eu peguei na mão dele e prometi prá ele que eu não ia deixar assim, sabe? Daí eu prometi prá ele que ia matar os cara. (Volmir)

Contudo, embora a presença da violência tenha grande influência na vida dos jovens infratores, este não é o único grande fator da criminalidade. A evasão escolar assume grande parte do protagonismo nas causas que levam os jovens a delinquir, corroborando os dados trazidos pelo levantamento penitenciário.

Verifica-se, em primeira abordagem, que a média de anos de estudos dos jovens internos na FASE é consideravelmente inferior à média gaúcha e brasileira. A média de estudo gaúcha é de 8,75 anos de estudo, a brasileira é de 8,3 anos de estudo, já os internos da FASE têm em média apenas 6,59 anos de estudo.⁵⁴

Outro indicador apresentado, a defasagem escolar representa a “taxa de frequência escolar líquida”, expressando o percentual de alunos matriculados de uma faixa etária que frequenta a escola na idade esperada conforme adequação série-idade, em relação ao total das pessoas da mesma faixa etária. Na FASE verificou-se que todos os internos apresentavam defasagem escolar e que a média é de aproximadamente cinco anos de atraso.⁵⁵

⁵⁴ ROLIM, Marcos. A formação de jovens violentos: para uma etiologia da disposicionalidade violenta. Tese Doutorado Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de filosofia e ciências humanas, programa de pós-graduação em sociologia, Porto Alegre, 2014. p. 142. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102225/000931115.pdf?sequence=1>>. Acesso em junho de 2018.

⁵⁵ ROLIM, Marcos. A formação de jovens violentos: para uma etiologia da disposicionalidade violenta.

No Brasil e no Rio Grande do Sul o percentual de defasagem escolar é de 63% e 58%, respectivamente. Mesmo nas famílias mais pobres do RS e do Brasil, o índice de defasagem escolar é muito menor que o encontrado entre os detentos da Fundação de Atendimento Sócio-educativo do Rio Grande do Sul (FASE).

Segundo os relatos, os motivos que levam o jovem a abandonar a escola passam por constrangimentos pela situação de pobreza extrema, dificuldade de aprendizado e a violência dentro da escola. São relatos⁵⁶:

Eu gostava de ir para a aula, fui bem, tinha amigo, era bom. Nunca tive problema de disciplina. Aí foi passando o tempo e eu não tinha os negócios para ir, não tinha tênis, tinha que ir de chinelo. Aí eu comecei a faltar as aulas, porque eu tinha vergonha. Comecei a inventar motivo prá mãe e acabei rodando por falta. Eu morava na vila e o colégio que eu estudava tinha vários gurizinho de dinheiro. Ninguém mexia comigo, porque senão apanhava. (Ronaldo)

Daí eu fui prá escola e um dia eu levei a arma de meu pai pro colégio, eu tinha de 13 prá 14 anos. Eu levei a arma prá mostrar pros outros. Daí chamaram a polícia. Eu tive no jardim e depois fui para a primeira série, no Teotônia. Na real eu incomodava muito e não consegui passar do terceiro ano. Daí minha mãe me tirou da escola e me arrumou um trabalho de empacotador. Eu tinha uns 15 anos. Para mim era difícil as contas, não explicavam direito. (Hugo)

Bah, estudei até a 5ª série, rodava toda hora. Não me lembro com quantos anos eu parei. Rodei na primeira, acho que na terceira e na quarta também. Eu gostava de ir porque sempre tinha um que levava uma maconha. A gente ia prá trás do colégio prá fumar maconha. Às vez o cara ia armado, no tempo que eu era mais crescido. E quando eu tinha 7 anos, eu só fazia ladaia na escola. Não estudava, as professora sempre falando com minha mãe que eu não fazia nada. Daí já dá prá ver que o cara não é prá esses negócio aí. (Paulo Isidoro).

Eu fui até a 5ª série. Eu fui expulso 3 vezes até os 14 anos por causa de confusão, briga. Uma vez eu fui armado pro colégio porque tinha uns contra na escola. Pechei com um contra meu na frente do colégio, daí eu dei uns tiros nele na frente do colégio. Eles ficaram aterrorizados e disseram que não podia ter gente assim estudando lá. Na sala de aula eu incomodava bastante também, como que eu posso falar, eu acho que eu era hiperativo, era muito agitado. Eu ficava um período e duas, três semanas suspenso. Eu era expulso e não conseguia passar de ano. Eles chamavam minha mãe, mas não tinha o que fazer. Eu fui parar no Deca muitas vezes, tomei advertência, essas coisas. Gostar ninguém gosta de estudar. Mas antes de entrar

Tese Doutorado Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de filosofia e ciências humanas, programa de pós-graduação em sociologia, Porto Alegre, 2014. p. 143. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102225/000931115.pdf?sequence=1>>. Acesso em junho de 2018.

⁵⁶ ROLIM, Marcos. A formação de jovens violentos: para uma etiologia da disposicionalidade violenta. Tese Doutorado Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de filosofia e ciências humanas, programa de pós-graduação em sociologia, Porto Alegre, 2014. p. 143-145. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102225/000931115.pdf?sequence=1>>. Acesso em junho de 2018.

no colégio eu já sabia escrever emendado, depois, na segunda série eu já fazia coisas da terceira e da quarta série, eu tava adiantado. Mas isso foi uma fase na minha vida. Hoje eu não faria a metade das coisas que eu fiz quando tinha 13 anos. (Airton).

Incentivo final para o abandono da escola pelos jovens internos da FASE encontra-se no tráfico de drogas. Se no ambiente familiar e escolar o jovem só encontra incompatibilidades, no tráfico de drogas ele encontra uma saída onde é valorizado pelos superiores, há possibilidade de assumir o controle das atividades e garante acesso ao consumo. Os relatos a seguir demonstram bem esta realidade⁵⁷:

Sim, na rua, os cara me deram um oitão, assim, aí o gurizão tava passando, e nós assaltamo ele. Nunca tinha pegado na mão um tênis tão bonito como aquele, jamais ia ter dinheiro para comprar. Aí fomo prá baia do gurizão lá dividir as coisa. Aí disse assim, pega aí o que tu quer. Eu disse: não, não quero nada. Daí eles viram que eu era humilde e que ia dar um bom soldado, sabe? Porque não cresceram os óio em nós. Aí fiquei tri feliz com o tênis, era ouro prá mim, naquela época. Daí levei prá casa e disse que era emprestado. Não falei que era roubado. Tinha o maior cuidado prá não estragar. Cuidava como se fosse minha vida, sabe? (Atílio)

Antes eu me dava com todo mundo da vila, queria vender droga para comprar minhas coisas, roupa, só que eu gostava de fumar minha maconha e cheirar minha cocaína. No começo eu saía prá rua escondido, daí fumei uma maconha, depois cherei uma cocaína também. Daí consegui umas armas, também. Aí os guri me diziam: Bah, o meu, quando tu crescer pode fechar com nós. Bah, ta na mão. Eu achava que era tudo maravilha, era só ir ali, andar armado, fumar maconha e ficar loco, assim né? (Paulo Isidoro)

Contribuição relevantíssima de Rolim trata da análise da circunstância de guerra vivida no cotidiano dos jovens crimes violentos. Em perfeita assimilação o autor discorre⁵⁸:

Para todos os efeitos, imagine um jovem que tenha passado alguns anos em um país distante, participando de uma guerra contra um exército inimigo. Em seu retorno, você consegue entrevistá-lo e, a partir de certo momento, ele começa a contar as situações vividas na guerra, descrevendo os diferentes momentos em que matou seus inimigos. As histórias dão conta de pessoas fuziladas no campo de batalha e das arriscadas manobras que ele fez para permanecer vivo. Tudo o que ele contar poderá lhe parecer muito grave e até mesmo

⁵⁷ ROLIM, Marcos. A formação de jovens violentos: para uma etiologia da disposicionalidade violenta. Tese Doutorado Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de filosofia e ciências humanas, programa de pós-graduação em sociologia, Porto Alegre, 2014. p. 146. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102225/000931115.pdf?sequence=1>>. Acesso em junho de 2018.

⁵⁸ ROLIM, Marcos. A formação de jovens violentos: para uma etiologia da disposicionalidade violenta. Tese Doutorado Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de filosofia e ciências humanas, programa de pós-graduação em sociologia, Porto Alegre, 2014. p. 152. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102225/000931115.pdf?sequence=1>>. Acesso em junho de 2018.

assustador, mas a sensação mais forte será a de que assim são as guerras. Ninguém cogitará que o veterano soldado seja alguém especialmente “mau”, não se partirá do pressuposto que a maioria dos seus companheiros sobreviventes sofra de algum grave transtorno psíquico. Pelo contrário, em se tratando da experiência da guerra, estaremos prontos a reconhecer que esta situação – que designa uma experiência social extrema – é, em si mesma, desagregadora e produtora de infinitos sofrimentos de forma que os indivíduos engolfados por ela dificilmente poderiam se comportar de outra forma.

A produção do ato violento não surge de acasos. O jovem que posteriormente envolve-se em crimes violentos passou por um treinamento pessoal e profissional para condicionar-se aos atos criminosos. Em primeiro momento temos o ambiente hostil e violento na família, em segundo momento a escola não se mostra atrativa, há discriminação dos colegas e dificuldade de aprendizado, em terceiro momento e passo final ao desvirtuamento do jovem há o tráfico de drogas.

Em resumo a criminalidade não é um problema por si só. Há o recrutamento de jovens que, por motivos não tão diversos, afastaram-se, ou nunca se aproximaram, do núcleo de inclusão da sociedade e encontraram no mercado delitivo um meio que bem remunera e, de certa forma, traz reconhecimento.

3 ALTERNATIVAS ÀS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Mesmo diante dos dados assustadores de segurança pública, ainda não vemos atividade alguma do poder estatal no sentido de solucionar as causas do problema, sempre pautando a atuação nas consequências. É o caso da recente intervenção federal aprovada no estado do Rio de Janeiro.

A intervenção federal, segundo decreto presidencial 9288/18, tem por objetivo oficial “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”, a qual teria por base o descontrole no número de homicídios, disparos de armas de fogo e poder paralelo do tráfico de drogas. O principal instrumento da intervenção é a repressão ao tráfico de drogas, pelo menos a com atuação dentro das favelas, política esta que não tem apresentado resultados satisfatórios em nenhuma localidade que se executa. Exemplo temos no México, o qual dedicou 11 anos de atividades do exército para conter o tráfico, sem benefício final algum, pelo contrário.⁵⁹

Única opção viável torna-se a de olhar com olhos cada vez mais atentos às alternativas às penas privativas de liberdade. Instrumento de grande importância

⁵⁹ O México também colocou o Exército nas ruas contra o tráfico: a história daquele fracasso. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/24/internacional/1519509824_184527.html>. Acessado em 22 de junho de 2018.

dentre as alternativas ao cárcere está a pena de prestação de serviços à comunidade.

A pena de prestação de serviços à comunidade configura-se pela utilização da mão de obra do infrator de norma penal em benefício da sociedade, podendo efetivar-se em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e estabelecimentos congêneres e em programas comunitários e estatais. Trata-se de pena restritiva de direito que, no ordenamento brasileiro, pode ser utilizada tanto como medida autônoma, substitutiva à pena privativa de liberdade, ou como condição para suspensão condicional da pena ou do processo.⁶⁰

Segundo o artigo 46, §3º, do Código Penal brasileiro, a pena de prestação de trabalho à comunidade deve ser cumprida na proporção de uma hora de trabalho para cada dia de condenação, objetivando que estas horas sejam organizadas em horário diverso da jornada normal de trabalho do apenado.

Rocha observa que, ainda que tenha natureza retributiva, visto a imposição do trabalho, predomina na sanção de trabalho comunitário o caráter ressocializador, pois permitiria a manutenção do vínculo do infrator com o corpo social, ao mesmo tempo que representa resposta útil em benefício da sociedade.⁶¹ Outro benefício observado encontra-se no cumprimento da pena em ambiente livre, afastando o apenado das consequências negativas do cárcere, como a “desfiguramento da personalidade do homem”.⁶² Como consequência positiva da pena de trabalho teríamos a criação da expectativa do infrator em se redimir do ilícito praticado e minimização do estigma tradicionalmente agregado aos que cumprem penas de prisão.⁶³

Há previsão da pena de prestação de serviços à comunidade no artigo 78, §1º, do Código Penal, quando trata das condições para a suspensão condicional da pena. Ainda que não expresse, a pena de serviço comunitário é aplicada com base no artigo 89, §2º, da Lei 9099/95, quando permite ao juiz especificar outras condições de subordinação à suspensão condicional do processo, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

⁶⁰ ROCHA, Gerder Luiz. Da pena de prestação de serviço à comunidade no direito brasileiro. In: Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013. p. 4987 de 6309.

⁶¹ ROCHA, Gerder Luiz. Da pena de prestação de serviço à comunidade no direito brasileiro. In: Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013. p. 5011 de 6309.

⁶² ROCHA, Gerder Luiz. Da pena de prestação de serviço à comunidade no direito brasileiro. In: Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013. P. 5020 de 6309.

⁶³ ROCHA, Gerder Luiz. Da pena de prestação de serviço à comunidade no direito brasileiro. In: Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013. P. 5011 de 6309.

Como medida autônoma e substitutiva da pena privativa de liberdade, a pena de prestação de serviço à comunidade, como pena restritiva de direito, está regulada pelo artigo 44 do Código Penal. O dispositivo legal permite a substituição da privação de liberdade para penas não superiores a quatro anos em crimes culposos ou dolosos cometidos sem violência o grave ameaça à pessoa. Acrescenta-se também o requisito de não-reincidência em crime doloso e a substituição ser entendida como adequada após análise de antecedentes e conduta social.

Especifica o diploma do Código Penal, no artigo 55, que a pena restritiva de direito terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída. De tal forma, não é permitido que o cumprimento exceda a quantidade fixada na sentença condenatória. É permitido, todavia, em penas superiores a um ano, o cumprimento da pena de prestação de serviços em tempo inferior ao delimitado em sentença, limitando a metade do prazo da condenação, nunca menos.

Crítica deixada por Rocha encontra-se na limitação de aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade, na sua forma substitutiva da pena privativa de liberdade, para casos de condenações inferiores a seis meses. Nas palavras do autor⁶⁴:

(...) em razão do obstáculo que a lei criou para a utilização de uma sanção que se tem revelado como a mais apropriada para as penas de curta duração.

O que se tem observado é que esta modalidade punitiva é das mais fáceis de serem fiscalizadas e tem conseguido a maior amplitude de sucesso no fortalecimento dos valores sociais do infrator, com vistas a sua reinserção.

O autor ainda fundamenta que a proibição de aplicação da pena de prestação de serviços a condenações com menos 6 meses de pena privativa de liberdade caracterizaria-se por afronta ao princípio da individualização da pena, pois impede ao juízo considerar esta pena restritiva de direitos como a mais adequada às condições pessoais do infrator⁶⁵.

De toda forma, há a possibilidade da utilização da pena desta pena restritiva de direitos em tempo menor que seis meses na hipótese da transação penal da lei 9099/95, artigo 76.

⁶⁴ ROCHA, Gerder Luiz. Da pena de prestação de serviço à comunidade no direito brasileiro. In: Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013. P. 5070 de 6309.

⁶⁵ ROCHA, Gerder Luiz. Da pena de prestação de serviço à comunidade no direito brasileiro. In: Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013. p. 5078 de 6309.

Sobre a utilidade e o caráter preventivo da pena de prestação de serviços à comunidade, Shecaira, em antiga publicação citada por Rocha, discorre brilhantemente⁶⁶:

O caráter educativo insito à prestação de serviços à comunidade, chamado de prevenção especial, não tem o sentido de induzir alguém a “melhorar” sua personalidade, mas somente o de inculcar a ideia de não repetir o crime. A sentença criminal não pode ser motivo para impor-se ao condenado obrigação de alterar seu *modus vivendi*. Inconcebível forçar o adepto de esquerda a aderir à direita, ou vice-versa. Nem mesmo que o mau se transforme em homem bom e piedoso. A constituição não transige com a lavagem cerebral, método preferido e largamente empregado nos regimes ditatoriais. Esta pena não quer exigir que o condenado pense e aja como toda sociedade, nem ao menos como a média das pessoas, mas pretende fazer com que o agente entenda que, mesmo com diferenças entre as pessoas, ele deve submeter-se a um padrão ético mínimo, que permita a consciência entre os homens, de forma pacífica.

Temos na pena de serviços à comunidade um grande instrumento alternativo às penas privativas de liberdade. Na linha da necessidade de distanciarmos da tradicional índole punitiva, onde privilegia-se a exclusão social do apenado, com as hoje conhecidas nefastas consequências, alternativas como esta mostram um caminho de inclusão social, reparação do dano e lesividade mínima.

Para não nos limitar às alternativas positivadas, devemos trabalhar e desenvolver novas formas de requalificar o direito penal em busca da eficiência, utilizando-se, para tanto, de recursos de teorias pouco recorridas como as do abolicionismo penal e da justiça restaurativa.

3.1 DO ABOLICIONISMO PENAL

Abordado por doutrinadores europeus desde, pelo menos, 1960, o abolicionismo penal trata de alternativas aos principais problemas do cárcere, da sua irrisória funcionalidade e do afastamento dos envolvidos no fato criminal na solução do problema.⁶⁷ O abolicionismo visa a descriminação progressiva de condutas até chegar à abolição do sistema penal.

Grande dificuldade da fundamentação pela abolição do sistema penal encontra-se na pejoratividade da rotulação para tanto. O abolicionista tem como

⁶⁶ SHECAIRA, Sergio Salomão. Prestação de serviço a comunidade: alternativa a pena privativa de liberdade. São Paulo: Ed Saraiva, 1993. P. 59 *Apud* ROCHA, Gerder Luiz. Da pena de prestação de serviço à comunidade no direito brasileiro. In: Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013. p. 5162 de 6309.

⁶⁷ ACHUTTI, Daniel. Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 15, n. 1. P. 33-69, jan./jun. 2014. P. 37-38.

etapa prévia da argumentação por uma sociedade sem sistema penal a justificativa de sua recusa pelas soluções atuais, vistas "como essencialmente portadoras de positivities".⁶⁸ A sociedade, desconhecendo alternativas reais à utilização da pena, agarra-se ao *status quo*, mesmo que os sinais de sua falência sejam gigantescos, desde suas primeiras tentativas.

Diversas são as correntes e teorias enquadradas na proposta de abolicionismo penal, sendo difícil delimitar uma fundamentação ou objeto em comum. Contudo, encontramos na sua razão de existir e objetivo final consenso entre os autores, sendo a ineficácia e danos do sistema prisional e a finalidade de abolir, total ou parcialmente, a justiça penal.⁶⁹

Dentro dos fundamentos pela abolição da pena, segundo Louk Hulsman, temos duas importantes proposições, complementares entre si. Tratam-se que o sistema penal, ao invés de resolver problemas passados, tornou-se agente de novos problemas e que, ainda que indiretamente, a sociedade sem sistema penal já existiria, pela absoluta ineficácia dos atuais meios.⁷⁰

Crítica ao sistema persiste sobre o entendimento da suposta qualificação do sistema jurídico-penal, baseada no constante controle e proteção indispensável dos direitos e valores do homem. Temos, em realidade, "uma máquina burocrática cujas subestruturas, atuando cada uma por seu lado, produzem decisões irresponsáveis", sem o necessário cuidado com os bens jurídicos envolvidos.⁷¹

Por decorrência da profissionalização e burocratização do sistema de punições, além do objetivo interno principal de "punir" como resposta inafastável, temos um aparato extremamente insensível e não responsabilizado com a dor, sofrimento de quantidade exagerada de seres humanos envolvidos.⁷² O aplicador da norma, o executor da norma e o produtor da norma se encontram distantes do resultado do seu trabalho, sem a mínima responsabilidade indispensável a quem propõe centralizar a solução de lides sociais, retirando-a dos próprios envolvidos nos fatos.

⁶⁸ HOULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. Revista Verve, n. 8, p. 246-275, 2005. P. 246.

⁶⁹ ACHUTTI, Daniel. Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 15, n. 1. P. 33-69, jan./jun. 2014. P. 39.

⁷⁰ HOULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. Revista Verve, n. 8, p. 246-275, 2005. P. 247.

⁷¹ HOULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. Revista Verve, n. 8, p. 246-275, 2005. p. 249.

⁷² HOULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. Revista Verve, n. 8, p. 246-275, 2005. p. 249.

No que toca a legitimação do cárcere por seu teórico dever de ressocialização, a teoria abolicionista de Hulsman preconiza a grande incompatibilidade entre o objeto e o objetivo daquele, como segue⁷³:

[...]este sistema intervém com violência na vida dos cidadãos. O sofrimento imposto àqueles que são condenados pelo sistema — um de cada quatro ou de cada cinco são enviados para a prisão — tende a ser geralmente minimizado. E isso é assim, em grande parte, porque o sofrimento se aplica, como acabamos de lembrar, sobre uma população da qual não estão próximos, nem psicológica nem socialmente, aqueles que fazem as leis e aqueles que as aplicam. O homem encarcerado se vê privado de muito mais do que da liberdade. A preocupação pelos “direitos do homem” fica do lado de fora das prisões. Do lado de dentro, os condenados são abandonados, sem recursos, em mãos de uma administração onipotente, que tem reconhecido o direito de funcionar na base do segredo. Pois bem, esses bens e esses direitos, junto à liberdade, que são suprimidos dos presos a despeito das declarações mais solenes, coincidem, justamente, com os valores primordiais da civilização ocidental: o direito à promoção pessoal decorrente da educação permanente e contatos interpessoais responsáveis e enriquecedores; o direito de ter uma família e assumir em relação a ela as próprias responsabilidades; o direito à saúde; o direito a uma vida afetiva e sexual digna; o direito a condições de trabalho não humilhantes; o direito a espaços de intimidade pessoal etc.

Seguindo pela fundamentação dos danos da atividade punitiva, temos o resultado como sendo estéril, sem produzir qualquer dos resultados almejados. O autor considera "absurdo" infringir tamanho sofrimento ao isolar homens para obrigá-los, artificialmente, a deixar de manifestar uma importante parte de sua humanidade dentro de um universo que se esforça para infantilizar e alienar.⁷⁴

Um dos fundamentos da doutrina abolicionista de Hulsman, como anteriormente colocado, fica por conta da já existência de uma sociedade sem sistema penal, sendo esta aqui e hoje. Apesar das sérias consequências sociais, o sistema penal que se defente age somente em uma parcela muito pequena das situações consideradas criminalizáveis.⁷⁵

Evidência de tal construção encontra-se no grande número de casos dentro do considerado como “cifra negra”. Entre os motivos para o não conhecimento de casos pelas autoridades são, entre outros, a consideração do sistema como “burocrático e

⁷³ HOULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. Revista Verve, n. 8, p. 246-275, 2005. p. 252.

⁷⁴ HOULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. Revista Verve, n. 8, p. 246-275, 2005. p. 253.

⁷⁵ HOULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. Revista Verve, n. 8, p. 246-275, 2005. p. 254..

ineficiente”, gerando o sentimento na vítima que seria melhor evitar aborrecimentos, relevando o ocorrido.⁷⁶

Contudo a principal fonte de casos para a cifra negra estaria em crimes menosprezados ou corriqueiros pelo sistema penal. Alguns crimes, embora assim tipificados, não seriam alvos da atividade estatal de prevenção ou repressão, ou, também, certas pessoas estariam imunes ao aparato repressor.⁷⁷

Diante desses fatos, temos que o sistema está estruturado com a finalidade das leis operarem apenas a partir da discricionariedade seletiva e controlada da autoridade política, judicial e policial, gerando a forte e conhecida seletividade penal. Comprovando os dados apresentados no capítulo 2 deste artigo, pelo Levantamento do INFOPEN, do encarceramento de grande maioria negra e por crimes de tráfico de drogas e contra o patrimônio, delitos punidos apenas nas mazelas sociais.

3.2 DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Com a finalidade de redução dos graves problemas enfrentados e causados pelo sistema penal, como demonstrado neste artigo, surgem instrumentos capazes de viabilizar a abolição, pelo menos a parcial, do sistema penal para parte significativa das condutas que hoje são tipificadas como crimes. O principal instrumento para esta abordagem trata-se da justiça restaurativa.

Dados do CNJ relatam a existência da justiça restaurativa no Brasil há mais de 10 anos, contudo, até 2016, apenas seis tribunais de justiça estariam executando a prática.⁷⁸ Dentre os tribunais de justiça que utilizam da justiça restaurativa está o do Rio Grande do Sul, o qual, a partir da aplicação na mediação de conflitos no Presídio Central de Porto Alegre reduziu a média anual de mortes no presídio de 22 para 0 no ano de 2015.⁷⁹

Em países desenvolvidos os benefícios das alternativas ao cárcere têm recebido maior destaque. Na Inglaterra, o Ministério da Justiça anunciou em 2013 o investimento de 29 milhões de libras nas práticas restaurativas. No país há o

⁷⁶ GONÇALVES, Ricardo. A cifra negra e a seletividade penal. Ano de 2014. Disponível em: <<https://impacto-racional.com/2014/02/13/a-cifra-negra-e-a-seletividade-penal/>>. Acesso em: julho de 2018.

⁷⁷ GONÇALVES, Ricardo. A cifra negra e a seletividade penal. Ano de 2014. Disponível em: <<https://impacto-racional.com/2014/02/13/a-cifra-negra-e-a-seletividade-penal/>>. Acesso em: julho de 2018.

⁷⁸ Justiça Restaurativa juvenil se expande no Brasil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85251-justica-restaurativa-juvenil-se-expande-no-brasil>. Acesso em 29 de junho de 2018.

⁷⁹ Justiça Restaurativa é aplicada em presídios. Disponível em: www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85196-justica-restaurativa-e-aplicada-em-presidios. Acesso em 22 de abril de 2018.

reconhecimento de que a justiça restaurativa possibilitou índices de satisfação de vítimas com a solução de seus casos em 85% e redução de 14% nos índices de reincidência entre ofensores.⁸⁰

O conceito mais aceito pelo conjunto de doutrinadores para definição de justiça restaurativa temos em Tony Marshall⁸¹: “justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro”.

Característica marcante da justiça restaurativa como alternativa ao sistema penal encontra-se na inexistência de regras e mandamentos pré-fabricados, cada caso é desenvolvido com a particularidade que lhe é devida e a orientação dá-se por meio exclusivo de princípios e valores restaurativos, os quais permeiam os caminhos e situações englobadas, sem apegar-se a respostas prontas.⁸²

No tocante aos valores restaurativos, estes podem ser divididos no grupo dos obrigatórios, no dos encorajados e no dos que podem surgir de um bom encontro, mas que não devem ser solicitados pelo mediador. No grupo dos valores obrigatórios temos, de forma principal, a não dominação, o empoderamento das partes, o respeito aos limites legais, a escuta respeitosa, a igualdade de preocupação pelos participantes, o de responsabilidade e prestação de contas e, por final, o respeito aos direitos humanos.⁸³ No grupo dos valores encorajados, temos os com finalidade de orientar o procedimento restaurativo, abarcando a reparação de danos, minimização das consequências, prevenção de novos delitos e a restauração da dignidade da pessoa humana. No terceiro grupo vemos a presença de manifestações espontâneas como um pedido de desculpas, sentimento de remorso e o perdão pelo ato.⁸⁴

Cabe mencionarmos a existência de uma resolução da Organização das Nações Unidas, no 2002/12, que dispõe sobre a justiça restaurativa, inclusive

⁸⁰ Inglaterra aumenta investimento em justiça restaurativa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-20/inglaterra-investir-justica-restaurativa-combater-reincidencia>. Acesso em 29 de junho de 2018.

⁸¹ MARSHALL, T. The Evolution of Restorative justice in Britain. European Journal on Criminal Policy Research, Heidelberg, v.4, n.4, 1996. P. 37. Apud ACHUTTI, Daniel. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa. In: Crime, Polícia e Justiça no Brasil. Org. Ed. Contexto: São Paulo, 2014. p. 13.

⁸² ACHUTTI, Daniel. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa. In: Crime, Polícia e Justiça no Brasil. Org. Ed. Contexto: São Paulo, 2014. p. 14.

⁸³ ACHUTTI, Daniel. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa. In: Crime, Polícia e Justiça no Brasil. Org. Ed. Contexto: São Paulo, 2014. p. 15.

⁸⁴ ACHUTTI, Daniel. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa. In: Crime, Polícia e Justiça no Brasil. Org. Ed. Contexto: São Paulo, 2014. p. 15.

colocando princípios guias. Nas palavras sintéticas de Pallamolla seriam: consentimento informado, manutenção da presunção de inocência, em caso de retorno à justiça criminal, e razoabilidade e proporcionalidade do acordo.⁸⁵

O conjunto de valores e princípios restaurativos tem aplicações de forma específica, variando conforme as técnicas e circunstâncias adotadas. Embora a tendência seja para unificação das práticas a partir da visão multimetodológica, temos a presença de abordagens diversas conforme o entendimento de adequação elaborado pelo facilitador.⁸⁶

As práticas de abordagens mais conhecidas atualmente encontram-se em mediação vítima-ofensor, conferência restaurativa, círculos de sentença e cura.⁸⁷ Estas seriam formas diversas, mas com o mesmo resultado desejado: facilitar a comunicação entre os envolvidos.

No Brasil, tivemos a implementação no ano de 2005 de três projetos-pilotos de aplicação da justiça restaurativa, em São Caetano/SP, em Porto Alegre/RS e em Brasília/DF. Pertinente comentar sobre o projeto de São Caetano, o qual reúne questões interessantes para a análise prática da justiça restaurativa no Brasil, tendo sua aplicação voltada aos delitos envolvendo menores em conflito com a lei e escolas.⁸⁸

Durante a aplicação das práticas restaurativas, segunda a análise de Tonche, vimos um conjunto de problemáticas envolvendo o despreparo da figura do facilitador. Relatou-se a contínua “ameaça” da justiça criminal como meio coercitivo, transformando a mediação em outro sistema inquisitivo-opressor, muito longe da justiça restaurativa idealizada. Encontrou-se outros vícios, envolvendo o desrespeito aos valores do empoderamento das partes, tendo muitas vezes o aluno-parte sendo coagido frente a professores e familiares.⁸⁹

Demonstrou-se pelo caso ser fundamental o preparo do facilitador para conseguir levar à restauração, sem recair sobre problemas encontrados também na

⁸⁵ ACHUTTI, Daniel. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa. In: Crime, Polícia e Justiça no Brasil. Org. Ed. Contexto: São Paulo, 2014. p. 16.

⁸⁶ ACHUTTI, Daniel. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa. In: Crime, Polícia e Justiça no Brasil. Org. Ed. Contexto: São Paulo, 2014. p. 16-17.

⁸⁷ ACHUTTI, Daniel. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa. In: Crime, Polícia e Justiça no Brasil. Org. Ed. Contexto: São Paulo, 2014. p. 17.

⁸⁸ TONCHE, Juliana. Entre práticas e discursos: a utilização da justiça restaurativa na resolução de conflitos escolares envolvendo crianças, adolescentes e seus familiares em São Caetano do Sul-SP. Estudos de Sociologia, v. 19, n. 36, jan-jun. 2014. p.42.

⁸⁹ TONCHE, Juliana. Entre práticas e discursos: a utilização da justiça restaurativa na resolução de conflitos escolares envolvendo crianças, adolescentes e seus familiares em São Caetano do Sul-SP. Estudos de Sociologia, v. 19, n. 36, jan-jun. 2014. p.51.

justiça criminal. O caminho exige seriedade e qualificação contínuas dos aplicadores para alcançarmos um ambiente saudável, passível de tornar-se verdadeira alternativa à violenta justiça penal.

Há a necessidade urgente de adaptações no modelo jurídico-social de soluções de conflitos, não sendo mais razoável a manutenção de práticas estereis e danosas. Imperioso torna-se o contínuo cuidado para que práticas alternativas viáveis, como a justiça restaurativa, não se tornem apenas outro instrumento ineficaz.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos dados, teorias e argumentos apresentados, foi observada a ineficácia do sistema penal brasileiro, com consequências e resultados inaceitáveis frente à sua finalidade teórica, assim como demonstrou-se a existência de alternativas viáveis que merecem consideração social e política.

Percebe-se a grande seletividade penal brasileira que objetiva em regime de quase exclusividade jovens e adultos pobres sem instrução formal. Mostrou-se a consequência de cada ano de estudo formal na diminuição da criminalidade. A evasão escolar e a violência das organizações criminosas, essencialmente no tráfico de drogas, são os principais fatores que levam o brasileiro à adentrar em atividades criminosas.

Para alcançar resultados efetivos na segurança pública será necessário o foco nas causas da criminalidade e em soluções que possam, por meios diferentes, chegar a resultados diferentes dos atuais. Resultados que devem alcançar a inclusão social do jovem, afim de possibilitar a sua continuidade nos estudos, e dismantelar a organização violenta do tráfico de drogas.

Quanto à inclusão social de jovens em situação de vulnerabilidade há, em consonância com as práticas restaurativas, a demanda de atenção nos primeiros atos de desvio, principalmente em ambiente escolar. Como proposta de solução à violência das organizações criminosas temos por efetiva a revisão política de drogas brasileira, adaptando-a a uma realidade menos criminalizadora, indo ao encontro da teoria abolicionista e da proteção real de bens jurídicos. Assim como para outras áreas do convívio social, o ajuste de caso é mais efetivo que respostas prontas e insensíveis às reais causas dos maiores problemas.

5 REFERÊNCIAS

ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 2ª edição; São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ACHUTTI, Daniel. **Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal**. Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 15, n. 1. P. 33-69, jan./jun. 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: instituto carioca de criminologia, 2002,

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, 2004. 468 p. (História do Direito Brasileiro nº5).

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**, p. 267. Disponível em:

<http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf>. Acesso em Maio de 2018.

CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIAS, Jorge De Figueiredo - **Direito Penal Parte Geral** - Tomo I. 2. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, Ricardo. **A cifra negra e a seletividade penal**. Ano de 2014. Disponível em: <<https://impactoracional.com/2014/02/13/a-cifra-negra-e-a-seletividade-penal/>>. Acesso em: julho de 2018.

HOULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal.** Revista Verve, n. 8, p. 246-275, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARSHALL, T. **The Evolution of Restorative justice in Britain.** European Journal on Criminal Policy Research, Heidelberg, v.4, n.4, 1996. P. 37. Apud ACHUTTI, Daniel. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa. In: Crime, Polícia e Justiça no Brasil. Org. Ed. Contexto: São Paulo, 2014. P. 13.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 6ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, Gerder luiz. **Da pena de prestação de serviço à comunidade no direito brasileiro.** p. 4987 de 6309. In: Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013.

ROLIM, Marcos. **A formação de jovens violentos: para uma etiologia da disposicionalidade violenta.** Tese Doutorado Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de filosofia e ciências humanas, programa de pós-graduação em sociologia, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102225/000931115.pdf?sequence=1>>. Acesso em junho de 2018.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Prestação de serviço a comunidade: alternativa a pena privativa de liberdade.** São Paulo: Ed Saraiva, 1993. P. 59 Apud ROCHA, Gerder luiz. Da pena de prestação de serviço à comunidade no direito brasileiro. p. 5162 de 6309. In: Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013.

SERRA, Carlos Henrique Aguiar. **Estado penal e encarceramento em massa no Brasil**. p. 355-356. In: Prisões e punição no Brasil Contemporâneo (online). Salvador: EDUFBA, 2013.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral: arts 1º a 120**, volume 1. São Paulo: Atlas, 2006.

TONCHE, Juliana. **Entre práticas e discursos: a utilização da justiça restaurativa na resolução de conflitos escolares envolvendo crianças, adolescentes e seus familiares em São Caetano do Sul-SP**. Estudos de Sociologia, v. 19, n. 36, jan-jun. 2014.

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO, 2009. Disponível

em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=5>. Acesso em Junho de 2018.

Desemprego entre jovens até 24 anos é recorde e vai a 25,7%, diz IBGE. UOL notícias Política. Disponível em: <<https://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/11/22/desemprego-entre-jovens-ate-24-anos-e-recorde-e-vai-a-257-diz-ibge/>>. Acesso em junho de 2018.

Inglaterra aumenta investimento em justiça restaurativa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-20/inglaterra-investir-justica-restaurativa-combater-reincidencia>. Acesso em 29 de junho de 2018.

Justiça Restaurativa juvenil se expande no Brasil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85251-justica-restaurativa-juvenil-se-expande-no-brasil>. Acesso em 29 de junho de 2018.

Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da justiça e segurança pública.

Pesquisa constata discriminação racial recorrente no mercado de trabalho. Disponível em:

<https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/07/23/interna_gerais,885946/negros-ainda-sofrem-desigualdade-no-mercado-de-trabalho.shtml>. Acesso em junho de 2018.

Reincidência criminal no Brasil - relatório de pesquisa. Disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>. Acesso em 22 de junho de 2018.

O México também colocou o Exército nas ruas contra o tráfico: a história daquele fracasso. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/24/internacional/1519509824_184527.html. Acessado em 22 de junho de 2018.

ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO INTRAMUROS PRISIONAL¹

Julia Estela Heling²

RESUMO: O estudo tem por objeto a atuação da Defensoria Pública no intramuros do Presídio Regional de Pelotas (PRP) – RS, tendo como questão norteadora as interferências das peculiaridades do sistema carcerário e suas configurações na atuação da Defensoria Pública. Entre fevereiro e março de 2018, acompanharam-se as atuações da Defensoria Pública de Pelotas, lotada na Vara de Execuções Criminais, no PRP. A análise ainda é parcial, mas já se verifica que há uma situação particular na atuação da Defensoria, quando realizada intramuros. Existem nuances que obrigam a Defensoria a se adaptar a realidade onde se insere, visando estabelecer configurações que auxiliem sua atividade, quando do simples fato de atravessar um muro.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública. Questão Penitenciária. Execução Penal/Criminal. Acesso à Justiça. Sociedade Paralela.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A inserção formal da Defensoria Pública na complexidade da execução penal. 3 O intramuros: para além das previsões legais. 4 Atividades da Defensoria Pública no interior do PRP e as configurações estabelecidas. 5 Considerações Finais. 6 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo – fragmento de uma pesquisa de Mestrado – tem por objeto a atuação da Defensoria Pública no intramuros do Presídio Regional de Pelotas (PRP), RS³, enfocando suas configurações com os atores do ambiente prisional.

1 Artigo já publicado na Revista Sociologia Jurídica – ISSN: 1809-2721, Números 24/25 – Janeiro/Dezembro 2017.

2 Mestranda em Política Social e Direitos Humanos, na Universidade Católica de Pelotas (UCPEL), Graduada em Direito na mesma Universidade. Vinculada a Universidade Católica de Pelotas (UCPEL); Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos; Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Criminais-Penitenciários (GITEP). juliaestela@hotmail.com

3 Pelotas é uma cidade do sul do estado do Rio Grande do Sul. Trata-se de município polo nesta região e, como tal, é sede de uma das Regiões Penitenciárias do estado, possuindo um Presídio Regional. Já a configuração do sistema penitenciário do Rio Grande do Sul envolve unidades prisionais espalhadas por todo seu território, sob a responsabilidade de 10 Delegacias Penitenciárias Regionais (DPR).

A hipótese de trabalho é de que as possibilidades de atuação da Defensoria estão, para além do seu próprio empenho, condicionadas às ações dos demais atores do ambiente prisional (Administrador do Presídio, Agentes Penitenciários, Presos e lideranças das galerias), os quais, em suas atuações limitam a autonomia do(a) Defensor(a), produzindo a necessidade de adaptações no trato com os atores do interior do presídio.

A noção de configurações/figurações⁴, de Norbert Elias, é utilizada nesse contexto como chave para compreensão das relações peculiares ocorridas no interior do presídio. Tal conceito “chama a atenção para a interdependência das pessoas”⁵, ou seja, a definição “configurações” nos faz pensar sobre as relações existentes entre pessoas ou ainda entre instituições e nas influências que estas possuem sobre a ação dos indivíduos ou instituições (a depender do caso). Por meio dele é possível pensar em como a Defensoria Pública desenvolve suas atividades dentro das configurações penitenciárias, ou seja, como atua/reage frente às ações dos demais atores presentes no intramuros.

A investigação se tem amparado na pesquisa bibliográfica e, de modo fundamental, na pesquisa empírica, quando nos utilizamos da observação direta, possibilitada pela autorização de acompanhamento das atividades da Defensora Pública de Pelotas, lotada na Vara de Execuções Criminais.

O trabalho de campo ocorreu durante quatro semanas, entre fevereiro e março de 2018, período no qual se acompanhou as atuações da Defensora no PRP, tanto para realização das audiências de PAD (Processo Administrativo Disciplinar) – estes em âmbito administrativo e judicial (audiência realizada também no espaço interno da penitenciária), – bem como para atendimentos realizados aos apenados.

O propósito do estudo é refletir sobre questões que possuem pouco espaço no meio acadêmico e clarear que as possibilidades de atuação da Defensoria Pública, quando realizada no intramuros, são extremamente particulares. Há nuances que obrigam a Defensora Pública a se adaptar à realidade peculiar na qual se insere, haja vista as configurações que se estabelecem quando do simples fato de atravessar um muro.

2 A INSERÇÃO FORMAL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA COMPLEXIDADE DA EXECUÇÃO PENAL

4 O autor utiliza ambas denominações como sinônimas.

5 ELIAS, Norbert. *Introdução à Sociologia*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 144.

A criação da Defensoria Pública foi prevista na Constituição Federal de 1988 (CF), em seu artigo 134: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”⁶. Tal inciso elenca que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”⁷. A implementação da instituição ficou definida pelo parágrafo único, do artigo 134, que estabeleceu:

Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.⁸

A referida Lei Complementar (LC 80) surgiu em 12 de janeiro de 1994. Regulamentou a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como prescreveu normas gerais para a organização das Defensorias Públicas Estaduais.

No seu artigo 4º, onde se estabelecem as funções da Defensoria Pública, o inciso VIII apresentava a seguinte redação: “atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais”⁹.

Tratando-se a criação das Defensorias Públicas Estaduais de uma norma programática, sua regulamentação se deu em momento posterior e, nos diferentes estados, a implementação das Defensorias se deu em oportunidades distintas.

No caso do Rio Grande do Sul a Defensoria Pública nasceu efetivamente em maio de 1994.¹⁰ A primeira regulamentação veio com a Lei Complementar Estadual nº 9.230, de 6 de fevereiro de 1991.¹¹ Porém, neste momento as diretrizes básicas

6 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Publicação Original*. 2018b. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

7 Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 2018a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 de junho.

8 Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Publicação Original*. 2018b. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

9 Idem. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. 2018c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

10 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Histórico: O Nascimento da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. 2018b. Disponível em: <<http://www.defensoria.rs.def.br/lista/386/historico>>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

11 RIO GRANDE DO SUL. *Lei Complementar nº 9.230, de 06 de fevereiro de 1991*. 2018a. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?idNorma=478&tipo=pdf>>. Acesso em:

previstas na Constituição Federal ainda não haviam sido editadas, o que ocorreu apenas em janeiro de 1994. Assim, “o referido diploma legal, que originariamente criou a Defensoria Pública gaúcha, precisou ser alterado pela Lei Complementar Estadual nº 10.194/94”¹², de 30 de maio, objetivando a adequação às diretrizes gerais, sendo finalmente formalizada a instituição.

No inciso IV, do artigo 2º da Lei Complementar Estadual nº 9.230/91 estava prevista a competência da Defensoria Pública em prestar assistência judiciária aos apenados: “Art. 2º - Fica criada a Defensoria Pública do Estado, a qual compete, além de outras atribuições que lhe forem confiadas, especialmente: [...] IV - prestar assistência judiciária ao apenado”¹³. Redação que não se alterou com a Lei Complementar Estadual nº 10.194/94.

A Lei Complementar Estadual nº 10.194/94, traz em seu Anexo II, no qual se refere às atribuições dos Defensores Públicos, no item “b”, inciso II “atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar aos necessitados, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais”¹⁴.

Frente a tais observações é possível verificar que no âmbito da organização da Defensoria Pública do estado do Rio Grande do Sul, a atuação junto à execução penal é uma realidade desde a sua criação. Embora na Lei Complementar nº 80/94 houvesse a previsão de atuação nos estabelecimentos penais, a Lei Federal, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal (LEP), não fazia menção à Defensoria Pública.

A LEP traz em seu artigo 10 a assistência ao preso e ao internado como sendo dever do Estado e, por sua vez, no artigo 11 traz o rol de assistências que devem ser fornecidas. O inciso III elenca a assistência jurídica.¹⁵ Esta redação veio com a promulgação da lei e permanece até hoje, bem como permanecem inalterados os sujeitos beneficiários desta assistência: Artigo 15, “A assistência

14 de junho de 2018.

12 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *História da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. 2018a. Disponível em: <<http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/20551/historia-da-defensoria-publica-do-estado-do-rio-grande-do-sul>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

13 RIO GRANDE DO SUL. *Lei Complementar nº 9.230, de 06 de fevereiro de 1991*. 2018a. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?idNorma=478&tipo=pdf>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

14 Idem. *Lei Complementar nº 10.194, de 30 de maio de 1994*. 2018b. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20Complementar%20n%BA%2010194&idNorma=403&tipo=pdf>>. Acesso em: 14 de junho de 2018

15 BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. 2018e. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado”¹⁶.

Relevante é a perspectiva de quem seria o prestador. Quando da edição da LEP, em 1984, a previsão era de que a assistência jurídica seria responsabilidade dos estados (Art. 16).¹⁷ Não havia, entretanto, maiores detalhamentos de como se daria tal ação.

Em 7 de outubro de 2009 surge a Lei Complementar nº 132, que: “Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994”¹⁸. Sendo o artigo 4º (que elenca as funções institucionais da Defensoria Pública), VIII, da Lei Complementar nº 80/94 revogado, passando a matéria a ser disciplinada no inciso XVII do mesmo artigo, com a seguinte redação: “atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais”¹⁹. Bem como incluído o § 11:

Os estabelecimentos a que se refere o inciso XVII do caput reservarão instalações adequadas ao atendimento jurídico dos presos e internos por parte dos Defensores Públicos, bem como a esses fornecerão apoio administrativo, prestarão as informações solicitadas e assegurarão acesso à documentação dos presos e internos, aos quais é assegurado o direito de entrevista com os Defensores Públicos.²⁰

Outra alteração advinda com a Lei Complementar 132/09 é referente ao artigo 108, que está dentro do Título IV que trata das normas gerais para a organização da Defensoria Pública dos Estados, Capítulo I – Da Organização, Seção VI – Dos Defensores Públicos dos Estados, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 108. Aos membros da Defensoria Pública do Estado incumbe, sem prejuízo de outras atribuições estabelecidas pelas Constituições Federal e Estadual, pela Lei Orgânica e por demais diplomas legais, a orientação jurídica e a defesa dos seus assistidos, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Parágrafo único. São, ainda, atribuições dos Defensores Públicos Estaduais: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
[...]

16 Ibidem.

17 Idem. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Publicação Original*. 2018f. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

18 Idem. *Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009*. 2018d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm#art1>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

19 Idem. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. 2018c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

20 BRASIL. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. 2018c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

IV – atuar nos estabelecimentos prisionais, policiais, de internação e naqueles reservados a adolescentes, visando ao atendimento jurídico permanente dos presos provisórios, sentenciados, internados e adolescentes, competindo à administração estadual reservar instalações seguras e adequadas aos seus trabalhos, franquear acesso a todas as dependências do estabelecimento independentemente de prévio agendamento, fornecer apoio administrativo, prestar todas as informações solicitadas e assegurar o acesso à documentação dos assistidos, aos quais não poderá, sob fundamento algum, negar o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública do Estado. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).²¹

As alterações realizadas em 2009 estabeleceram de forma mais clara e concisa a atuação da Defensoria Pública no âmbito da execução criminal, apesar da legislação atribuir obrigações à instituição, a mesma não constava na LEP como órgão integrante da execução criminal.

Com o advento da Lei nº 12.313/ 2010 novos contornos foram dados a esta questão. Tal Lei “Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública”²², e é conhecida por agregar a Defensoria Pública ao rol dos órgãos pertencentes a execução criminal, acrescentando o inciso VIII ao artigo 61 da LEP.

Para além do reconhecimento formal da Defensoria Pública como órgão da execução criminal, que no caso do Rio Grande do Sul, desde a implementação da instituição vinha exercendo atividades no espaço da execução criminal, a alteração também trouxe um detalhamento das suas prerrogativas, dando nova redação ao artigo 16:

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em

21 Ibidem.

22 Idem. Lei nº 12.313, de 19 de agosto de 2010. 2018g. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12313.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).²³

Com a inserção da Defensoria Pública há a ampliação da assistência judiciária para além do estabelecimento penal, sendo os estados os responsáveis por proporcionar espaços apropriados para o desenvolvimento das atividades necessárias.

As atribuições da Defensoria Pública no âmbito da execução criminal foram listadas em capítulo próprio destinado ao órgão, qual seja, Capítulo IX, composto pelos artigos 81-A e 81-B, com seus VI incisos e parágrafo único, acrescidos pela Lei nº 12.313/2010, dentro do Título III que trata “Dos Órgãos da Execução Penal”²⁴.

A incorporação da Defensoria Pública como órgão da execução penal se deu tardiamente, apenas 16 anos após sua criação (no caso do RS). É importante frisar que embora pareça condição meramente formal, tal inserção no ordenamento legislativo reveste a instituição de legitimidade em sua atuação, equiparando sua importância aos demais atores da execução penal.

Dentro da execução penal, a Defensoria Pública exerce papel relevante, uma vez ser ela aquela que se empenhará pela “regular execução da pena”²⁵, ou seja, é o órgão estatal criado para prestar acesso à justiça aos presos com o objetivo de que as premissas do Estado Democrático de Direito não sejam violadas quando da execução da pena do condenado que se encontra sob custódia do Estado. De certa maneira trata-se de um órgão estatal, que tem no âmbito da execução penal, a função precípua de garantir que o próprio Estado não viole as regras por ele impostas.

O relatório anual da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul de 2015 apresenta que, em se tratando de execução criminal, 90% dos apenados são assistidos pela instituição.²⁶ Apenas no Presídio Regional de Pelotas, segundo dados de fevereiro de 2018 há 1058 presos²⁷ e uma Defensora Pública responsável pela Vara de Execuções Criminais. Logo, a formalização desta atuação se demonstra

23 BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. 2018e. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

24 *Ibidem*.

25 BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. 2018e. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

26 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório Anual 2015*. Porto Alegre: Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, 2015. p. 51.

27 SUSEPE, Superintendência dos Serviços Penitenciários. *Presídio Regional de Pelotas*. 2018. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=12&cod_conteudo=78>. Acesso em: 14 de julho de 2018.

relevante para a própria instituição, como garantia do reconhecimento de uma atuação legítima equiparando o órgão aos demais presentes no rol do artigo 61 da LEP.

Deve levar-se em consideração que a inserção formal da Defensoria Pública como órgão da execução penal é dual. De um lado traz amparo para legitimar uma atuação que já era realidade fática, por outro, traz obrigações. Obrigações de atuação concreta, formal, fazendo com que a instituição adentrasse de modo efetivo no âmbito da questão penitenciária.

Tal inserção se dá num ambiente que possui as suas controvérsias e peculiaridades. Para além da inserção nos espaços – aqui nomeados – burocráticos, referentes ao âmbito da jurisdição formal, há como elemento diferenciador a atuação no espaço intramuros das prisões (tema que buscamos observar).

Este espaço intramuros mantém uma série de contradições, não há consenso quanto à função, utilidade ou resultados do aprisionamento dos indivíduos. Nem clareza sobre as relações que se estabelecem entre presos e agentes penitenciários. O aumento da população carcerária a níveis alarmantes e a superlotação dos presídios são realidade do cotidiano dos Defensores Públicos atuantes na execução criminal.

Pesquisadores se debruçam sobre a análise destes ambientes em perspectivas distintas, porém em sua grande maioria no plano teórico e com a “visão de fora” deste ambiente. É neste espaço, em muito, desconhecido/estranho que a Defensoria Pública se insere e necessita desenvolver suas atividades.

Aqui nos propomos a olhar a prisão do “espaço de dentro”, buscar compreender as relações entre Defensoria Pública e atores da penitenciária a partir das observações realizadas *in locu*.

3 O INTRAMUROS: PARA ALÉM DAS PREVISÕES LEGAIS

Não desconhecendo da complexidade da questão penitenciária, que envolve diferentes configurações²⁸, podemos nos amparar em Luiz Antônio Bogo Chies, para quem:

O reconhecimento de que a compreensão da questão penitenciária não pode estar restrita às ilusórias fronteiras do que se costuma chamar de sistema prisional – ambientes de sequestro punitivo em si e rede de instituições e órgãos de caráter público que atuam na gestão e controle da execução penal do encarceramento – não é novidade no campo. Mesmo nos níveis que se podem considerar

28 ELIAS, Norbert. *Introdução à Sociologia*. Lisboa: Edições 70, 1999.

focados nas instituições formais, é significativa a percepção de que este sistema prisional (ou uma imagem dele) é elemento de uma configuração mais ampla – o Sistema Penal, ou de Justiça Criminal – da qual participam instâncias legislativas, policiais e judiciárias, e à qual se deve agregar toda uma complexidade referente aos setores político-estatais de governabilidade, sobretudo os especializados em áreas de justiça e segurança pública.²⁹

Neste sentido se utiliza da ideia de configuração prisional e elenca como envolvidos – exemplificativamente – os seguintes: Ministério Público, Judiciário, Ministério da Justiça, CNPCP, DEPEN, Outras instâncias Estatais (saúde, educação, por exemplo), Órgãos do Governo Estadual, Administração da prisão, Agentes Penitenciários, Equipes Técnicas, Presos, Comandos/Facções, Outros grupos internos, Grupos Religiosos, ONGs, Instituições de Ensino/Pesquisa/Universidades, Conselho da Comunidade, Familiares, Defensoria Pública, Advogados, Instituições Policiais.³⁰

No presente estudo objetivamos trabalhar especificamente com o recorte das configurações do intramuros, com a situação peculiar deste sistema no qual a Defensoria Pública se insere e quais as implicações para a atuação desta.

Com o fim de compreender nuances e particularidades da vida intramuros nos utilizaremos de Gresham Sykes e Augusto Thompson. Sykes através de sua obra “La sociedad de los cautivos”, um estudo de um cárcere de segurança máxima estadunidense, publicado originalmente em 1958, com recente tradução para o espanhol (2017) e Thompson, com o livro “A questão penitenciária”, que teve sua primeira edição publicada em 1976 (aqui utilizamos a 5ª edição, de 2002).

Tratam-se de dois significativos referenciais, através dos quais se busca demonstrar que embora o lapso temporal entre a escrita e o tempo presente as principais angústias ainda permanecem e, no caso de mudança, se inclinam para o agravamento.

Apesar de Sykes descrever uma penitenciária de segurança máxima estadunidense os problemas enfrentados são, em grande medida, aplicáveis à realidade brasileira. No que tange a Thompson, há críticas ao seu trabalho,

29 CHIES, Luiz Antônio Bogo. Questão Penitenciária: obstáculos epistemológicos e complexidade. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, v.35, n.126, 2014. p. 38-9. Disponível em: <<http://www.ipardes.pr.gov.br/ojs/index.php/revistaparanaense/article/view/697/892>>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

30 CHIES, Luiz Antônio Bogo. Questão Penitenciária: obstáculos epistemológicos e complexidade. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, v.35, n.126, 2014. p. 42. Disponível em: <<http://www.ipardes.pr.gov.br/ojs/index.php/revistaparanaense/article/view/697/892>>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

afirmando ser em grande medida baseado em Sykes sem a devida referência³¹, contudo entendo que sua obra se reveste de validade e relevância por sua trajetória profissional (advogado atuante nos intramuros do cárcere e diretor do sistema penal), além do seu local de fala, lançando seu olhar especificamente sobre as instituições brasileiras.

Sykes alerta que a pena de prisão produz conglomerados de indivíduos em espaços determinados durante longos períodos, o que gera inevitavelmente um sistema social.³² “Debemos ver la prisión como una sociedad dentro de otra”³³. Se evidencia a particularidade existente no intramuros. O que nos permite falar na existência de uma sociedade no intramuros é a presença de interações entre os indivíduos pertencentes a este espaço (presos entre si, ou ainda com funcionários), caso contrário seria um aglomerado de pessoas, como animais em jaula, cumprindo os funcionários o papel de tratadores.³⁴ Sendo, portanto indispensável à formação de configurações entre os indivíduos, “o conceito de configuração chama a atenção para a interdependência das pessoas”³⁵. Segundo Elias³⁶ as configurações são possíveis através da comunicação, utilização de símbolos comuns, a prova é a existência de pronomes. Somente podemos falar em “eu”, porque existe o “tu”, “ele”, “nós” e assim por diante.

Tanto Sykes como Thompson falam sobre as contradições das funções da prisão e neste cenário há por parte dos agentes penitenciários – no caso brasileiro – uma preocupação muito grande em relação à custódia dos presos, deixando para segundo plano, quando não ignorando por completo, as demais funções da prisão (que são contraditórias entre si).

Ao falar sobre tal situação, utilizando a LEP como referência, Thompson elucida:

[...] apesar da energia usada pelos preceitos legais, convergentes no sentido de destacar, especialmente, a reabilitação, dentre os escopos da pena carcerária, os fins de punição e intimidação permanecem intocados, inexistindo regra alguma a autorizar possam ser

31 Tal crítica foi realizada pelo professor Luiz Antônio Bogo Chies, durante as discussões subsequentes à apresentação dessa pesquisa no GT 2 (Segurança Cidadã, Justiça Criminal e Questão Penitenciária) do 2º Workshop Extremo Sul de Pesquisa Empírica em Direito.

32 SYKES, Gresham. *La sociedad de los cautivos: Estudio de una cárcel de máxima seguridad*. Traducción de Ramiro Gual; Sebastián Pacilio; Elena Odriozola. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2017. Originalmente publicado em 1958. p. 42.

33 *Ibidem*, p. 43.

34 *Ibidem*, p. 56.

35 ELIAS, Norbert. *Introdução à Sociologia*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 144.

36 *Ibidem*, passim.

desprezados, em maior ou menor extensão, se isso for necessário, em benefício da atividade reeducativa. Isto é, se houver atrito de caráter operacional entre os vários fins, o relaxamento daqueles em favor deste não conta com o amparo legal.³⁷

Neste sentido, a manutenção do apenado privado de sua liberdade, com o intuito de aplicação das chamadas teorias “re” (ressocialização, reeducação, readaptação) é ignorada e a manutenção da ordem dentro do presídio, evitando fugas e desordens, torna-se um fim em si próprio.³⁸

Embora aparentemente os guardas tenham um poder absoluto sobre os presos, tal fato não é verdadeiro, uma vez que estão condicionados a leis que regulam suas condutas. Mas, para além do aspecto normativo, “los custodios – a pesar de su supremacía teórica – están vinculados a sus cautivos en una relación de conflicto más que de obligado consentimiento [...]”³⁹. Para o exercício do poder sobre outrem é necessário que no último haja uma convicção interna para realizar o cumprimento da ordem. Tal fator de ordem moral é condição presente na ampla maioria das organizações sociais, mas no que tange aos apenados tal elemento não está presente.⁴⁰ A ausência deste fator traz um elemento complicador ao exercício do poder e tem relação com as configurações próprias deste ambiente: os guardas não “agem” livremente, eles “reagem” frente a ação dos presos.

Isto decorre do fato de os presos também possuírem uma parcela de poder. Encontramos em Elias apoio para confirmar tal assertiva pois, segundo ele, mesmo que de forma muito desigual, a relação de poder existe, pois é inerente as relações de interdependência dos indivíduos. “O poder não é amuleto que um indivíduo possua e outro não; é uma característica estrutural das relações humanas – de todas as relações humanas”⁴¹.

O poder dos presos pode ser percebido (no caso do PRP) numa linha ascendente, iniciando com os chaveiros – preso responsável pelas chaves das celas pertencentes a sua ala, num segundo momento a engrenagem evolui e há a

37 THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*, de acordo com a Constituição de 1988. 5ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. Originalmente publicado em 1976. p. 4.

38 SYKES, Gresham. *La sociedad de los cautivos: Estudio de una cárcel de máxima seguridad*. Traducción de Ramiro Gual; Sebastián Pacilio; Elena Odriozola. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2017. Originalmente publicado em 1958; THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*, de acordo com a Constituição de 1988. 5ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. Originalmente publicado em 1976.

39 SYKES, Gresham. *La sociedad de los cautivos: Estudio de una cárcel de máxima seguridad*. Traducción de Ramiro Gual y Sebastián Pacilio; Elena Odriozola. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2017. Originalmente publicado em 1958. p. 100.

40 Ibidem, p. 100-2.

41 ELIAS, Norbert. *Introdução à Sociologia*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 81.

elaboração das prefeituras (correspondente à liderança das alas) e por fim o seu auge mais preocupante, as façções, que ultrapassam as barreiras físicas do cárcere e atuam também para além dos muros.

Assim são estabelecidas configurações muito particulares, que visam garantir o funcionamento da prisão. Sem a adesão dos presos é impossível garantir “a ordem”, há inúmeras dificuldades, uma delas seria a desproporção entre guardas e presos. Já dizia Elias⁴² que com o aumento do número de jogadores, fica cada vez mais difícil um indivíduo, ou grupo de indivíduos se motivar de forma independente. Suas “ações” passam a ser em grande medida “reações”, isto porque não conseguem se mover apenas pela sua vontade, devem necessariamente levar em consideração as ações dos demais jogadores.

No caso da prisão o jogo é extremamente complexo, isto porque não envolve apenas dois grupos distintos e desproporcionais, de um lado presos em número muito elevado e de outro funcionários da prisão em número reduzido. Apenas este fator já seria o suficiente para gerar teias de jogos altamente complexos, mas se agrega a tal fator as rupturas existentes dentro desses dois polos – tidos como opostos.

Na sociedade dos detidos há rupturas visíveis através das diferentes nomações dos presos. Também é mister observar que o preso não se porta, em sua ampla maioria, como um ser solidário para com seus companheiros, pelo contrário, luta para obter vantagens, mesmo que para isso a coesão entre os detentos seja fulminada ou mitigada.⁴³

No âmbito dos funcionários penitenciários também existem contradições. Thompson⁴⁴ fala sobre o jogo de força entre guardas e funcionários classificados como terapeutas (psicólogos, assistentes sociais, etc). Dentre as várias funções do cárcere, os guardas assumiram (podemos dizer que unicamente) a função de manutenção da ordem, enquanto os terapeutas estão engajados com a regeneração do preso. Ambas as posições se chocam. Para que os terapeutas possam exercer seu trabalho de modo satisfatório é necessário que os guardas retirem das celas os presos e os levem até o local de atendimento. Segundo os guardas este fluxo de

42 ELIAS, Norbert. *Introdução à Sociologia*. Lisboa: Edições 70, 1999. passim.

43 THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*, de acordo com a Constituição de 1988. 5ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. Originalmente publicado em 1976. p. 66.

44 *Ibidem*, p. 53-6.

presos pelos corredores é prejudicial à manutenção da segurança e ordem interna, em contrapartida os terapeutas não estão preocupados com a segurança, apenas querem exercer a sua função profissional dentro do estabelecimento.

Esta ruptura no interior dos grupos é muito clara na fala de Chies:

Numa perspectiva aparentemente mais restrita, mas não menos complexa, um ambiente prisional (e suas conseqüentes dinâmicas) envolve um grande número de grupos que sequer são internamente homogêneos – encarcerados, agentes de segurança, técnicos, funcionários da administração. Esse ambiente ainda recebe o impacto de grupos externos, tais como familiares, instituições religiosas, educacionais, do terceiro setor e, inclusive, instituições criminais.⁴⁵

Esta ruptura de interesses tanto entre os presos, como funcionários gera uma imensidão de pequenos grupos, tornando ainda mais complexo o jogo de poderes no intramuros, pois havendo o aumento do número de jogadores não há predomínio de um sobre o outro e as “ações” são cada vez menos promovidas pela convicção própria, mas cada vez mais no sentido de ser a única atitude cabível frente às “ações” dos demais jogadores.⁴⁶

É neste ambiente amplamente complexo e contraditório que a Defensoria Pública veio a se inserir, de modo formal, na execução criminal, através da Lei nº 12.313/ 2010. É apenas em 2010 que a Defensoria Pública, como órgão estatal garantidor de acesso à justiça aos presos adentra neste emaranhado de configurações. Porém, o que se deve levar em consideração é o fato de que o sistema intramuros é demasiado antigo e suas estruturas de lideranças, benefícios, troca de favores há muito consolidadas.

Com o fim de exercer sua atividade legalmente estabelecida, a Defensoria Pública necessita se adaptar a esta “sociedade dentro de outra sociedade”. Esta adaptação pode ser observada quando do período de pesquisa de campo realizado junto com a Defensora Pública quando, em suas “visitas” ao PRP, foi possível adentrar os muros e verificar *in loco* a existência das configurações.

4 ATIVIDADES DA DEFENSORIA PÚBLICA NO INTERIOR DO PRP E AS CONFIGURAÇÕES ESTABELECIDAS

Nas quatro semanas do trabalho de campo foram acompanhadas todas as atividades da Defensora Pública no intramuros do PRP. Dentre estas: atendimento

45 CHIES, Luiz Antônio Bogo. A questão penitenciária. *Tempo Social*, São Paulo, v. 25, n. 1, 2013, p. 30. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/69031/71480>>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

46 ELIAS, Norbert. *Introdução à Sociologia*. Lisboa: Edições 70, 1999. passim.

aos presos, realização de audiências de oitiva no PAD com a Comissão Disciplinar, bem como audiências de justificação do PAD (com Juiz e Promotor) também realizadas no interior do estabelecimento prisional.

A Defensora Pública lotada na execução criminal da Comarca de Pelotas atende uma população carcerária que circunda 1.000 pessoas. Além da Vara de Execução Criminal é também competência da Defensora o JECrim – Juizado Especial Criminal e as colidências da 4ª Vara Criminal. Ademais, pelo número de Defensores lotados na Comarca e o rodizio do período de férias, dificilmente haverá momento no qual não se atue como substituto em outra Vara.

No período do acompanhamento foram realizadas 19 audiências de oitiva nos PADs (Processo Administrativo Disciplinar) com a Comissão Disciplinar, as quais são realizadas em sala muito pequena, localizada próxima à entrada do prédio. Puderam ser realizadas audiências em duas ocasiões, uma tentativa restou infrutífera sob a alegação de que o ambiente não era seguro para nossa entrada, pois havia um princípio de rebelião.

Para que as audiências se realizem é necessário que um agente penitenciário proceda a “busca” do preso, ou seja, um agente precisa se dispor a sair do seu posto e proceder a condução do preso (cela – sala de audiência – cela). Esta necessidade torna demasiadamente complexa e demorada a realização das audiências, é necessário encontrar um agente penitenciário “disposto” a realizar a condução do preso. Há ocasiões em que se fica por um longo período esperando que “tragam” o preso, o que atrasa o andamento das audiências, inclusive tornando necessário deixar de realizar algumas devido ao horário.

As audiências de justificação nos PADs são realizadas com a presença do Juiz, Defensora e Promotor (pode ocorrer deste estar ausente). Essas ocorrem na sala dos Agentes da Segurança da SUSEPE. Foram realizadas 28 no período. Nestas se enfrenta o mesmo dilema, ou seja, a demora da chegada do preso até a sala de audiência.

Em linhas gerais o “transporte” do preso costuma se realizar de modo mais eficiente quando das audiências com o Juiz. O comportamento sugere que atender a solicitação do Juiz tem maior relevância do que atender o colega ou Defensora Pública, uma vez que esta realiza idas periódicas ao presídio, não impondo seu status de Defensora Pública, porém mantendo um tratamento em grau de igualdade. Com isso não pretendo sugerir que o Juiz age de modo a se sobrepor sobre os

demais atores do sistema penitenciário, apenas busco salientar que mesmo que de modo inconsciente parece haver um maior grau de consideração pelo Juiz do que pela Defensora, ou que a maior convivência cause este sentimento de proximidade e, portanto possa se retardar o atendimento da solicitação.

É importante frisar que não se trata de um favor realizado pelo agente penitenciário ao Juiz, colega da Comissão Disciplinar ou Defensora. No entanto, parece manter muito mais um aspecto de contribuição pessoal do que atribuição essencial da função. Podemos dizer que tal percepção se deve as configurações peculiares estabelecidas neste ambiente para possibilitar a realização das atividades.

Os atendimentos realizados aos presos representam a maior particularidade do sistema, foram realizados cerca de 70 atendimentos no período da pesquisa.⁴⁷ Estes atendimentos possuem diferentes motivos:

- o PEC (Processo de Execução Criminal) do preso pode estar em carga com a Defensoria Pública e para apresentar resposta pode ser necessário ouvir o preso, muito ocorre no caso de fuga ou descumprimento de condições de livramento condicional, a Defensora busca colher a justificativa do preso para apresentar no processo;
- solicitação de alguma providência por parte da família e assim para confirmar a situação se realiza uma conversa com o preso para tomar nota da pretensão;
- pedido de atendimento que pode ser feito pelo próprio preso, através da lista que o “jurídico” da ala entrega a Defensora;
- a pedido de algum agente penitenciário, em determinado momento isto ocorreu, pois uma detenta estava doente e a agente penitenciária pediu que a Defensora realizasse um atendimento para ela a fim de solicitar atendimento médico;
- ou ainda, a partir de pedidos/“gritos” dos presos, quando percebem a presença da Defensora dentro do estabelecimento prisional.

47 A informação numérica é uma estimativa, levando em consideração as anotações realizadas no caderno de campo. Tendo em vista que o objetivo da pesquisa não é quantificar os dados, mas realizar uma análise qualitativa, os números não são as principais fontes de informação, em determinados momentos se realizou conversas informais com agentes penitenciários objetivando obter informações sobre o funcionamento do sistema intramuros o que impossibilitou um acompanhamento fiel do número de atendidos.

Muitas vezes não foi possível concluir o atendimento da lista prévia da Defensora porque inúmeros presos solicitaram atendimento quando a avistaram. Em atendimento a “cela do seguro”⁴⁸ foram realizados 6 atendimentos extras, ou seja, não previstos.

O que mais chama a atenção em relação aos atendimentos diz respeito as suas condições, eles não são realizados em sala própria, mas sim nas “bocas das galerias”. Quando questionada por que do atendimento nestes locais, a Defensora relatou que a demora para a chegada dos presos até a sala dificultava em muito seu trabalho, em uma tarde conseguia realizar 6 atendimentos o que comparado a uma tarde atendendo nas “bocas”, 34 apenados em uma ocasião, demonstra como um ator pode influenciar as configurações, neste caso o agente penitenciário.

Frente à “ação” do agente penitenciário em demorar na apresentação do preso, seja devido a falta de vontade ou a necessidade de revistas na saída e volta das celas, a única “reação” da Defensora que pode contribuir para a realização de seu trabalho é realizar o atendimento nas “bocas da galeria”, de pé do lado de fora da grade, sendo observada por inúmeros presos que ficam caminhando no corredor da galeria.

Porém, o mais intrigante é a relação que a Defensora Pública necessita estabelecer com o “jurídico”⁴⁹ de cada ala. Quando do chamamento do preso, não é o agente penitenciário que o realiza, mas sim o “jurídico”. O agente se furta a chamar o “jurídico” para que este converse com a Defensora e realize o chamamento dos presos.

O que foi possível verificar é que quanto mais organizado este for, mais fácil se torna o trabalho da Defensora Pública. Contudo, a Defensora não tem a opção de escolha em tratar ou não com o “jurídico”, ele é uma realidade constituída do sistema, onde a Defensora para ter acesso aos seus assistidos necessita se submeter a tal “poder informal” da penitenciária, pois caso contrário encontrará barreiras para desempenhar seu trabalho.

É possível verificar que há, para além de toda carga de trabalho e tensão que inerente ao ambiente prisional, as configurações existentes no intramuros, que requerem por parte da Defensora Pública uma adaptação para que seja possível a realização de suas atividades.

48 Local onde ficam abrigados os detentos condenados por crimes sexuais.

49 Jurídico é o nome comumente dado ao preso que realiza o intercambio entre os presos e demais pessoas, não foge a regra a Defensora Pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as informações apresentadas, primeiro de modo amplo, falando sobre as configurações peculiares das prisões de modo genérico e posteriormente especificamente do PRP no que afeta diretamente o trabalho da Defensoria Pública é necessário concordar com Sykes e reconhecer se tratar a prisão de uma “sociedade dentro de outra sociedade”, ou seja, uma sociedade paralela.

Esta sociedade paralela mantém o seu próprio padrão de relacionamento, sendo necessário que aqueles que por algum motivo necessitam adentrar no intramuros sejam obrigados a se adaptar a esta forma de vivência. Embora não seja a realidade permanente daqueles que transitam entre o intra e extramuros, quando atravessam os muros da prisão precisam se submeter a uma configuração específica, caso contrário não serão reconhecidos como participantes daquela sociedade, não sendo aceitos por seus integrantes.

Neste sentido a Defensoria Pública busca estabelecer estratégias que auxiliem o desenvolvimento de suas atribuições institucionais, para tanto em alguns aspectos é necessário aceitar as teias de configurações, como Elias elenca, previamente existentes, e visar estabelecer relações que permitam a sua aceitação como membro integrante do sistema social ali vigente. Procura estabelecer interdependências que não comprometam sua essência de órgão estatal garantidor de acesso à justiça, mas a auxilie a cumprir suas metas.

Quando realiza os atendimentos dos apenados nas próprias galerias, busca driblar o obstáculo da demora em trazer os presos até a sala de atendimentos, a Defensoria faz, portanto uma “escolha”: deixa de prestar atendimento em particular ao detento, para ser possível atender um maior número, o que de outro modo seria impossível. Não se trata especificamente de uma “opção”, mas sim de uma “reação” possível frente às configurações existentes. Já o “bom relacionamento” da Defensoria com o “jurídico” é o meio capaz de possibilitar a realização de atendimento com seus assistidos.

Podemos afirmar que o simples fato de a Defensoria Pública atravessar um muro faz com que seja necessário se adaptar às configurações desta sociedade peculiar existente no intramuros.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2018a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 de junho.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Publicação Original**. 2018b. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. 2018c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009**. 2018d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm#art1>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. 2018e. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Publicação Original**. 2018f. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.313, de 19 de agosto de 2010**. 2018g. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12313.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. A questão penitenciária. **Tempo Social**, São Paulo, v. 25, n. 1, pp. 15-36, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/69031/71480>>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Questão Penitenciária: obstáculos epistemológicos e complexidade. **Revista Paranaense de Desenvolvimento**, Curitiba, v.35, n.126, pp. 29-47, 2014. Disponível em: <<http://www.ipardes.pr.gov.br/ojs/index.php/revistaparanaense/article/view/697/892>>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Relatório Anual 2015**. Porto Alegre: Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **História da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**. 2018a. Disponível em: <<http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/20551/historia-da-defensoria-publica-do-estado-do-rio-grande-do-sul>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Histórico: O Nascimento da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.** 2018b. Disponível em: <<http://www.defensoria.rs.def.br/lista/386/historico>>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

ELIAS, Norbert. **Introdução à Sociologia.** Lisboa: Edições 70, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Complementar nº 9.230, de 06 de fevereiro de 1991.** 2018a. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?idNorma=478&tipo=pdf>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Complementar nº 10.194, de 30 de maio de 1994.** 2018b. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20Complementar%20n%BA%2010194&idNorma=403&tipo=pdf>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

SUSEPE, Superintendência dos Serviços Penitenciários. **Presídio Regional de Pelotas.** 2018. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=12&cod_conteudo=78>. Acesso em: 14 de julho de 2018.

SYKES, Gresham. **La sociedad de los cautivos: Estudio de una cárcel de máxima seguridad.** Traducción de Ramiro Gual; Sebastián Pacilio; Elena Odriozola. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2017. Originalmente publicado em 1958.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária.** De acordo com a Constituição de 1988. 5ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. Originalmente publicado em 1976.

O DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SEU CONCEITO, DIMENSÕES E FORMAS DE REPARAÇÃO

Karine Montanari Migliavacca¹
Luana Rodrigues Chagas²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar o dano ao meio ambiente na dimensão extrapatrimonial, com a análise da responsabilidade ambiental e do conceito de dano ao meio ambiente, tendo por referência o tratamento dispensado na doutrina nacional, com a abordagem dos critérios de arbitramento aplicados quando do reconhecimento do dano ambiental. A esfera extrapatrimonial em relação ao dano ambiental decorre da constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, classificando o meio ambiente e a sadia qualidade de vida como bem de todos, num viés de direito difuso e coletivo. Na sequência, são abordadas as medidas e formas de reparação do dano ambiental, com destaque para a fixação de indenização material em relação ao dano extrapatrimonial.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Ambiental. Responsabilidade Civil. Direito ao Meio Ambiente.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Do Dano Ambiental e sua esponsabilização. 2.1 Conceito e classificação. 2.3 Formas de reparação do dano ambiental. 3 Do Dano Ambiental Extrapatrimonial. 4 Tutela do Meio Ambiente: medidas e formas de reparação. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A abordagem dos temas relacionados com a proteção ambiental e seus desdobramentos, cada dia mais atuais no cenário nacional e internacional, remetem ao predomínio do antropocentrismo como importante elemento presente e valorizado

1 Mestre em Qualidade Ambiental pela Universidade FEEVALE, Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela UFRGS, Graduada em Ciências Jurídicas pela PUC-RS, Professora no Centro Universitário Ritter dos Reis – Uniritter Laureate International Universities, Advogada e Mediadora.

2 Graduada em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – Uniritter Laureate International Universities.

no desenvolvimento das diversas sociedades. Nesse sentido, importante considerar que a ruptura do equilíbrio ecossistêmico ocorreu em razão do esgotamento e degradação dos recursos naturais para o proveito do ser humano e seu modelo de sociedade, razão pela qual o sistema legal moderno que atua na responsabilização da pessoa física e ou jurídica ante as práticas de danos ambientais surge com relevância nos sistemas jurídicos, tanto do Brasil como de muito outros países, tendo em vista que desde o século XX muito se debate sobre a necessidade de mecanismos de controle quanto à degradação ambiental.

No Brasil, o Artigo 225 da Constituição Federal preconiza a proteção ambiental ao estabelecer o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tratando o meio ambiente num conceito sistêmico e ampliado consagrando-o como bem de todos os cidadãos, além de essencial a sadia qualidade de vida. Ademais, a norma constitucional abarcou as disposições anteriormente estabelecidas na Lei Federal nº 6.938/81, conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, com destaque para o princípio da responsabilidade pelo dano ao meio ambiente, autorizando o Poder Público o direcionamento de medidas administrativas e judiciais em face de pessoas e ou empresas quando da ocorrência do dano ambiental.

A extensão danosa de determinados eventos exige uma articulação entre locais diversos para frear os impactos lesivos ao meio ambiente, haja vista que a lesão ou a poluição não observam limites fronteiriços. Para fins exemplificativos, inviável esquecer as consequências advindas de desastres ambientais como o acidente nuclear de Chernobyl na Ucrânia (1986) e o rompimento da barragem de Fundão em Mariana/MG no Brasil (2015).

Nesse sentido, a relevância do tema advém da realidade hoje sentida em virtude do uso irracional de recursos naturais no fomento da indústria e de inovações tecnológicas que culminaram com a depreciação da qualidade ambiental. A complexidade, por sua vez, decorre da necessidade de revisitar institutos jurídicos consolidados para que também se destinem ao papel de efetivamente proteger o meio ambiente.

2 DO DANO AMBIENTAL E SUA RESPONSABILIZAÇÃO

2.1. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A conceituação do dano ambiental vem sendo desenvolvido na doutrina a partir da definição do meio ambiente propriamente dito. Assim, embora a aparente simplicidade na caracterização do dano ambiental, Bessa Antunes destaca a complexidade da avaliação do dano ao meio ambiente quando analisada com afinco. No entendimento do autor:³

O dano é o prejuízo injusto causado a terceiro, gerando obrigação de ressarcimento. A ação ou omissão de um terceiro é essencial. Desnecessário dizer que, no conceito, somente se incluem as alterações negativas, pois não há dano se as condições foram alteradas para melhor, sem prejuízo. É a variação moral ou material, negativa que deverá ser, na medida do possível, mensurada de forma que se possa efetivar o ressarcimento. Posta nestes termos, a questão parece simples. Contudo, é nessa aparente simplicidade que se encontram as mais significativas dificuldades do Direito Ambiental.

Quanto ao conceito de meio ambiente, Édís Milaré aduz que não há um acordo entre os especialistas sobre tal. Tecnicamente, o termo designa o conjunto de seres bióticos e abióticos, suas relações e interações. O conceito jurídico, contudo, distingue o meio ambiente em duas categorias maiores: a *visão estrita*, como sendo a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos, excluindo-se o que não guarda pertinência com os recursos naturais e; a *concepção ampla*, que contempla toda a natureza original e artificial, como também os bens culturais correlatos⁴.

Por sua vez, o conceito legal de meio ambiente previsto no ordenamento pátrio adveio da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981)⁵, que o define como “ o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas

3 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19. ed.rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 552.

4 MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 113.

5 BRASIL. Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

formas”. Paulo Affonso de Leme Machado argumenta que “a definição federal é ampla, pois vai atingir tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e rege”⁶.

Ademais, no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal⁷, vê-se a definição segundo a qual é assegurado a todos o direito ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, cuja defesa compete tanto à coletividade quanto ao Poder Público. Ressalta-se quanto ao comando constitucional que o Supremo Tribunal Federal reconheceu pioneiramente o *status* de direito fundamental à proteção ao meio ambiente, em sentido formal e material, baseado no princípio da solidariedade, no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.164/SP, Relatoria Min. Celso de Mello, juntado em 30/10/1995⁸.

Retomando-se o conceito legal, há autores que entendem o dano ambiental como “a ação ou omissão que prejudique as diversas condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permita, abrigue e reja a vida, em quaisquer de suas formas.”⁹ De acordo com Leite e Ayala, assim é definido o conceito segundo a legislação brasileira:

O dano ambiental pode ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma

6 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 53.

7 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

8 “A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO – PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. 1. O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao individualismo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. 2. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis pela troca de uma essencial inexauribilidade. Considerações doutrinárias.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164/SP. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 out. 1995.

9 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 553

acepção totalizante, e indiretamente a terceiros, tendo em vista os interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem.¹⁰

Na compreensão dos autores, o dano ambiental pode abarcar tanto as alterações nocivas ao meio ambiente, quanto os efeitos que tais alterações provocam na saúde das pessoas e em seus interesses.¹¹ Trata-se, portanto, de um conceito cuja definição depende da análise de suas dimensões.

Com efeito, em relação às dimensões do dano ambiental, inicia-se com a abordagem relativa à amplitude do bem protegido.

Essa dimensão divide-se, segundo Leite e Ayala, em dano ecológico puro, dano ambiental *lato sensu* e dano ambiental individual. O primeiro, designa o evento danoso que atinge intensamente os bens da própria natureza, em sentido restrito. O segundo, diz com os interesses difusos e coletivos da sociedade e, desse modo, abrangeria a proteção ao patrimônio cultural, contemplando o meio ambiente em todos os seus componentes. Por fim, o terceiro guarda pertinência com os interesses próprios do lesado, relativos ao microbem individual.¹²

Annelise Steigleder adentra nessa classificação, aduzindo que os danos ambientais *lato sensu* estariam sobrepostos aos ecológicos puros e aos individuais, tendo em vista que nas duas hipóteses o interesse difuso adjacente, relativo à manutenção da qualidade ambiental, estaria sendo lesado.¹³

Com efeito, merece destaque a classificação com relação ao interesse objetivado. Nesta seção, serão analisados os danos ambientais individuais e coletivos.

10 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 107.

11 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 98.

12 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99.

13 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental:** as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.104.

Délton Winter de Carvalho, assim classifica dos danos ambientais coletivos:¹⁴

E, ainda, os *danos ecológicos*, os quais dizem respeito aos sinistros causados ao meio ambiente lato sensu, repercutindo em interesses difusos, pois lesam indiretamente uma coletividade indeterminada ou indeterminável de titulares. Os direitos decorrentes dessas agressões caracterizam-se pela inexistência de uma relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade (ao contrário dos danos ambientais pessoais) do bem jurídico, diante do aspecto objetivo.¹⁵

O autor destaca que a classificação em tela se centra na lesão à coletividade propriamente dita, de modo que não será possível sequer identificar em um indivíduo específico a figura do lesado.

No que tange ao dano em sua esfera individual, tem-se que o interesse protegido diretamente é a lesão ao patrimônio e demais valores dos indivíduos e, de modo indireto, o meio ambiente da coletividade.¹⁶ Nesse sentido, justifica-se essa espécie de dano em razão de que a lesão patrimonial ou extrapatrimonial ao bem de determinada pessoa, ou a doença que desenvolve, pode ser originada da lesão ambiental.¹⁷

14 CARVALHO, Délton Winter de. A proteção jurisdicional do meio ambiente - uma relação jurídica comunitária. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 24/2001. p. 188 – 208. out./dez. 2001. Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9a0000015ed4553000fcc2ac5e&docguid=I3196a300f25211dfab6f01000000000000&hitguid=I3196a300f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 set. 2017.

15 CARVALHO, Délton Winter de. A proteção jurisdicional do meio ambiente - uma relação jurídica comunitária. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 24/2001. p. 188 – 208. out./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9a0000015ed4553000fcc2ac5e&docguid=I3196a300f25211dfab6f0100000000000000&hitguid=I3196a300f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 set. 2017.

16 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 154.

17 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 156.

A doutrina concebe que se trata de um ato lesivo ao meio ambiente que, de maneira reflexa, atinge o indivíduo. Tal conceito encontra respaldo no art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81.

Assim, a vítima de um dano reflexo, lesão ao ambiente que repercute na esfera do indivíduo, buscará a sua reparação, através de uma ação indenizatória individualizada, nos termos das normas que regem o direito de vizinhança. Trata-se de um ramo que vem sofrendo alterações, não sendo possível falar apenas em recuperar áreas próximas a uma indústria poluidora, mas sim em contemplar áreas distantes que fossem afetadas pelos mesmos poluentes, em atenção ao princípio da função social da propriedade.¹⁸

Édis Milaré assevera, ainda, que os danos ambientais podem ser coletivos *stricto sensu* ou difusos. Estes, consistem em interesses transindividuais, de natureza indisponível, cujos titulares sejam pessoas ligadas a um fato; aqueles, também transindividuais, de natureza indisponível, mas cujos titulares sejam pertencentes a um grupo, lastreado por uma relação jurídica de base.¹⁹

Por seu turno, tem-se a dimensão com relação à sua extensão, subdividindo o dano ambiental em patrimonial e extrapatrimonial. Nesse sentido, Milaré afirma:

O dano ambiental patrimonial é aquele que repercute sobre o próprio bem ambiental, isto é, o meio ecologicamente equilibrado, relacionando-se à sua possível restituição ao *status quo ante*, compensação ou indenização. A diminuição da qualidade de vida da população, o desequilíbrio ecológico, o comprometimento de um determinado espaço protegido, os incômodos físicos ou lesões à saúde e tantos outros constituem lesões ao patrimônio ambiental.²⁰

Em sua dimensão material, Annelise Steigleder assinala que em se tratando de danos que resultem em prejuízo à saúde, bem-estar e ao patrimônio do indivíduo não há dificuldade no atendimento dos requisitos impostos à sua reparabilidade, quais sejam, a certeza do dano e que o mesmo atingiu uma vítima concreta. Contudo, em relação aos danos ambientais autônomos, há dificuldade em sua certeza e caráter pessoal do lesado. Descreve-os como danos que ultrapassam as

18 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 325.

19 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 324

20 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 326.

relações jurídicas de direito privado, porquanto a vítima é difusa e, como exemplos, cita a contaminação das águas por óleo, o desmatamento e a contaminação de lençol freático, dentre outros.²¹

Por conseguinte, vê-se que o bem jurídico tutelado demanda de uma abordagem interdisciplinar para sua reparação, uma vez que as suas dimensões se justificam, por vezes, nas consequências advindas de um único evento danoso. Para uma sintética compreensão das dimensões abordadas, assim liça Édis Milaré:

[...] isso significa que o dano ambiental, embora sempre recaia diretamente sobre o ambiente e os recursos e elementos que o compõem, em prejuízo da coletividade, pode, em certos casos, refletir-se, material ou moralmente, sobre o patrimônio, os interesses ou a saúde de uma determinada pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis.

[...]

Destarte, pela conformação que o direito dá ao dano ambiental, podemos distinguir: i) o dano ambiental *coletivo* ou dano ambiental propriamente dito, causado ao meio ambiente globalmente considerado, em sua concepção difusa, como patrimônio coletivo; e ii) o dano ambiental individual, que atinge pessoas, individualmente consideradas, através de sua integridade moral e/ou de seu patrimônio material particular.²²

Por fim, Antunes assinala com precisão que os questionamentos acerca do dano ambiental estão longe de ter uma resposta consensual ou simples. Afirma, ainda, que a adoção de um valor a título de reparação a uma espécie destruída fomenta o macabro sistema através do qual os detentores de recursos financeiros poderão pagar uma soma para compensar a área danificada.²³

2.2 FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

De acordo com Machado, “os danos causados ao meio ambiente encontram grande dificuldade de serem reparados. É a saúde do homem e a sobrevivência das

21 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 108.

22 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 323.

23 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 557.

espécies da fauna e da flora que indicam a necessidade de prevenir e evitar o dano”.²⁴

A reparação em pecúnia é uma das formas de ressarcimento mais adotadas em decisões judiciais. No entanto, é assente na doutrina que a indenização pecuniária não corresponde ao melhor meio para se restabelecer o equilíbrio ecológico da região lesada.

Não há como se traduzir em dinheiro a qualidade ambiental, porquanto se trata de um bem que não tem valor monetário correspondente no mercado, bem como não há certeza quanto ao valor ideal equivalente ao exato ressarcimento do dano. Ademais, a indenização pecuniária nunca atenderá à finalidade de efetivamente repor o *status quo* do bem jurídico antes da lesão.²⁵

Nesse sentido, convém destacar a célebre lição de Mirra:

A degradação do meio ambiental, na sua dimensão imaterial e dos diversos elementos corpóreos e incorpóreos que o integram, seja no meio natural, seja no meio cultural, seja no meio artificial, não permite em absoluto o retorno ao estado inicial e é invariavelmente definitiva. A natureza, ao ter a sua composição física e biológica modificada por agressões que ela não consegue absorver ou tolerar não pode jamais ser verdadeiramente restabelecida do ponto de vista ecológico.²⁶

Como bem destaca o autor, o bem atingido não se recuperará do ponto de vista ecológico, pois os elementos intrínsecos à sua composição, seja ela orgânica ou não, terão seu valor diminuído perante a forma como eram antes da influência do ato lesivo.

Nesse ínterim, destacam-se três formas de reparação do dano patrimonial no direito brasileiro: a reparação natural, a compensação ecológica e a indenização pecuniária.

Segundo Leite e Ayala, a reparação natural é melhor da categoria, porque visa a recuperação ou recomposição do bem ambiental, paralelamente à cessação das atividades nocivas. A finalidade de cessar a atividade lesiva, para o autor, refere-

24 MACHADO, Paulo Afonso de Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 407.

25 TESSLER, Luciane Gonçalves; LEITE, José Rubens Morato. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente**: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 349.

26 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 286.

se a uma imposição por meio da qual postula-se executar uma prestação positiva. Desse modo, o objetivo primeiro da reparação natural é o ressarcimento ao meio ambiente coletivo.²⁷

Essa prestação positiva, no ensinamento de Mirra, se destina ao papel de cessar o prejuízo ambiental. Dessa forma, o cumprimento de uma obrigação de fazer imposta ao poluidor se consubstancia no conteúdo exato da reparação natural.²⁸

A dificuldade no cumprimento de tais obrigações reside no fato de que a reprodução de uma situação que seja materialmente idêntica àquela anterior ao dano é praticamente impossível e, em determinados casos, pode ser desaconselhada, em razão da multiplicidade, dinamismo e complexidade dos elementos presentes no ecossistema. Ademais, a inexistência de inventários e de estudos científicos realizados antes da degradação corrobora com essa impossibilidade.²⁹

A compensação ecológica, no entendimento de Leite, deve ser cogitada quando a reparação natural não for possível. Secundariamente, almeja-se a substituição do bem jurídico lesado por outro funcionalmente equivalente ou a aplicação da sanção monetária.³⁰

Conforme Mirra, “a ideia de compensação implica, pois, numa certa equivalência, dentro do possível, entre o que se perde com a degradação do ambiente e o que se obtém a título de reposição da qualidade ambiental”.³¹ Denota-se da ideia dos autores que tal forma de reparação representa uma forma subsidiária de restituir a qualidade de determinada área ainda que não seja a degradada.

27 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 215.

28 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 305

29 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 219.

30 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 217

31 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 p. 288.

Por fim, tem-se o mecanismo da indenização pecuniária, que emana controvérsias na doutrina, como já explanado. Antunes critica esse mecanismo, por conceber que pode resultar em um macabro sistema pelo qual os detentores de capital podem pagar uma soma para compensar a área danificada. Contudo, admite que o aspecto positivo desse meio de reparação é o de fixar critérios objetivos ao poluidor, com vistas a monetarizar as perdas ambientais.³²

Steigleder afirma que o juiz valora o dano ambiental irreversível como se estivesse aplicando uma multa ou como faz em relação ao dano extrapatrimonial. No entanto, imperioso sopesar que quaisquer das metodologias escolhidas não serão capazes de efetivamente reparar o ambiente lesado, mas sim refletir na identificação do custo hipotético para reparação do bem lesado. Como já dito, o estado anterior do bem lesado dificilmente era conhecido e, ainda que fosse, não há ferramentas para fornecer um valor exato ao ecossistema, porquanto ausente mercado para essas propriedades e processos.³³

Leite e Ayala discorrem a respeito de diversas metodologias para a valoração do dano, dentre as quais tem-se o cálculo que mais se aproxima do valor econômico do meio ambiente. Para descrevê-lo, o autor lança mão do seguinte ensinamento: o valor econômico total do bem jurídico é o somatório do valor de uso, valor de opção e valor de existência.³⁴

A fins elucidativos, Mirra elucida com precisão a problemática acerca da atribuição de valor em espécie da degradação ambiental:³⁵

Outra solução concreta que se partiu para uma solução pouco ortodoxa na quantificação do montante da reparação pecuniária do dano ambiental foi o da poluição atmosférica provocada pela emissão de substâncias poluentes na realização de queimadas para a colheita da cana-de-açúcar. Com amparo em estudo elaborado por professor do Departamento de Hidráulica e Saneamento da Escola de Engenharia de São Carlos-SP, procurou-se aferir monetariamente a perda de energia decorrente da queima da palha da

32 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 557.

33 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017. p. 241.

34 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 226.

35 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 328 e 329.

cana-de-açúcar, buscando-se o seu equivalente em litros de álcool produzidos pela cana, para chegar-se à soma em dinheiro a ser paga pela empresa poluidora. A reparação pecuniária, então, foi estabelecida como base no número de hectares queimados na propriedade da demandada, multiplicado pelo preço comercial de 2.048 litros de álcool, apurado como o equivalente em álcool à perda de energia pela queima de um hectare de cana-de-açúcar.

Do excerto supra, é possível vislumbrar a complexidade do processo eleito para a valoração do dano, quer pela exigência de conhecimentos técnicos, quer pela necessidade de aparato tecnológico. No entender dos autores, deduz-se que não há um único trajeto para se chegar ao valor a título de reparação, mas sim um somatório de fatores que, de acordo com o caso concreto, moldam o raciocínio da autoridade competente para fixar a sanção pecuniária.

Importa destacar também, a necessidade de prova pericial ambiental, uma vez que tão somente os conhecimentos jurídicos não são capazes de adentrar no cerne da questão ecológica. A isso, retoma-se o estudo inicial deste trabalho, segundo o qual a área ambiental é interdisciplinar, uma vez que além de atrair conceitos dos mais variados ramos da ciência jurídica clama pelos estudos das ciências biológicas e engenharias.

3 DO DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL

Cumpra-se aclarar que o presente trabalho aborda o dano ambiental denominado extrapatrimonial e não moral. Consoante Leite e Ayala, a designação extrapatrimonial é menos restritiva, porque não vincula a possibilidade do dano à palavra moral, que pode ter vários significados, tornando-se falha por imprecisão ou abrangência semântica.³⁶

O intuito não é outro senão o de garantir a sadia qualidade do meio ambiente, considerado indispensável para o desenvolvimento da espécie humana de modo digno. Assim, surge novamente a relevância do êxito na reparação por danos provocados ao ambiente.

Com efeito, considerando a impossibilidade do ressarcimento patrimonial em determinados casos, a reparação ao dano extrapatrimonial se prestará como

36 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 266

alternativa válida da certeza da sanção civil do agente em razão da lesão ao patrimônio ambiental coletivo.³⁷ Não seria justo deixar de reparar lesão à honra de determinado grupo, se tal indenização haveria caso a honra de cada um dos indivíduos desse grupo fosse atingida isoladamente.³⁸

Em contrapartida, não se objetiva dissociar o caráter social do caráter individual, porque este sente os reflexos da lesão perpetrada em face da coletividade. Ocorre que a lesão ambiental, em sua concepção difusa, atinge concomitantemente a pessoa na sua esfera individual correlata à cota-parte de cada um e, de modo mais amplo, de toda a coletividade.³⁹

Por conseguinte, uma vez ilustrado o panorama conceitual acerca dos danos ambientais, impõe-se averiguar os elementos intrínsecos comumente observados nas decisões judiciais. Com destaque, apenas, no que tange à reparação extrapatrimonial.

Com efeito, o objeto primeiro do instituto da responsabilidade civil consiste no dever de reparar o dano. Assim, denegar tamanha obrigação à coletividade representaria um quadro de impunidade civil, impossibilitando o direito da humanidade à sadia qualidade do ambiente.

Steigleder preceitua que o reconhecimento da reparação ao dano moral foi consagrado na Constituição Federal (art. 5º, V e VI), bem como que Supremo Tribunal Federal [sic] firmou entendimento pela admissibilidade da cumulação dos danos patrimoniais e morais (Súmula nº 37), consolidando o princípio da reparação integral. Assim, a doutrina brasileira vem reconhecendo uma dimensão extrapatrimonial do dano ambiental, em virtude dos bens imateriais do meio ambiente (bem-estar, qualidade de vida, sossego, afetividade) e do dever de reparar integralmente o dano.⁴⁰

37 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 291.

38 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 267

39 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 289

40 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental:** as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 140

A autora pondera que a proteção constitucional do meio ambiente para garantir a sadia qualidade de vida é de natureza imaterial, de modo que só será ressarcido se reconhecida sua dimensão extrapatrimonial.⁴¹ Os valores extrapatrimoniais da sociedade, se afetados, devem ser reparados, valendo-se que “se o indivíduo pode ser ressarcido por lesão a um dano moral, não há óbice para que a coletividade não venha a ser reparada, considerando que, do contrário, estaria se evidenciando um dano sem obrigação de compensação”.⁴²

A despeito do posicionamento supra, convém retomar que o cabimento do dano moral coletivo não era reconhecido por renomados juristas, porquanto não dissociavam essa espécie de dano da concepção tradicional vinculada a um caráter íntimo subjetivo do indivíduo, tal qual a dor, a tristeza e o sofrimento. É a visão de Teori Albino Zavaski e Rui Stoco.⁴³

Com efeito, no REsp 598.281/MG, o Ministro Teori Zavaski discorreu em seu voto-vista sobre a incompatibilidade que o dano moral guarda com a ideia de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação), sobretudo porque a espécie está intrinsecamente atrelada à parte sensitiva do ser humano. O recurso em apreço foi interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça correlato, o qual afastou a indenização em dinheiro de danos morais, por argumento semelhante ao defendido por Teori. Em que pese o reconhecimento da possibilidade de reparação extrapatrimonial à coletividade, o Relator Ministro Luiz Fux, foi vencido e a Primeira Turma do C. STJ negou provimento ao recurso especial, por maioria, acompanhando o voto-vista do Ministro Teori.⁴⁴

41 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 141

42 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 267

43 TABARELLI, Liane; FIGUEIREDO, Matheus Burg de. Posicionamento sobre Dano Moral Coletivo em Matéria Ambiental. In: BÜHRING, Marcia Andrea; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de (Orgs.), **Reflexões sobre direito ambiental e sustentabilidade**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. p. 209.

44 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 598.281/MG. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Ministério Público de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para Acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 02 mai. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 30 out. 2017.

No entanto, a impossibilidade do reconhecimento do dano moral coletivo não perdurou no Egrégio Tribunal, representando um cenário de evolução dos ambientalistas. O Ministro Herman Benjamin, em voto proferido no REsp 1.180.078/MG, consignou que a recuperação *in natura* do meio degradado “é compatível e cumulável com indenização pecuniária por eventuais prejuízos sofridos, até a restauração plena do bem lesado, assim como por aqueles de natureza extrapatrimonial, como o dano moral coletivo”.⁴⁵

O caso em liça trata-se de ação civil pública ajuizada para o fim de responsabilizar o degradador pelo desmatamento em área de vegetação nativa. Nas instâncias ordinárias, houve somente a condenação para fins de reparação do ambiente degradado, contudo, em sede de Recurso Especial o Ministro Herman Benjamin reconheceu a possibilidade de fixar indenização a título de reparação extrapatrimonial coletiva, argumentando, ainda, que não se considera *bis in idem* a cumulação de obrigações nesta seara, em atenção ao princípio da reparação integral. A Corte deu parcial provimento ao recurso, devolvendo-o ao Tribunal de origem para fins de fixação do *quantum debeatur*.

Nesse diapasão, o julgado supra e demais proferidos pela Segunda Turma do STJ, em época análoga, representaram um divisor de águas no que tange ao reconhecimento dos danos morais coletivos. Contudo, a conquista não sana todos os imbróglis acerca dos danos extrapatrimoniais ambientais, dentre as quais cita-se a dificuldade na valoração do dano referido.

Outrossim, cumpre analisar brevemente a conexão que o tema guarda com os direitos de personalidade. Eis o pensamento de Leite e Ayala:

Ademais, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos bens e valores indispensáveis à personalidade humana, considerado essencial à sadia qualidade de vida, portanto, à dignidade social. Nesta acepção, o direito da personalidade ao meio ambiente justificar-se-ia, porque a existência de um ambiente salubre e ecologicamente equilibrado representa uma condição especial para um completo desenvolvimento da personalidade humana. Com efeito, se a personalidade humana se desenvolve em formações sociais e depende do meio ambiente para a sua sobrevivência, não há como negar um direito análogo a este.⁴⁶

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1180078/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Rubens de Castro Maia. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 02 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12825941&num_registro=201000209126&data=20120228&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 30 out. 2017.

Os direitos de personalidade⁴⁷ de caráter difuso tem como fator determinante a união indeterminada de sujeitos, os quais possuem uma comunhão de interesses, uma vez que todos serão afetados indiscriminadamente ante a ocorrência de um dano. Ademais, não há como afastar a concepção de meio ambiente equilibrado e qualidade de vida, uma vez que a deterioração da qualidade ambiental resulta, em verdade, na diminuição de um valor referente a uma expectativa de vida sadia, que, por sua vez, causa uma sensação negativa de perda do seu sentido coletivo de personalidade, consistente em um dano ambiental.⁴⁸

Com efeito, o reconhecimento da lesão a valores imateriais da pessoa jurídica, a exemplo da honra objetiva, revisitou paradigmas para que também se associasse o dever de reparar em face de uma coletividade que, em que pese despersonalizada, possui valores e um patrimônio passível de proteção.⁴⁹ Em análise de precedente, Steigleder assim afirma:

(...)o fundamento para a admissibilidade do dano extrapatrimonial é que a coletividade, como conglomerado de pessoas que vivem em determinado território unidas por fatores comuns, é norteada por valores, os quais resultam da amplificação dos valores dos indivíduos componentes da coletividade.⁵⁰

Ademais, avança a autora ao constatar que um dano ecológico puro não culmina somente na lesão ao equilíbrio ecológico, afetando valores precípuos à coletividade, quais sejam, a qualidade de vida e a saúde, o sossego, o senso

46 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 281.

47 "Com efeito, os direitos de personalidade evoluem e já podem ser visualizados e inseridos como valores ambientais de caráter difuso, posto que atingem direitos essenciais ao desenvolvimento de toda a coletividade. Sendo o direito ao meio ambiente um direito fundamental, conforme apreciado, pode ser também qualificado como direito da personalidade de caráter difuso, que comporta dano extrapatrimonial" LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 290.

48 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 289.

49 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental:** as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 142.

50 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental:** as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 143.

estético, os valores históricos, culturais e paisagísticos.⁵¹ Com base na lesão a esses elementos, é de se reparar que os atributos de uma coletividade violados não são idênticos aos inerentes à pessoa física.

Retomando os estudos aqui desenvolvidos, denota-se que a proteção à qualidade ambiental se pauta na dignidade do indivíduo, pessoa física que detém a legitimidade para postular a reparação dos danos havidos em seu desfavor. Com base nessa premissa, talvez aqui resida a dificuldade de compreender a reparação por danos extrapatrimoniais ambientais que atingem a coletividade, uma vez que o ato lesivo transcende os limites corpóreos do indivíduo.

Nessa senda, o dano extrapatrimonial vem se desvinculando da ideia restrita de dor e sofrimento que assola a pessoa física, admitindo também a lesão a valores imateriais inerentes à pessoa jurídica.⁵² Assim, o dano extrapatrimonial ambiental não tem como elemento constitutivo a dor que atinge com mesma intensidade a pessoa natural, mas sim valores que assolam negativamente a coletividade. Trata-se, portanto, de uma depreciação à qualidade ambiental e, conseqüentemente, à saúde e à qualidade de vida.⁵³

Steigleder adverte que a comoção pública, por si só, não é um elemento com peso decisivo para a configuração do dever de indenizar, considerando que a revolta social depende do acesso à informação de determinado meio e de sua capacidade de mobilização. Por isso, ela enaltece que a análise sobre o dano havido deve abranger, abstratamente, os seguintes aspectos: a perda de bem-estar proporcionada pelo bem ambiental, o seu valor de existência e, por fim, a diminuição das chances das gerações futuras conhecerem o bem.⁵⁴

Ademais, a autora também aponta para a necessidade de reconhecer um valor intrínseco ao meio ambiente degradado, denominado *valor de existência*

51 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 144.

52 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 287.

53 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 290.

54 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 149.

(critério também adotado por Leite e Ayala, como visto no tópico anterior).⁵⁵ Aduz que dele advém a irreversibilidade do dano ambiental, uma vez que a natureza jamais se repete. Nessa toada, em que pese a regeneração natural ou a depuração da poluição, os elementos naturais são únicos, de modo que atribuir um valor em pecúnia equivalente ao valor de mercado de um animal não corresponderia ao conteúdo ético de sua extinção.⁵⁶

Com efeito, o dano extrapatrimonial ambiental encontra amparo na Lei nº 7.347/1985 e, segundo Leite e Ayala, consagrou-se a reparação a toda e qualquer espécie de dano coletivo, em sua extensão. O referido dispositivo prevê a reparação sem culpa, bem como que o valor reportado será destinado ao fundo de recuperação de bens lesados de caráter difuso.⁵⁷

Quanto ao conceito, os mesmos autores estabelecem que o reconhecimento do dano extrapatrimonial ambiental ocorre por meio de sua classificação em dano subjetivo e objetivo. O primeiro caracteriza-se quando a lesão ao meio ambiente impacta bens individuais de natureza imaterial, gerando um abalo psíquico, de afeição ou físico à vítima, também designado pelo autor como um dano extrapatrimonial de caráter individual.⁵⁸ O segundo, por seu turno, ocorre quando o interesse atingido é o difuso, definindo-se pela lesividade a valor imaterial coletivo, em virtude do prejuízo causado ao patrimônio ideal da coletividade, qual seja, o equilíbrio ambiental e a qualidade de vida.⁵⁹

55 “O valor de existência, também denominado intrínseco ou valor moral, vincula-se à percepção de que, a par do valor de consumo dos bens naturais, as pessoas atribuem valor à simples conservação de um bem ecológico independentemente do seu consumo e de seu valor de uso atual ou futuro. Parte do princípio de que não usuários consideram de grande valor o fato que determinados bens ambientais sejam mantidos intactos.” STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 153.

56 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 153.

57 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 279.

58 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 292.

59 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 293.

Segundo Délton Winter de Carvalho “o dano ambiental coletivo configura-se na lesão ao meio ambiente unitário, autônomo e coletivo e indivisível, ou seja, ao macrobem, o que lhe confere o *status* de um direito alienável, irrenunciável e imprescritível.”⁶⁰ Fiorillo, por sua vez, explicita que o dano em apreço “consiste em uma lesão que venha a ofender determinado interesse que não seja corpóreo” “e como resultado afeta a chamada “paz interior” dos atingidos”.⁶¹

Como já dito, Leite e Ayala defendem a terminologia do dano extrapatrimonial ambiental ao invés de dano moral ambiental e esclarecem que o “sentimento” suportado pela coletividade não se refere a um interesse subjetivo particular, pois a ofensa ataca um direito de personalidade de dimensão coletiva.⁶² Assim, se faz necessária uma análise do limite de tolerabilidade, porque a indenização não deve ser alcançada exclusivamente para impedir alterações diversas ao meio, mas sim que tais não prejudiquem a sadia qualidade de vida.⁶³ Para os autores, o ponto nevrálgico consiste em constatar quando o homem abandona a racionalidade e abusa do bem ambiental, devendo-se registrar que a antijuridicidade, além da conduta ilegal, seriam as condutas antissociais que impedem o pleno desenvolvimento do ecossistema.⁶⁴

Carvalho enuncia, quanto ao limite de tolerabilidade, que a diferenciação entre impacto e dano é primordial para elucidar a configuração do dano ambiental. Segundo o autor, impacto seria qualquer alteração do meio e, por sua vez, o dano consistiria em perturbações significativas sofridas pelo meio ambiente, nas quais superou-se o limite da tolerabilidade. Ademais, consigna que a avaliação desse

60 CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2013. p. 118

61 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 83.

62 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 294.

63 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 297.

64 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 297.

parâmetro deve ser construída sistematicamente, tomando por base o tempo das agressões e as características específicas ao meio agredido.⁶⁵

Mirra, por sua vez, assim defende:

Portanto, o limite a partir do qual se caracteriza o dano ao meio ambiente deve ser estabelecido com base na capacidade real e concreta de absorção do bem ambiental, meio ou ecossistema específico em questão, capacidade essa traduzida por mecanismos naturais conhecidos, como, por exemplo, a autodepuração da água e a biodegradabilidade dos resíduos de forma geral.⁶⁶

Leite e Ayala ainda pontuam que a dificuldade em apurar os danos extrapatrimoniais não pode ser razão para não indenizar, consoante tese adotada pelos seguidores da teoria negativista da reparação.⁶⁷ Portanto, inexistindo critérios legais seguros para aferir a monta arbitrada a título de indenização, compete ao julgador fazê-lo por meio de arbitramento, com base nas peculiaridades do caso concreto.⁶⁸

4 TUTELA DO MEIO AMBIENTE: MEDIDAS E FORMAS DE REPARAÇÃO

Conforme já analisado, avançam os estudos doutrinários ao reconhecer a terceira dimensão dos direitos fundamentais, pautados segundo o princípio da solidariedade e caracterizados por transcenderem a esfera do indivíduo. Assim, a fim de se adequar à evolução do ordenamento, impôs-se a necessidade de aprimorar a tutela judicial dos interesses coletivos, para o bem de garantir os direitos transindividuais.

Não se desconhece a relevância do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo e da ação popular na defesa de interesses difusos e coletivos. Contudo, tais ações não serão objeto de estudo no presente trabalho para o fim

65 CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2013. p. 121.

66 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 104.

67 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 298.

68 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 299.

abordar sinteticamente apenas a ação civil pública, sob pena de que todas sejam contempladas de forma supérflua.

Com efeito, a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) dispõe sobre a tutela processual dos danos perpetrados em desfavor do meio ambiente, cujo conteúdo material vem preconizado na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81)⁶⁹, sem prejuízo da ação popular. Sobre a ação, cabe destacar que o advento da Constituição Federal conferiu-lhe uma nova roupagem para melhor atender aos interesses transindividuais, à luz do comando constitucional que prevê o direito de ação, o qual “não se referiu apenas à lesão de direito *individual*, e sim em “lesão ou ameaça a direito”⁷⁰, alcançando, a bem ver, tanto a proteção dos direitos individuais como dos supraindividuais⁷¹.

Milaré adverte que o art. 3º da Lei da ACP preconiza que o objeto da referida ação consiste na condenação em dinheiro ou no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Quanto ao primeiro, alega que só é plausível quando a reconstituição do bem lesado seja inviável, insistindo que a aferição do *quantum debeatur* indenizatório é assolada pela dificuldade de que nem sempre é possível chegar, com exatidão, ao cálculo da totalidade do dano. No tocante ao segundo, a regra guarda pertinência com a busca pela fruição do bem ambiental, que vai além da mera ressarcibilidade do dano, determinando, o magistrado, o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva. Ademais, pontua o autor que, malgrado a conjunção disjuntiva *ou* no dispositivo legal, não é vedada a cumulação de pedido indenizatório com o cumprimento de obrigação.⁷²

69 Art 14: - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

70 Art. 5ª, XXXV, CF - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

71 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.. P. 1467.

72 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1475.

Machado defende, ainda, que na iminência de desastres, se os meios extraprocessuais não forem persuasivos, as medidas liminares cabíveis na ação civil pública servirão para a necessária prestação jurisdicional, devido à urgência e gravidade que compõem esses acontecimentos.⁷³ Como regra, para a ação coletiva, admite-se a utilização de tutelas antecipatórias assecuratórias e de tutelas antecipadas satisfativas, previstas nos artigos 4º e 12 da LACP, respectivamente, quando se revelarem imperiosas para a consecução dos objetivos da tutela pretendida.⁷⁴ Milaré, por sua vez, prescreve que em análise da prática forense, “muitas vezes a concessão de tutela antecipada se mostra como a única medida apta a garantir que o processo possa ter os resultados almejados pela tutela material”.⁷⁵

Ademais, Milaré adverte que tudo conduz à conclusão de que a ação civil pública veiculadora de pretensão reparatória do dano ambiental coletivo se inscreve no rol das ações imprescritíveis, porquanto ausente em nosso ordenamento disciplina específica em matéria prescricional. Justifica seu raciocínio apontando que lentidão com que se revelam as consequências oriundas da contaminação pode chagar a anos, de nosso que essa situação se mostra incompatível com o sistema clássico da prescrição.⁷⁶

Por fim, os valores arrecadados a título de condenação em pecúnia nas ações específicas são destinados ao Fundo de Direitos Difusos, gerido por Conselhos Federais ou Estaduais com a participação necessária do Ministério Público e de representantes da comunidade, compondo um patrimônio a ser utilizado posteriormente na recuperação dos bens lesados (art. 13 da LACP). No entanto, o fundo tem sido criticado pela doutrina pela sua inefetividade, fazendo com que certos tribunais consignent soluções alternativas, como a criação de fundos específicos para certo direito, a fim de recuperar efetivamente o bem lesado ou de

73 MACHADO, Paulo Affonso de Leme. **Os desastres ambientais e a ação civil pública**. In. MILARÉ, Édís (org). Ação civil pública após 30 anos. P. 723.

74 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. 3. v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 423.

75 MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1512.

76 MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1517

somente protegê-lo contra determinada agressão.⁷⁷ A fins ilustrativos, eis o teor do julgado:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IBAMA. DANO AO MEIO AMBIENTE. CORTE ILEGAL DE ARAUCÁRIAS. FLORESTA NATIVA. REPARAÇÃO DO DANO. SOLIDARIEDADE. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. 1. A infração administrativa ambiental e a responsabilidade pela supressão das árvores nativas se encontram devidamente demonstradas, seja no procedimento administrativo instaurado pelo auto de infração, seja através da perícia realizada, resultando presente o dever de reparação do dano, mediante plano de reflorestamento. 2. Os sócios são os responsáveis pela condução do empreendimento e beneficiados pelos respectivos lucros, cabendo, portanto, a sua responsabilização solidária. 3. É cabível a cumulação das obrigações de fazer e de pagar, conforme precedentes do STJ, mostrando-se devida, na hipótese em análise, a condenação suplementar à indenização pecuniária em decorrência das peculiaridades da situação, que indicam a sua gravidade. Observando-se a finalidade pedagógica e repressiva do instituto, arbitra-se a condenação em pecúnia em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com a reversão de tal montante para o Fundo de que trata o artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública. 4. Mesmo que a perícia tenha constatado que houve alteração e supressão de vegetação supervenientemente ao auto de embargo do IBAMA, inexistem elementos suficientes, nos autos, a comprovar que tal tenha ocorrido posteriormente à intimação da decisão judicial liminar antecipatória. 5. Deve ser excluído o condicionamento de cumprimento da obrigação de fazer ao trânsito em julgado da condenação.⁷⁸

Cabe a advertência no sentido de que o Fundo referido pelo diploma legal da ação civil pública não se trata do “Fundo Nacional ao Meio Ambiente”, instituído pela Lei n. 7.797/89, e regulamentado pelo Decreto n. 3.524/00. O objetivo deste consiste em desenvolver projetos de uso sustentável dos recursos naturais, para o fim de promover a recuperação e melhoria da qualidade ambiental. Contudo, seus recursos são provenientes de dotação orçamentárias e doações, ao invés das condenações em ações civis públicas ambientais.⁷⁹

Desse modo, vislumbra-se que a Ação Civil Pública congrega em seus procedimentos diversos institutos para garantir a concretude do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, representando um avanço no

77 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 426.

78 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 5003421-48.2012.404.7014. Apelante: IBAMA. Apelado: Gabrielle Geyer, Márcia Cristina Geyer, Oscar Geyer e Cia Ltda., Marli Crestani Geyer. Relatora: Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 06 abr. 2016.

79 MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1531.

ordenamento jurídico por se tratar de um dos meios mais eficazes na defesa de quaisquer interesses coletivos. No entanto, como destacado supra, os valores a título de indenização direcionados ao Fundo nem sempre são revertidos em benefícios da coletividade, pois imperiosa a atuação de gestão pública para tal.

Essa situação, portanto, representa uma mácula a todo o ideário da proteção aos interesses difusos e coletivos, haja vista a dificuldade de destinar os valores arrecadados das condenações judiciais à reparação ambiental. A despeito de toda a construção legal e doutrinária sobre a ação civil pública, a falta de êxito por vezes constatada no repasse das verbas do fundo de arrecadação mencionado inviabilizam a efetiva concretude do direito fundamental ao meio ambiente sadio.

Com efeito, a valoração do *quantum* a título reparatório consiste em um ponto nevrálgico na efetividade da proteção ambiental.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou demanda em face de degradador para apurar a sua responsabilidade ante o corte de 8 (oito) árvores nativas, sem licença ambiental competente, em área localizado no Município de Rio Pardo. O juiz sentenciante julgou o feito parcialmente procedente condenando o demandado em obrigações de fazer e não fazer, quais sejam, recompor o meio degradado por meio da execução de projeto florestal e abster-se de suprimir a vegetação nativa, realizar queimadas, interferir na área protegida ou qualquer outra forma de degradação. Assim, o apelo interposto pelo *parquet* limitou-se ao pedido de condenação em indenização a parte não recuperável do ambiente degradado.

Em seu voto, a Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira teceu considerações acerca da primazia da reparação *in natura* do dano ambiental. No entanto, quanto à parte não recuperável de vegetação, assim consignou:

Ocorre que, no caso em tela, há um fator que não pode ser olvidado. Por mais que a condenação imposta em sentença priorize a recuperação do ambiente lesado, obrigando o demandado a executar projeto florestal para tal fim elaborado por profissional habilitado, consta dos autos parecer técnico emitido por biólogo da Unidade de Assessoramento Ambiental do Ministério Público em que é mencionado que a perda dos serviços ambientais durante o período entre a ocorrência do distúrbio e a recuperação do ambiente degradado configura parcela não recuperável da degradação ambiental, sendo passível de indenização pecuniária.

Nesse período, serviços ecológicos essenciais prestados pelos ecossistemas florestais, como controle da erosão, influência sobre o clima, abrigo de animais, dentre outros, sofrem prejuízos. Trata-se de perdas transitórias, resultantes da impossibilidade de o ecossistema florestal lesado exercer suas funções e serviços ecológicos essenciais no período em que a

medida primária da recuperação do ambiente lesado não for efetivamente implementada. E se estamos dispostos a reconhecer que em matéria de responsabilidade civil ambiental vige o princípio da recuperação integral do dano, tais perdas transitórias não podem ser desconsideradas.⁸⁰

No tocante ao *quantum debeatur*, manifestou-se pela dificuldade na valoração econômica de serviços ecológicos perdidos, razão pela qual adotaria o critério estabelecido pela Unidade de Assessoramento Ambiental do Ministério Público, que atribuiu a monta de R\$ 1.098 (mil e noventa e oito reais). Note-se, que a denominada “dificuldade” na apuração dos serviços ecológicos previstos é uma alegação correlata ao posicionamento da doutrina segundo o qual não há como se mensurar com exatidão a monta equivalente à depreciação da qualidade ambiental, porém o julgado não aclara quais os mecanismos utilizados pela instituição supra para chegar ao valor da indenização.

Outrossim, quando reconhecida a indenização, nem sempre há motivação suficiente para embasar a fixação do montante da reparação título de danos extrapatrimoniais. Em julgado também proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o juízo *ad quem* deu parcial provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público, reconhecendo a existência de dano extrapatrimonial ambiental à coletividade, inclusive destinando a quantia ao Fundo Municipal de Defesa do Meio Ambiente – FUNDEMA, sem apontar os critérios para tal.⁸¹

Ademais, é comum vislumbrar a manutenção do valor arbitrado a título de dano extrapatrimonial, se configurado, com a reprodução dos argumentos expendidos pelo juiz sentenciante, sem demais acréscimos. Com acerto, transcreve-se excerto do julgado:

Filio-me à fundamentação do duto juízo a quo, dotada de razoabilidade, de maneira que bem sopesou o valor do dano fixado, in verbis:
“(…) Assim, para fixar o montante da indenização, entendo necessário considerar que: **(a)** o produto da atividade mineradora foi utilizado para pavimentação, em obras públicas; **(b)** a área degradada integra o bioma Mata Atlântica e se situa à margem de curso d’água de extrema importância ecológica e hidrográfica regional, tratando-se, a vegetação suprimida e descaracterizada, de proteção contra erosão; **(c)** parte da área já está em

80 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70072241391. Apelante: Ministério Público. Apelado: Ademir José Hilbig. Relator: Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira. Porto Alegre, 25 out. 2017.

81 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Nº 70071248777. Apelante: Ministério Público. Apelado: Município de Novo Hamburgo, Embor Participações Societárias Ltda e Tacosolas Borrachas Ltda. Relator: Desembargador Sérgio Luiz Grassi Beck. Porto Alegre, 30 nov. 2016.

processo de restauração natural espontânea, embora em condições distintas da original; (d) os Municípios, após a extração do minério, abandonaram o local, devendo a indenização possuir também efeito pedagógico, de modo a desestimular a repetição das condutas que levaram à produção do dano.

Com base nos parâmetros acima mencionados, empregando ainda as regras de experiência comum, com amparo nos artigos 126 e 335 do Código de Processo civil, entendo razoável fixar a **indenização do dano moral coletivo em R\$ 400.000,00** (quatrocentos mil reais), em caráter **solidário** entre os réus."

Desta forma, bem fundamentada a fixação da indenização, em valor que considero razoável de acordo com as peculiaridades do caso, na esteira do que considerou o magistrado na sentença, as alegações genéricas vertidas nos apelos não merecem guarida.⁸²

Nesse diapasão, revela-se que os julgados supra mencionaram as peculiaridades que permeiam a controvérsia ambiental para fixação do valor da reparação, de modo que tais critérios não possam ser unificados em virtude das discrepâncias fáticas das demandas. Vê-se, portanto, que a carência de parâmetros legais abre margem para a valoração diferenciada de cada julgador, os quais, por vezes, acompanham o posicionamento de seus colegas magistrados em casos assemelhados ou apenas lançam mão do critério da razoabilidade para justificar o *quantum debeatur*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento do tema caracterizou um avanço à ordem jurídica por reparar os interesses da coletividade que, conquanto não se trate de um personalizado, era frequentemente lesada pelas ações humanas em valores que a compunham. A degradação de elementos do solo, a contaminação de rios e a destruição de mata nativa estavam atreladas aos sentimentos negativos que poderiam provocar nos seres humanos para se falar em reparação de cunho moral.

Assim, célebre a constatação doutrinária no sentido de que se o indivíduo pode ser reparado em sua individualidade, não haveria que se impedir a reparação a todo o coletivo. A dissociação da concepção clássica de dano moral atrelado à dor representou um divisor de águas para as pretensões indenizatórias relativas aos danos morais ambientais, considerando que não há abalo de ordem moral apenas se houver sofrimento humano.

82 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 5003747-20.2012.404.7204. Apelante: Município de Passo de Torres e Município de São João do Sul. Relator: Desembargadora Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 02 ago. 2016.

Para tanto, como elementos identificadores, a doutrina menciona a lesão a valores de existência, os quais não guardam pertinência com aspectos corpóreos do indivíduo. Considera-se que os bens ambientais não devem ser avaliados apenas com base em seu valor mercadológico, mas sim em benefício de uma coletividade que não os consome, desejando, assim, apenas preservá-los.

Inclusive, o reconhecimento da esfera extrapatrimonial do dano se mostrou em consonância com o princípio da reparação integral, sobretudo em casos nos quais a reparação patrimonial se revela um ato inviável, ante a falta de elementos da região afetada e o decurso do tempo. Nesse sentido, o advento da Súmula 37 do STJ, que dispõe sobre a possibilidade de cumulação de danos morais e materiais, pacificou a questão sedimentando o entendimento firmado pelo Tribunal da Cidadania.

Do estudo, analisou-se a dimensão extrapatrimonial do dano ambiental que atinge diretamente o indivíduo, de caráter personalíssimo. No entanto, o foco dos precedentes se dá com o avanço acerca da tutela judicial difusa e, no caso em apreço, nos danos morais coletivos.

Um dos imbróglis do tema, como se pode vislumbrar, refere-se a falta de unicidade nos critérios de arbitramento da reparação por danos extrapatrimoniais ao meio ambiente e na ineficácia do Fundos de Reparação de Direitos Difusos, local de destino do valor arrecadado a título das indenizações.

A carência de parâmetros legais como critérios de valoração do dano cede amplo espaço às conclusões diferenciadas de cada julgador, os quais, por vezes, apenas acompanham o entendimento do Colegiado em casos assemelhados, reproduzem critérios adotados pelo juiz sentenciante na mensuração do *quantum* ou trazem à baila o critério da razoabilidade para motivar e justificar o valor arbitrado a título de reparação.

A doutrina pondera sobre a adoção de elementos imateriais da coletividade que devem ser observados, como bem-estar, qualidade de vida, sossego e afetividade, destacando, ainda, que o engajamento na defesa da qualidade ambiental se deve também ao fato de que a proteção ao mabrobem ambiental difuso deve ser almejada sem pensar no potencial uso consumerista de seus recursos. Nesse sentido, a garantia fundamental guarda pertinência com o desejo de vivenciar as condições sadias do meio, desprovido de alterações lesivas em seus elementos biológicos.

No entanto, os precedentes analisados ilustraram que o arbitramento do *quantum* indenizatório está muito arraigado aos critérios adotados pela doutrina tradicional da responsabilidade civil, idealizados para reger a relação entre sujeitos de direitos privados. Ocorre que as normas ambientais não se prestam ao mesmo papel, de modo que os danos extrapatrimoniais coletivos propriamente ditos, ou seja, lesões imateriais à coletividade, ficam à margem de comparações entre elementos inerentes à personalidade humana, quando o que se pretende é reparar a lesão a um ente que extravasa as limitações incorpóreas do indivíduo.

A questão acerca do Fundo de Direitos Difusos também representa um imbróglio na concretude da proteção ao macrobem, porquanto suas ações consistem na concretização prática da reparação aos danos ambientais, com o aproveitamento dos recursos advindos das condenações em prol da coletividade. Uma vez ineficazes, não se verifica na prática a efetiva reparação da coletividade, a despeito do reconhecimento judicial de seus direitos.

Por fim, vê-se que é imperiosa a necessidade de adequar os entendimentos dos tribunais, sobretudo os que apreciam as questões fáticas para arbitramento do dano extrapatrimonial, às evoluções doutrinárias sobre o tema. Só então haverá que se falar em efetividade nas indenizações por lesões ao macrobem ambiental, cuja degradação ocorre há muito mais tempo do que a reparação.

5 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito Ambiental**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 598.281/MG. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Ministério Público de Uberlândia e

Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para Acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 02 mai. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1180078/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Rubens de Castro Maia. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 02 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164/SP. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 out. 1995.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação nº 5003747-20.2012.404.7204. Apelante: Município de Passo de Torres e Município de São João do Sul. Relator: Desembargadora Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 02 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação nº 5003421-48.2012.404.7014. Apelante: IBAMA. Apelado: Gabrielle Geyer, Márcia Cristina Geyer, Oscar Geyer e Cia Ltda., Marli Crestani Geyer. Relatora: Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 06 abr. 2016.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de. Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 45/2007, p. 62 – 91, jan./mar. 2007. Disponível em:

<<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015ecf985c0b37006864&docguid=I51e534a0f25211dfab6f01000000000&hitguid=I51e534a0f25211dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1715&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 set. 2017.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2014

_____. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO, Paulo Affonso de Leme. **Os desastres ambientais e a ação civil pública**. In: MILARÉ, Édis (org). **Ação civil pública após 30 anos**.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. 3. v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito do Ambiente**. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Nº 70071248777**. Apelante: Ministério Público. Apelado: Município de Novo Hamburgo, Embor Participações Societárias Ltda e Tacosolas Borrachas Ltda. Relator: Desembargador Sérgio Luiz Grassi Beck. Porto Alegre, 30 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado Do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70072241391. Apelante: Ministério Público. Apelado: Ademir José Hilbig. Relator: Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira. Porto Alegre, 25 out. 2017.

TABARELLI, Liane; FIGUEIREDO, Matheus Burg de. Posicionamento sobre Dano Moral Coletivo em Matéria Ambiental. In: BÜHRING, Marcia Andrea; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de (Orgs.), **Reflexões sobre direito ambiental e sustentabilidade**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

TESSLER, Luciane Gonçalves; LEITE, José Rubens Morato. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente**: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

O ATO ADMINISTRATIVO QUESTIONADO EM JUÍZO: PONDERAÇÃO DE VALORES À LUZ DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Gustavo Knopp¹

RESUMO: No presente estudo, efetua-se uma análise do atributo de presunção de validade dos atos administrativos à luz do regramento processual vigente, que inaugura uma disciplina sobre a distribuição dinâmica do encargo probatório. Com a delimitação da referida presunção e de suas funções, o estudo toma por foco a ponderação de valores relativa à aplicabilidade do método de redistribuição do ônus da prova em face dos atos administrativos. São identificados os princípios colidentes e investigadas as soluções que melhor se conformam ao nosso molde constitucional e ao ideário da legislação processual, em atenção ao princípio da paridade de armas, ao direito à boa administração pública e ao princípio da proteção da confiança, sob o enfoque da necessária dialogicidade no trato da coisa pública.

PALAVRAS-CHAVE: Atos Administrativos. Presunção de Validade, Legitimidade e Veracidade. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. Técnica de Ponderação. Direito à Boa Administração Pública. Administração Pública Dialógica. Princípio da Proteção da Confiança.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Atos administrativos: regime jurídico de direito público presunção relativa de validade (legitimidade e veracidade). 3 Distribuição dinâmica do ônus da prova na seara dos atos administrativos. 3.1 Ponderação entre os valores conflitantes. 3.2 Critérios de decidibilidade no âmbito processual. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo dedica-se a examinar a aplicabilidade do método de distri-

¹ Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no Estado do Rio Grande do Sul (Esmafe/RS), em convênio com a Universidade de Caxias do Sul (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (2013). Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (de 2014 até o presente).

buição dinâmica do ônus da prova no âmbito dos atos administrativos, explorando as intercorrências que o emprego de tal técnica pode sofrer em face do atributo de presunção de validade, legitimidade e/ou veracidade que a doutrina comete a essa espécie particular de ato jurídico.

O propósito motivador do trabalho relaciona-se com a constatação de que a correta atribuição do encargo probatório na seara dos atos administrativos vai além de uma simples regra de instrução processual. Cuida-se de providência que se relaciona com os limites de imposição da potestade pública no trato com os administrados, importando sérias consequências à justiça material das decisões. Na prática administrativa e forense, há acentuado risco de iniquidade caso os comandos e as decisões sejam proferidas sem consideração às particularidades dessa especial relação material, permeada por preceitos de direito público.

É no mundo dos fatos, pois, que a discussão reforça a sua relevância, porque envolve a quase totalidade dos atos administrativos praticados nas relações entre o Estado e seus administrados. Investiga-se, nesse passo, o quanto a supremacia estatal se impõe no trato com particulares no tocante à tarefa probatória, em especial nos casos em que os litígios entre os polos dessa relação são levados ao Poder Judiciário, o que ocorre diuturnamente e em face dos mais variados contextos: na imposição de multas administrativas, na suspensão e interdição de atividades, nas alegações sobre abuso de autoridade, na sanção disciplinar, na busca pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado etc.

A doutrina administrativista traz uma provocação, lembrando a frase por vezes ouvida em balcões de repartições públicas: “Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário!” E com base nisso indaga: será que a função administrativa pode permanecer alheia aos direitos dos indivíduos? Seria mesmo meritório lançar mão da potestade pública para deixar de reconhecer direito de alguém?

A resposta a tais indagações desafia a análise das razões que fundamentam o regime especial de direito público e as prerrogativas de que estão investidos os atos praticados pelos órgãos e agentes públicos na relação com os administrados. Passa, ainda, pela abordagem do *direito à boa administração pública* e dos princípios e regras que o materializam; pela necessária consideração das noções de dialogicida-

de e procedimentalização na Administração Pública, e dos princípios da proteção da confiança, da transparência e da cooperação.

Nesse esteio, cuida-se de buscar a conciliação do mencionado método com os efeitos decorrentes do reconhecimento da presunção de validade, dentre os quais se costuma inserir a indigitada “inversão” do encargo probatório em desfavor do administrado. O presente estudo discute até que ponto a presunção de validade pode servir como fundamento para deslocar o encargo probatório, e quais as consequências fáticas e jurídicas das soluções que possam ser dadas a tal questionamento.

A ponderação tem o objetivo de apreciar quais seriam as alternativas que melhor se adaptariam ao nosso modelo constitucional, colaborando na estruturação de um raciocínio que facilite a tarefa de distribuição do ônus da prova nas situações acima mencionadas, tendo em vista que se trata de matéria de valor expressivo, seja por conta de sua fluência no cotidiano forense, seja por força dos bens jurídicos envolvidos na ponderação.

Ao longo da exposição, o estudo introduz a noção de ato administrativo e aponta suas peculiaridades, para, na sequência, adentrar na ponderação sobre a aplicabilidade do método de redistribuição do ônus da prova nas hipóteses em que os atos administrativos têm sua validade questionada, com a investigação das alternativas que melhor se conformam ao nosso molde constitucional e ao ideário da legislação processual vigente.

Pontua-se que o propósito deste trabalho não é o de explorar as variações e modulações da aplicação do método da distribuição dinâmica na generalidade dos casos, mas, isto sim, de tratar do alcance desse regramento *especificamente* no que se refere à temática dos atos administrativos. Uma análise mais abrangente desbordaria das finalidades deste artigo.

A abordagem toma como base o método hipotético-dedutivo: apresentam-se, preliminarmente, os fundamentos constitucionais e os parâmetros legais que amparam o atributo de presunção de validade e os que conduzem a aplicação do método de distribuição dinâmica do ônus da prova, para tratar, no sucessivo, da aplicação específica deste método em face dos litígios envolvendo atos administrativos, to-

mando em consideração suas características distintivas.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS: REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO E PRESUNÇÃO RELATIVA DE VALIDADE (LEGITIMIDADE E VERACIDADE)

Para iniciar este estudo, impõe-se o exame do atributo de presunção de validade (legitimidade e veracidade) que a doutrina e a jurisprudência reconhecem ao ato administrativo, como modo de edificar o raciocínio acerca das características dessa espécie de fato jurídico no que interessa ao assunto abordado neste trabalho.

O ato administrativo se insere na esfera dos *atos jurídicos humanos* ou *atos jurídicos*, que constituem espécie de *fato jurídico lato sensu*, com o ponto distintivo de que o seu móvel principal é a vontade humana². No entanto, ele detém algumas particularidades que o estromam dos demais fatos jurídicos. O ato administrativo compreende uma *declaração unilateral do Estado* no exercício de *prerrogativas públicas*, manifestada mediante *comandos concretos complementares da lei* (ou, excepcionalmente, da Constituição), *a título de lhe dar cumprimento*, e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional³.

A partir dessas informações, já se pode diferenciá-lo dos atos privados sem maiores dificuldades. Entretanto, de maneira a aprofundar o assunto, convém analisar seus *atributos* com o fito de esclarecer quais são essas *prerrogativas públicas* do ato administrativo em razão das quais se afirma que ele se submete a um *regime jurídico administrativo* ou *regime jurídico de direito público*.

De uma maneira geral, a doutrina costuma creditar pelo menos três atributos aos atos administrativos: (i) a *imperatividade* ou *coercibilidade*, segundo a qual os atos administrativos são cogentes em face daqueles que se encontrem em seu âmbito de incidência, podendo instituir obrigações aos seus destinatários independente-

² Apontamento elaborado a partir da exposição da teoria do fato jurídico apresentada por TARTUCE, Flávio. *Direito civil, 1*: Lei de introdução e parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, versão digital, s/p.

³ Noção de ato administrativo em sentido estrito: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 423.

mente da concordância destes – o chamado *poder extroverso* da Administração Pública⁴ –, contanto que respeitados os ditames da legalidade⁵; (ii) a *autoexecutoriedade* ou *executoriedade*⁶, que significa que os atos administrativos podem ser praticados e executados imediata e concretamente pela Administração Pública, não havendo necessidade de autorização do Poder Judiciário para que sejam levados a efeito⁷, à exceção das hipóteses de invasão direta no patrimônio jurídico dos cidadãos, mormente no que se refere aos direitos e garantias fundamentais⁸; (iii) a presunção de validade, legitimidade e/ou veracidade, que será especificada a seguir.

Esses são, em um exame abreviado, os atributos essenciais dos atos administrativos aceitos de forma mais harmônica na dogmática jurídica, correspondentes às mencionadas prerrogativas públicas que asseguram a submissão a um *regime jurídico de direito público*. Convém analisar, então, o atributo específico da presunção de validade, legitimidade ou veracidade, que é indicado por parte da doutrina como sendo inclusive a *fonte* de outros atributos⁹.

Como uma primeira observação, convém salientar que não há uma posição pacífica na doutrina acerca da denominação desse atributo. Fala-se em *presunção de validade*, em *presunção de legitimidade* e em *presunção de veracidade*. Aqui, entretanto, a divergência conceitual não assume maior relevância, porque, apesar das discordâncias na terminologia, o efeito jurídico reconhecido pela dogmática a tal atributo é basicamente o mesmo.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 423.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122.

⁶ Em um posicionamento particular, Bandeira de Mello diferencia a executoriedade da *exigibilidade*, sustentando que este é aquele atributo que possibilita a imposição de obrigações pelo poder público em face dos administrados independentemente de ordem judicial, ao passo que a executoriedade autoriza, para além dessa exigência, a coação material do destinatário ao cumprimento da obrigação imposta, representando um acréscimo à ideia de exigibilidade. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 423-424.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123.

⁸ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123.

Di Pietro¹⁰ fraciona a acepção de presunção, sustentando que se refere a duas noções distintas: (i) a *presunção de legitimidade* é relativa à *conformidade do ato com a lei*, no sentido de que o ato administrativo, desde o momento em que é emitido, se presume em harmonia com o ordenamento jurídico, salvo prova em contrário; (ii) a *presunção de veracidade* relaciona-se com os fatos, de modo que as afirmações sobre fatos e os fundamentos de fato elencados pela Administração Pública como motivadores do ato administrativo igualmente se presumem verdadeiros até que seja demonstrado o contrário.

De toda sorte, cabe ponderar que a denominação *presunção de validade* abarca, com rigor científico, as duas noções anteriores. Explica-se. Um dos pressupostos de validade do ato administrativo é o motivo (pressuposto objetivo), enquanto situação fático-jurídica autorizadora, impositiva ou justificadora da prática do ato¹¹. Evidentemente, o motivo precisa ser *verdadeiro* para que o ato preserve a sua validade. Além disso, a validade exige a existência de pertinência lógica entre o *motivo* e a *medida* eleita pelo administrador em função da finalidade prescrita pelo ordenamento jurídico. Nesse passo, considerando que a ideia de validade implica tanto a adequação à lei (*lato sensu*) quanto a conformidade com a realidade fática, é tecnicamente apropriado usar a denominação *presunção de validade* como gênero, que compreende as duas noções destacadas por Di Pietro.

O exame das razões que fundamentam o atributo será deixado para o tópico seguinte, que terá por objetivo delimitar até que ponto se justifica a extensão dessa prerrogativa conferida aos atos administrativos. Neste tópico, abordam-se as especificidades os efeitos normalmente atribuídos à presunção de validade dos atos administrativos pela dogmática jurídica.

Como primeira observação, é necessário destacar que, conforme consenso doutrinário e jurisprudencial, a presunção aqui referida constitui uma presunção relativa (*iuris tantum*), e não absoluta (*iuris et de iure*). Em outras palavras, significa dizer que a pressuposição de que o ato administrativo é válido – isto é, legítimo e verdadeiro – *pode ser contraditada*, admitindo-se prova em contrário. A validade do ato

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 206-207.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, p. 408.

pode ser objeto de contraprova tanto na via administrativa quanto na via judicial, seja em relação à sua conformidade com a Constituição e com as normas infraconstitucionais incidentes (*conformidade jurídica*), seja em relação às razões de fato que serviram como fundamento para a adoção da medida (*conformidade fática*).

A presunção de validade guarda sintonia com a noção de fé pública, conforme lição de Maffini¹². Muito embora seja praxe associar essa concepção a uma suposta prerrogativa de determinados agentes públicos (oficiais de justiça, escrivães de cartório, tabeliães, oficiais de cartórios imobiliários etc.), a realidade é que a fé pública decorre da *natureza administrativa* do ato praticado, e não de uma condição especial do agente público que o edita. Como bem observa o autor, todos os agentes públicos “possuirão” fé pública quanto aos atos praticados em seu círculo de atribuições.

A doutrina aponta importantes efeitos decorrentes do atributo em exame. Como primeiro deles, indica-se a circunstância de que o ato, mesmo quando viciado, produz seus efeitos e deve ser cumprido até o momento em que seja decretada sua invalidade pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração Pública, no exercício da autotutela. Em certas ocasiões, porém, relativiza-se esse paradigma. É o caso da ressalva ao cumprimento, por parte de servidores públicos, de ordens manifestamente ilegais ditadas por seus superiores hierárquicos¹³, exceção que costuma estar prevista nos Estatutos dos Servidores Públicos, tal como se observa no art. 116, inc. IV, da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União¹⁴, e no art. 177, inc. VI, do Estatuto dos Servidores do Estado do Rio Grande do Sul¹⁵.

Como extensão de tal circunstância, os recursos administrativos, *em regra, não possuem efeito suspensivo*. Por serem presumidamente verdadeiros e legítimos os atos por eles questionados, não se admite que a impugnação sirva como óbice à sua produção de efeitos¹⁶. Esse aspecto encontra previsão no art. 61, *caput*¹⁷, da Lei

¹² MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 92.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207-208.

¹⁴ “Art. 116. São deveres do servidor: [...] IV – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; [...]”

¹⁵ “Art. 177. São deveres do servidor: [...] VI – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; [...]”

¹⁶ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

¹⁷ “Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo. [...]”

Federal n. 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O parágrafo único do mesmo dispositivo, porém, abranda o rigor da regra, dispondo que, em havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução do ato administrativo, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá conferir efeito suspensivo ao recurso, de ofício ou a pedido do recorrente. Cuida-se de hipótese de concessão de efeito suspensivo *ope iudicis*, sendo possível, todavia, que a própria lei, por alguma razão especial, estipule que a simples interposição de determinado recurso impeça a execução do ato (efeito suspensivo *ope legis*)¹⁸.

Outro fator resultante da mencionada presunção é o de que o Poder Judiciário não pode apreciar de ofício a validade dos atos administrativos, de modo que eventual decretação de nulidade depende de provocação e pedido específico da pessoa, entidade ou órgão interessado¹⁹.

Em remate, pontua-se que a doutrina indica que a presunção de veracidade gera o efeito de deslocar para o particular o encargo de demonstrar que os pressupostos de fato do ato administrativo não se conformam à realidade, invertendo, dessa maneira, o ônus da prova no campo processual. Por ser um dos objetos centrais deste estudo, o tema será destacado deste tópico e tratado no tópico seguinte, com mais profundidade.

3 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NA SEARA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

No presente tópico, como ponto introdutório, serão indicadas as razões levantadas pela doutrina e jurisprudência para justificar o atributo de presunção de validade dos atos administrativos, a fim de que, em um segundo momento, se possa depurar esses argumentos e confrontá-los com os fundamentos que dão suporte à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

¹⁸ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 208.

3.1 PONDERAÇÃO ENTRE OS VALORES CONFLITANTES

Há mais de um fundamento indicado pela doutrina para sustentar o atributo de presunção de validade. Elencam-se como fundamentos: (i) a necessidade de observância ao princípio da legalidade^{20, 21}, o que tornaria possível presumir que todos os atos praticados pela Administração seriam efetuados em harmonia com a lei²²; (ii) a própria natureza do ato, que é levado a efeito por agentes detentores de parcela do poder público e que têm por objetivo o resguardo do interesse público²³; (iii) a necessidade de celeridade e segurança nos atos da Administração²⁴; (iv) o fato de constituir uma expressão da soberania estatal²⁵; (v) o seu préstimo enquanto instrumento destinado a possibilitar o regular exercício da função administrativa, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para demonstrar a legitimidade da atuação do Estado e, só depois disso, vincular terceiros²⁶; (vi) a fiscalização a que se sujeita o ato, que pode ser realizada pela própria Administração ou pelos demais Poderes da República, servindo como garantia de observância da legalidade²⁷. Além disso, como observa Maffini²⁸, já houve julgado do Supremo Tribunal Federal no qual foi feita a referência de que o atributo encontraria abrigo na Constituição Federal, em especial no seu art. 19, inc. II, segundo o qual é vedado aos entes federados recusar fé aos documentos públicos²⁹.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 38. ed. atual. até a emenda constitucional 68, de 21/12/2011. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 166.

²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 106.

²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 38. ed. atual. até a emenda constitucional 68, de 21/12/2011. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 166.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 409.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207.

²⁸ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 91.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.262 – MG. Julgado em 05 de fevereiro de 2004. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes.

Entende-se que alguns desses argumentos não possuem uma justifica interna válida, devendo ser afastados já de início. Primeiramente, há o argumento de que a presunção se ancora no fato de que o ato administrativo deve *obedecer ao princípio da legalidade* e têm por objetivo o resguardo do interesse público. Como consequência disso, seria possível presumir que todos os atos praticados pela Administração seriam realizados em harmonia com a lei – vale dizer: porque a ela devem obediência.

Com a vênia à posição contrária, tais argumentos não se sustentam. É desarrazoado pensar que pelo só fato de um ato *ter de* observar uma série de pressupostos ele já possa ser presumido de acordo com eles. Trata-se de confundir a *condição real* do ato administrativo com a sua *condição ideal*; confundir a realidade com o dever; embaralhar o aspecto ôntico e o deontológico. Em matéria de atos administrativos, não há o que justifique dizer que a necessidade de *observância* de uma norma acarreta na automática presunção de que todas as condutas estejam com ela alinhadas.

Raciocínio similar serve para rebater a posição que fundamenta o atributo na possibilidade de fiscalização, revisão e anulação do ato pela própria Administração ou pelos demais Poderes da República. Em verdade, a particularidade de o ato poder ser fiscalizado, revogado ou anulado não justifica que sobre ele repouse uma presunção de validade. Bem pelo contrário: a sujeição à fiscalização demonstra a sua possível falibilidade, e serve para evitar a manutenção de atos viciados, contrários à lei e ao interesses sociais.

Por outro lado, entende-se que alguns dos motivos indicados pela doutrina efetivamente refletem valores prestigiados pela ordem constitucional, merecendo destaque. Parece legítimo afirmar, nessa perspectiva, que o atributo da presunção de validade se justifica pela circunstância de que o ato administrativo constitui expressão da soberania estatal – praticado, como regra, por agentes detentores de parcela do poder público –, sendo corolário da posição de supremacia assumida pelo Estado, voltada à consecução da finalidade pública.

Com acerto, Di Pietro³⁰ observa que a prerrogativa de presunção de validade, a exemplo das demais prerrogativas, decorre da clássica noção de *poder* como um dos elementos integrantes do conceito de Estado: povo, território e *governo soberano*. Além disso, é interessante apontar que, caso não existisse o atributo em exame, toda a atividade administrativa seria *imediatamente* questionável por qualquer pessoa, o que obstaculizaria o cumprimento das finalidades públicas³¹.

O atributo baseia-se, ainda, na necessidade de celeridade, de eficiência e de segurança jurídica no exercício da função administrativa. A ausência de definitividade dos atos inviabilizaria o regular desempenho da atividade-fim por parte do Estado. A rotina estatal é feita de múltiplos atos administrativos. Em razão disso, a celeridade na prestação e a estabilidade das atividades estatais são essenciais para garantir a eficácia no exercício da função estatal.

Especificamente no que tange à necessidade de segurança jurídica, é interessante destacar que a presunção de validade dos atos administrativos não atua somente em favor da Administração, mas também *no interesse dos cidadãos*. É nesta a perspectiva que se fundamenta a existência de limites para a extinção dos atos administrativos: os cidadãos depositam sua confiança na legitimidade e na veracidade dos atos administrativos, não podendo ser surpreendidos com a extinção de um ato sem que lhes seja franqueada a participação no processo que visa à extinção (contraditório e ampla defesa), nem tampouco depois de transcorrido um lapso de tempo considerável (prazo decadencial). Os limites formais e materiais à extinção dos atos administrativos fundamentam-se no *princípio da proteção da confiança*³².

Diante desses esclarecimentos, tem-se, de modo geral, um panorama sobre os valores que fundamentam o atributo em exame. Fixados tais parâmetros, cumpre questionar se as premissas supramencionadas autorizariam a conclusão de que a presunção de validade seria capaz de deslocar, em toda e qualquer situação, o ônus da prova em desfavor do administrado. Ou, em uma perspectiva contrária, se o re-

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207.

³² MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93-94.

gramento de redistribuição do encargo probatório poderia ser aplicado irrestritamente à Fazenda Pública.

A problemática que confronta o atributo da presunção de validade com os princípios fundadores da distribuição dinâmica do ônus probatório é, de certa forma, multifacetada. Invoca argumentos atinentes ao direito público, mas traz à tona uma ponderação sobre diferentes aspectos constitucionais, administrativos e processuais mais específicos.

Como primeiro registro, convém ressaltar que uma circunstância está posta: a distribuição dinâmica do ônus da prova constitui um regramento legal, positivado no diploma processual vigente³³. Por sua vez, a presunção de validade não encontra previsão específica na legislação processual brasileira, quando se trata de processos judiciais. Na jurisprudência da Suprema Corte³⁴, já foi mencionado, em voto específico do então Ministro Ayres Britto, que o atributo encontraria respaldo no artigo 19, inc. II, da Constituição da República, segundo o qual é vedado aos entes federados recusar fé aos documentos públicos. Nada obstante, tal previsão é por demais genérica para que se pudesse concluir, com pretensão de decidibilidade, que o referido enunciado, por si só, causaria óbice à aplicação do método tratado neste estudo, que consiste em regramento processual específico e igualmente calcado em valores constitucionais de especial relevo.

Em relação aos processos administrativos, a Lei Federal n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipula que cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado (art. 36, primeira parte); todavia, ressalva que esse encargo não prejudica o dever de instrução do pro-

³³ A distribuição dinâmica do ônus da prova está disciplinada nos parágrafos do art. 373 do Código de Processo Civil: "Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º **Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada**, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º **A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil**. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo." [Original sem grifos.]

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.262 – MG. Julgado em 05 de fevereiro de 2004. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes.

cesso atribuído ao órgão administrativo (art. 36, segunda parte). Além disso, a mencionada legislação estabelece que, toda vez que o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração, o órgão instrutor *deverá* prover, *de ofício*, a obtenção dos documentos ou das respectivas cópias (art. 37). Tais dispositivos abrandam o encargo probatório atribuído ao administrado, reforçando o dever-poder da Administração quanto à instrução do processo administrativo, e homenageando os princípios da oficialidade e da cooperação processual³⁵.

Pois bem, ante a ausência de regra específica no tocante ao ônus da prova relativamente aos atos administrativos discutidos na seara judicial, entende-se que o conflito em análise não se resolve pela simples subsunção de um suporte fático a uma hipótese normativa, tampouco pelos critérios hermenêuticos tradicionais referentes ao aspecto hierárquico, cronológico e da especialidade. Exige, isto sim, o emprego do método da ponderação, que, como aponta Ana Paula de Barcellos³⁶, constitui “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

Uma observação para esclarecer a terminologia empregada no que se refere aos vocábulos *valores*, *princípios* e *regras*. Os *valores* têm caráter axiológico e dizem respeito a determinadas grandezas classificadas como boas e que são desejadas por uma comunidade – são, em última análise, as *escolhas éticas* de um corpo social. Os *princípios* legitimam tais grandezas no ordenamento jurídico, prescrevendo sua garantia ou promoção. A condição que discrimina os princípios dos valores provém desta distinção de caráter: enquanto os valores têm caráter axiológico e classificam, *e.g.*, uma determinada escolha ou decisão como a melhor possível, os princípios têm caráter deontológico e prescrevem que essa mesma decisão ou escolha é devida, justamente por ser a mais recomendada no nível axiológico, consoante ensina Robert Alexy³⁷.

³⁵ HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscilla; MAFFINI, Rafael. *Comentários à lei federal do processo administrativo – Lei n. 9.784/99*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 153.

Além dos princípios, as regras também legitimam valores no sistema jurídico. Nesse sentido, Aulis Aarnio³⁸ põe em destaque as chamadas *generalizações jurídicas* enquanto subespécies de princípios jurídicos, que adviriam de um raciocínio indutivo baseado em um *grupo harmônico de regras*. Consoante essa acepção, as regras em um mesmo sentido seriam generalizadas e formariam um princípio não expresso no ordenamento, mas por ele reconhecido. Seguindo a mesma diretriz, Humberto Ávila³⁹ refere que dispositivos cujo conteúdo preliminar determine a adoção de comportamentos para assegurar um valor podem fazer com que esse valor seja autonomizado para exigir comportamentos distintos, não previstos na legislação, mas necessários à sua satisfação. Assim, as regras também respondem a um predicado axiológico, pois constituem *soluções antecipadas para um determinado conflito entre valores*.

Segundo a definição proposta por Humberto Ávila⁴⁰, as *regras* são padrões normativos que estipulam condutas específicas a serem adotadas diante da verificação, pelo intérprete, do suporte fático descrito pelo texto legal, constituindo soluções ditas previamente pelo legislador para um determinado conflito entre razões; os *princípios*, a seu turno, são padrões normativos que prescrevem um estado de coisas a ser preservado ou promovido, sem descrever, especificamente, os meios necessários para atingir tal finalidade.

Não se desconhecem as divergências acerca da existência de uma diferença estrutural entre regras e princípios, tampouco sobre o alcance da teoria dos princípios em seus diferentes matizes – seja enquanto teoria metodológica que remete à ponderação, seja enquanto dogmática especial dos direitos fundamentais⁴¹. De qualquer sorte, é inquestionável que os princípios são padrões normativos existentes no ordenamento jurídico, que têm força normativa própria e servem como razões autônomas no processo de interpretação. A par de figurarem como argumentos no pro-

³⁸ AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (coords.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 21.

³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79.

⁴¹ POSCHER, Ralf. Acertos, Erros e Equívocos de Autocompreensão da Teoria dos Princípios. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558.

cesso decisório, tanto os princípios quanto as regras estão essencialmente ligados a valores, que lhes dão origem e sustentação, tendo sua aplicação, afastamento, maior ou menor incidência condicionados às razões que lhes são subjacentes, cujo peso pode variar de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas da situação examinada⁴².

Feitos esses esclarecimentos, convém sinalizar quais os valores em tensão no que se refere ao conflito em exame. O atributo da presunção de validade firma as suas bases na noção de soberania estatal, bem como nos princípios da celeridade, da eficiência e da segurança jurídica no exercício da função administrativa. Por seu turno, a dinamização do ônus probatório remete à noção de justiça, calcando-se nos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (arts. 1º, 7º e 8º, CPC-2015); da isonomia e da paridade de armas (art. 7º, CPC-2015); da boa-fé processual (art. 5º, CPC-2015); da adequação e da cooperação processual (art. 6º, CPC-2015) e o postulado da razoabilidade⁴³. Consoante os ensinamentos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tocante à ideia de adequação/adaptação, o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, pois as formalidades processuais devem ser destinadas à organização de um processo justo, que alcance as suas finalidades últimas e, principalmente, colabore para a justiça material da decisão⁴⁴.

Nesse contexto, cabe indagar se a aplicação do método da dinamização afetaria os valores que guarnecem a presunção de validade, ou se porventura ofenderia o núcleo essencial dos mencionados princípios.

No âmbito doutrinário, o atributo da presunção de validade vem sendo reexaminado relativamente às suas repercussões na tarefa probatória. A sua extensão tem

⁴² Sobre o peso das razões no processo argumentativo: "The relative 'weight' of a reason may depend on other factors than only the reasons themselves. Weight is case-related, and can therefore not directly be ascribed to the principles on which the reasons are based, because these principles are themselves not case-related." HAGE, Jaap C. *Reasoning with rules*: an essay on legal reasoning and its underlying logic. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 116.

⁴³ Recorrendo à regra da "sana crítica", Jorge M. Peyrano relembra o preceito no sentido de que "aquilo que é diferente deve ser valorado de forma diversa do modo como se costuma valorar o que é comum", que não deixa de ser um imperativo decorrente do postulado da razoabilidade. PEYRANO, Jorge W. La carga de la prueba. In: CONGRESSO COLOMBIANO DE DIREITO PROCESSUAL, 34., 2013, Medelim, *Memoriais...* Medelim: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2013, p. 956-974.

⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. [S.l.: s. n.], 2008. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

sido abrandada no que se refere à veracidade dos pressupostos de fato que embasam a realização do ato administrativo. Di Pietro⁴⁵ destaca que, embora seja indiscutível que a presunção de validade inverte o *ônus de agir* – pois o administrado é que deverá provocar o Poder Judiciário para questionar o ato administrativo –, a inversão do *ônus de provar* não é absoluta. Assim, mesmo que a parte autora deva demonstrar a veracidade dos fatos que invoca, essa circunstância não libera a Administração de provar a sua verdade; justamente por isso, a lei prevê, em diversos casos, a possibilidade de o juiz ou o promotor requisitar da Administração documentos relacionados com as alegações necessárias à instrução do processo e à formação de sua convicção.

Adotando posicionamento mais incisivo, Marçal Justen Filho⁴⁶ pontifica que a presunção de validade depende de a Administração Pública comprovar o cumprimento do devido processo, de modo que, “se o ato administrativo afirma a ocorrência de certo fato, não se pode atribuir ao particular o ônus de provar sua inoccorrência – até porque não se produz prova de fatos negativos”. Além disso, registra que é praticamente inviável ao administrado provar que determinado fato não ocorreu, de modo que “[a] administração pública não pode afirmar, de modo unilateral e destituído de fundamento, que um fato aconteceu e pretender invocar uma presunção favorável a si, remetendo ao particular o ônus de provar o contrário”⁴⁷.

De fato, a validade do ato exige que seja verificado um suporte empírico justificador, impositivo ou autorizador da prática do ato (*pressuposto objetivo*), devendo existir um nexo de causalidade entre o motivo levado em consideração e a medida adotada (*pressuposto lógico*), especificado na exteriorização dos fundamentos do ato (*pressuposto formalístico*)⁴⁸. Além disso, na *teoria dos motivos determinantes*, tem-se que, independentemente de previsão legal, sempre que for elencado um suporte empírico, a legitimidade do ato estará submetida à *demonstração* da existência

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 208.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 411.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 411.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, p. 401-415.

do motivo levado em consideração pelo administrador e da relação de pertinência lógica entre esse motivo e a medida adotada⁴⁹.

Partindo desse raciocínio, surge a seguinte ponderação: se, para a validade do ato, deve ocorrer um pressuposto objetivo, e se, como regra, é necessário que seja exposta a motivação desse ato, com a indicação de seu suporte fático-jurídico, é razoável pensar que a Administração esteja simplesmente isenta de demonstrar, em qualquer toda e hipótese, a situação de fato indicada em sua fundamentação, como se a sua alegação bastasse por si só?

Caso se entenda que a Administração está isenta de demonstrar a existência do pressuposto objetivo, restará ao impugnante do ato o ônus de comprovar a sua inexistência, isto é, a prova de um “fato negativo” – da negativa da ocorrência de um fato –, na generalidade dos casos. Tal circunstância é particularmente prejudicial quando a medida impugnada constitui ato sancionador ou ato ablativo (restritivo) dos direitos do administrado, pois o indivíduo que se considerar prejudicado, além de sofrer o efeito da medida propriamente dita, ainda ficará com o ônus de demonstrar a inexistência da situação de fato alegada pela Administração Pública.

Acolher sem maiores reflexões uma solução dessa natureza atentaria contra o *direito fundamental à boa administração pública*. Segundo os ensinamentos de Juarez Freitas⁵⁰, tal constitui o direito a uma administração pública eficiente, eficaz, proporcional e transparente, que cumpra, entre outros, os deveres de transparência, motivação, imparcialidade, com a observância de todos os princípios constitucionais que a regem nas relações administrativas. Esse mandamento deve ser observado tanto sob um *aspecto material* – no sentido de que as decisões administrativas devem observar os direitos fundamentais de todas as dimensões e a natureza vinculante das políticas constitucionalizadas⁵¹ –, como sob um *aspecto procedimental*, de modo que a Administração Pública deve obediência aos preceitos constitucionais atinentes ao devido processo legal, tais como o efetivo contraditório, a ampla defesa, a

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, p. 401-415.

⁵⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22 e ss.

⁵¹ FREITAS, Juarez. *Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. Sequência (Florianópolis)*, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015.

transparência e a motivação consistente, em virtude dos quais se fala em *direito à administração pública dialógica*⁵².

Raciocínio similar é arquitetado com base em outro vetor, o valor constitucional da segurança jurídica, a partir do qual se desenvolve o princípio de proteção da confiança. Consoante o escólio da doutrina moderna⁵³, a noção de segurança jurídica importa pelo menos três extensões: (i) *cognoscibilidade* ou acessibilidade, apontando para uma perspectiva formal da segurança jurídica, voltada a resguardar publicidade e clareza aos atos estatais (princípio da publicidade e da motivação), combatendo o *engano*; (ii) *calculabilidade* ou previsibilidade, indicando a possibilidade de antecipação do resultado possível na relação do particular com o Estado, evitando a *surpresa*; e (iii) *confiabilidade* ou confiança, constituinte da face subjetiva da segurança jurídica, destinada a consagrar a estabilidade das relações jurídicas e obstar a *frustração*.

A confiabilidade relaciona-se, pois, com o princípio da *proteção da confiança ou das expectativas legítimas*, em seus aspectos substancial e procedimental. Como explica Maffini⁵⁴, invocando as lições de Søren Schønberg, o *princípio da proteção procedimental da confiança* consiste na concretização de uma atividade administrativa processualizada, “em que se assegure a participação dos destinatários da função administrativa, sobretudo nos casos em que administração pública venha a lhe causar prejuízos ou a lhe reduzir vantagens outrora concedidas”.

O processo, nesse sentido, passa a ser ligado ao exercício do poder estatal, expressando o “aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando em muitos pontos no tempo, refletindo a passagem do poder em atos e decisões”, implicando atuação dos sujeitos sob o prisma contraditório⁵⁵. Significa dizer: a imperatividade do poder estatal *somente* se legitima quando observada a paridade e a impar-

⁵² FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22 e ss.

⁵³ Cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: Entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; CALMES-BRUNET, Sylvia. *Du principe de la protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.

⁵⁴ MAFFINI, Rafael. Administração Pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 253, 2010, p. 165.

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 191-193.

cialidade em um processo preordenado, por intermédio do qual a atuação unilateral e opressiva do Estado é coibida⁵⁶.

Além disso, para compreender o grau de extensão das prerrogativas do poder público, e a sua relação com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, convém esclarecer que os poderes administrativos são destinados a uma finalidade específica: o correto exercício da função administrativa no interesse da coletividade; em razão disso, devem sempre ser vistos como *poderes instrumentais*, servientes ao atendimento do interesse alheio, e não como mecanismos criados para beneficiar a pessoa exercente do poder:

Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce *função*: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Onde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no interesse alheio.⁵⁷

Em vista desse caráter de sujeição às finalidades instituídas no interesse coletivo, Bandeira de Mello⁵⁸ se opõe a designar as prerrogativas administrativas como “poderes” ou “poderes-deveres”, propondo sejam denominadas *deveres-poderes*, pois com essa terminologia se “ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 193.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 72.

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73.

A noção de *deveres-poderes administrativos* alinha-se com as ideias precedentemente abordadas relativas ao direito à administração pública dialógica e ao princípio da proteção da confiança. Com efeito, assim como as normas de direito público impõem deveres aos cidadãos, delas também decorrem responsabilidades a serem assumidas pela Administração Pública, que não pode lançar mão de suas prerrogativas e atributos senão para a consecução das finalidades públicas, guiadas pelos valores prestigiados pela Constituição.

O que se espera da Administração Pública sob a égide do Estado de Direito moderno, em que a força normativa dos direitos e garantias constitucionais se irradia por todo o ordenamento, é a observância constante dos padrões de transparência, de motivação, de proporcionalidade, de razoabilidade e de garantia do conhecimento e participação dos administrados no tocante às decisões administrativas concretizadas. Com isso, veda-se a arbitrariedade, o decisionismo, a inobservância das regras de procedimento e a obscuridade no agir do administrador, combatendo-se o favoritismo e a corrupção. Ponderadas essas premissas, é consentâneo pensar que, se o administrador elenca um motivo para a prática de um ato, deve ter em consideração que poderá ser demandado a comprová-lo, cercado-se dos meios para se desincumbir de tal encargo, notadamente quando o ato praticado restringe os direitos do administrado ou impõe uma sanção em face deste.

Alertando para os perigos decorrentes da presunção de validade dos atos praticados pelos exercentes do poder, Agustín Gordillo observa que acatar a presunção de legitimidade de forma ampla, como fez a Suprema Corte Argentina no passado, é o mesmo que proteger a arbitrariedade administrativa, facilitar o excesso e embaraçar a efetiva vigência dos direitos dos indivíduos⁵⁹. De modo bastante realista, Gordillo adverte que, em determinados casos, é possível que a presunção imoderada assuma o papel de um instrumento antidemocrático:

[O] ato administrativo pode ser produto da vontade isolada de um único indivíduo embriagado pelo poder e pela onipotência de crer-se semideus, enviado providencial. Reconhecer a seu capricho presunção igual à da lei, de modo a exigir seu imediato cumprimento, sem informação nem juízo jurídico

⁵⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 10. ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, cap. V, p. 14.

co, sem consulta, sem discussão nem debate, sem audiência prévia, sem fundamentação normativa e fática razoável e suficiente, isso é o suicídio da democracia.⁶⁰

Dessa maneira, a presunção de validade, enquanto dever-poder administrativo, não configura um privilégio pessoal do gestor público, tampouco constitui predicado que tenha fim em si mesmo. Trata-se, isto sim, de um *meio*, de um *instrumento* para a consecução de finalidades públicas e para o exercício geral da função administrativa, cujo emprego deverá sempre observar os padrões de transparência, de motivação, de razoabilidade e de proporcionalidade, sob pena de restar desvirtuada sua vocação democrática.

3.2 CRITÉRIOS DE DECIDIBILIDADE NO ÂMBITO PROCESSUAL

Sopesados os argumentos até aqui delineados, e concluindo que o atributo da presunção de validade não é idôneo para inverter/redistribuir, em todo e qualquer caso, o ônus da prova em desfavor do administrado, resta investigar, por fim, quais seriam os critérios para definir o alcance do atributo em questão, sem descuidar dos valores contrapostos nesse mister.

No ponto, cuida-se de lançar mão da *ponderação em abstrato ou preventiva*, que consiste na técnica que procura fornecer parâmetros gerais e particulares para serem empregados em casos semelhantes – *situações-tipo de conflito* –, servindo como norte na atividade interpretativa e reduzindo a subjetividade do aplicador na análise dos casos concretos, consoante ensina Ana Paula de Barcellos⁶¹.

Como observação inicial, em vista da necessidade de garantir celeridade, eficiência e segurança jurídica ao exercício da função administrativa, julga-se que a

⁶⁰ Tradução livre do seguinte trecho: “[E]l acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un sólo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidios, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia.” GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 10. ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, cap. V, p. 16.

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 146-150.

presunção de validade dos atos administrativos deve ser a regra no campo extraprocessual, evitando-se, assim, que se esvazie o sentido do atributo em questão. Dessa feita, como regra, o ato administrativo deve gozar da presunção antes de ser impugnado pelo particular ou pelos órgãos legitimados para tanto, ficando a ressalva por conta dos casos de antijuridicidade manifesta⁶².

Essa primeira ideia não quer dizer, de forma alguma, que a Administração Pública não tenha responsabilidade ou compromisso com a justiça e a proporcionalidade por ter presumida *ab initio* a validade de seus atos. Vem a calhar, em relação a tal ponto, a lição de Odete Medauar⁶³ quanto à observância dos ditames da justiça pela Administração Pública:

Há um pensamento que associa justiça exclusivamente ao Poder Judiciário. [...] Muito comuns se tornaram as frases, em tom de jactância, do seguinte teor: “Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário”, como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direito de alguém.

O processo administrativo direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses envolvidos numa situação.

De outro lado, em conformidade com as lições de Treves e de Micheli, lembradas por Agustín Gordillo⁶⁴, a referida presunção imputa ao administrado o ônus de provocar os órgãos competentes para buscar o reconhecimento da irregularidade ou da invalidade do ato, importando, assim, uma *relevatio ad onere agendi* – o ônus de agir fica a cargo do impugnante. Entendemos que essa sistemática se dá sem agravos ao exercício da autotutela da Administração Pública, à qual caberá anular o ato viciado, independentemente de provocação do particular, porque se trata de um *dever-poder administrativo*.

⁶² Vide exemplo de Marçal Justen Filho nas páginas seguintes.

⁶³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 195.

⁶⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 10. ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, cap. V, p. 23.

Além disso, Marçal Justen Filho⁶⁵ faz uma oportuna observação no sentido de que determinados aspectos do ato administrativo não são incondicionalmente presumidos por força do atributo em exame, invocando exemplo esclarecedor: “não basta que um sujeito afirme estar investido na titularidade de competência para que seus atos sejam presumidos como legítimos”, sendo certamente viável exigir, nessa hipótese, a comprovação da titularidade do cargo ou função pública. A partir dessa perspectiva, o autor afirma, com inegável acerto, que “o ato administrativo deverá apresentar um *grau mínimo de aparência de perfeição*, indicando o cumprimento das exigências e requisitos necessários à sua existência”⁶⁶. Trata-se de afirmação que se assemelha à ideia de Gordillo, que aponta, com razão, que os atos com vícios manifestos não podem ser albergados pela presunção de validade nem mesmo em um primeiro momento, não se podendo admitir uma presunção ampla de legitimidade⁶⁷.

Quanto ao encargo de buscar o reconhecimento da irregularidade ou invalidade do ato administrativo, Bandeira de Mello⁶⁸, acompanhando a prelação de Ney José de Freitas, sustenta que o atributo da presunção só vigora até os atos administrativos serem questionados em juízo, haja vista que a impugnação pulveriza e elimina a presunção de validade, de tal modo que, a partir da provocação levada ao Poder Judiciário, a questão deverá ser resolvida conforme as regras que ditam a teoria geral da prova.

Parece-nos que tal solução seja razoável, mas há alguns detalhes que não podem passar despercebidos. A circunstância de os fatos probandos deverem ser resolvidos com base na teoria geral da prova não significa que a propositura de uma ação judicial, por si só, acarrete uma suspensão *imediate* do ato questionado. Se

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 410.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 410.

⁶⁷ “El día que se cumpla el procedimiento administrativo de manera integral, de modo que un acto administrativo únicamente se dicte después del cumplimiento de una serie de trámites formales, con debida audiencia y prueba del interesado, con dictamen jurídico previo, con fundamentos razonados de hecho y de derecho, en condiciones de imparcialidad, etc., entonces podrá con algún dejo de razonabilidad recomenzarse la discusión de si al acto puede reconocérsele en tal circunstancia una presunción amplia de legitimidad. Y de todos modos ello no puede nunca amparar el acto manifestamente viciado, por la inexcusable razón de que es imposible presumir que cierto acto es lo que manifestamente no es. El acto nulo, en consecuencia, no puede en ningún caso tener presunción de legitimidad.” GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 10. ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, cap. V, p. 11.

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 423.

esse for o propósito do impugnante, e caso haja risco na manutenção do ato administrativo, a neutralização temporária dos efeitos da medida administrativa deverá ser buscada por meio das tutelas provisórias previstas da legislação processual. O mesmo raciocínio se aplica à seara administrativa, na qual, em decorrência do *poder geral de cautela administrativa*⁶⁹, deve ser sempre facultado ao particular requerer que se confira efeito suspensivo à impugnação ou recurso administrativo interposto, isso quando ele não advém diretamente da lei.

No contexto judicial, cumpre ao magistrado, mesmo que em sede de cognição sumária, levar em consideração a dificuldade ou a impossibilidade do particular relativamente à produção da prova de modo antecipado, ponderando sobre eventual perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo decorrente da manutenção do ato administrativo impugnado até o julgamento final da demanda. Há necessidade de que haja ponderação entre os valores ameaçados. Por seu turno, o particular deve acostar as provas que estiverem ao seu alcance para demonstrar a verossimilhança de sua versão – ou, se for o caso, justificar a sua ausência. O magistrado poderá designar audiência de justificação prévia caso julgue oportuno, a fim de cercar-se de maiores elementos para decidir sobre o pedido de tutela provisória, conforme permissivo do Código de Processo Civil em vigor⁷⁰.

No que respeita ao mérito do processo, a situação empírica eleita como motivo pelo poder público para justificar o ato administrativo constitui seu *pressuposto objetivo*, cuja veracidade é imprescindível para que se possa considerar o primeiro como válido⁷¹. Nos casos em que a impugnação desafia a existência de uma situação fático-jurídica, o deslocamento do ônus da prova em desfavor do administrado no campo processual lhe impõe o severo encargo de demonstrar a não ocorrência de um fato, colocando-o em posição de desvantagem em face da parte adversa.

Além disso, em linha de regra, os administradores públicos estão mais próximos da prova e têm maior facilidade de demonstrar a ocorrência da situação empíri-

⁶⁹ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

⁷⁰ “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [...] § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.” [Original sem grifos.]

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, p. 401.

ca – a qual, repisa-se, é invocada pelo próprio poder público como pressuposto de seu ato. Por força de tais circunstâncias, as regras que regulam a distribuição dinâmica do ônus da prova recomendam que haja o deslocamento do encargo probatório em face da Administração⁷², resolvendo-se eventual dúvida em favor do administrado, notadamente nos casos em que se questiona um ato que de algum modo restringe os direitos dos particulares. O estado de dúvida, em tais casos, resolve-se *in favorem libertatis*.

Noutro vértice, não há motivos para que tal raciocínio não se estenda aos atos *ampliativos* de direito, haja vista que também interessa à coletividade saber os motivos pelos quais o administrador público concede privilégios para alguns em detrimento de outros. Reprime-se, com isso, o favoritismo e a corrupção. Assim, temos que, quando, por exemplo, o Ministério Público ajuíza uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, é possível, a depender da situação de fato, que o encargo probatório seja deslocado em face do gestor público quanto à existência do fato que motivou a concessão de um benefício escuso.

Sob outra perspectiva, vale lembrar que existem hipóteses em que a produção da prova sobre a questão fática discutida no processo se mostra muito difícil ou impossível para ambas as partes. É o caso da prova *bilateralmente diabólica*, em face da qual a disciplina processual veda a redistribuição da tarefa probatória (art. 373, § 2º, do Código de Processo Civil). A lição doutrinária acolhida neste estudo é no sentido de que, em casos de prova bilateralmente diabólica, quando a dinamização na fase saneadora se mostrar inócua e o juiz não chegar nem mesmo a uma convicção de verossimilhança sobre as alegações de fato, o magistrado deve analisar qual das partes assumiu o risco relativo à dificuldade na elucidação dos fatos, designado por Marinoni como *risco de inesclarecibilidade* ou *risco probatório*⁷³.

Para identificar a assunção do risco probatório, é necessário aferir quem, na relação de direito material, devia obediência à norma de prevenção e deixou de ob-

⁷² Adotando conclusão análoga: CARNEIRO NETO, Durval. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no direito administrativo**: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas. 2007. 359 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público)–Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007, p. 342-343. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21809/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Durval%20Carneiro%20Neto.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, 10. ed., jan. 2006. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

servá-la, assumindo, dessa sorte, o risco relativo à dificuldade na elucidação da relação de causalidade entre a violação e o dano efetivo ou potencial discutidos no processo⁷⁴. Tal critério deve ser aplicado nos casos de procedimentos e atos ablativos/restritivos e sancionadores levados a efeito pelo poder público.

Dentre uma infinidade de possibilidades, sabe-se que existem atos administrativos que causam a inibição de direitos individuais dos administrados, a imposição de sanções administrativas e/ou disciplinares, a determinação de condutas a serem obedecidas por indivíduos específicos, a revogação de vantagens anteriormente concedidas etc. Em tais situações, nas quais o agir administrativo é capaz de afetar diretamente a esfera jurídica dos administrados, a Administração Pública deve cercar-se de elementos comprobatórios do pressuposto objetivo da medida tomada, justamente pelo fato de serem condutas potencialmente lesivas a direitos individuais. Caso não o faça, assumirá, no plano processual, o risco probatório decorrente da situação de inescclarecibilidade, na hipótese de a produção da prova sobre a situação empírica que justificou o ato restar por algum motivo inviabilizada *a posteriori*.

Na prática, já se exige a produção de prova por parte da Administração Pública em relação a atos dessa espécie, até mesmo por um imperativo de bom senso. É o que ocorre em relação à cominação de multas decorrentes de infrações de trânsito, em relação às quais a própria lei prevê os meios de fiscalização e os parâmetros de qualidade que deverão ser obedecidos por esses instrumentos de vigilância. Pode-se dizer o mesmo em relação a determinados aspectos de exações tributárias: a jurisprudência exige, por exemplo, que o Fisco faça prova da sucessão empresarial – da alienação fundo de comércio ou estabelecimento – para fins de incidência da responsabilidade por sucessão e para o correlato redirecionamento do processo de execução fiscal, dado que “não existe responsabilidade por presunção”⁷⁵.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, 10. ed., jan. 2006. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

⁷⁵ “A relação jurídica que exsurge da sucessão de empresas é obrigacional, fundada, porém, em uma sanção administrativa. Se a adquirente não cumprir o dever de verificar a regularidade fiscal da alienante para firmar o negócio, exigindo o pagamento de todos os débitos porventura existentes, será penalizada pela sua omissão, arcando com a responsabilidade de adimplir a dívida da empresa sucedida. Isso pressupõe a caracterização incontestável e manifesta da alienação do fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, porquanto não seria admissível sancionar terceiro que efetivamente não adquiriu a empresa e tampouco considerar existente, no ordenamento jurídico tributário, responsabilidade por presunção. É, portanto, do Fisco o ônus da prova de que ocorreu a sucessão.” Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n. 0004914-70.2014.404.0000. Julgado em 15 de outubro de 2014. Relator para o Acórdão Jorge Antonio Maurique.

Enfim, esses são alguns critérios gerais sugeridos para a aplicação da distribuição dinâmica do encargo probatório na seara dos atos administrativos, nos casos em que estes forem impugnados na via judicial. Evidentemente, as múltiplas contingências do mundo fenomênico impossibilitariam a estipulação de critérios apriorísticos absolutos, que solucionassem todas as *situações-tipo* de conflito. Há, inclusive, searas jurídicas que envolvem a consideração a princípios que lhes são particulares, como é o caso, *exempli gratia*, da responsabilização decorrente de dano ambiental (princípio da precaução). Em virtude disso, se os parâmetros gerais indicados não forem inteiramente adaptados ou adaptáveis às particularidades do caso examinado, cumprirá ao intérprete investigar uma nova solução ponderativa, tomando em consideração os elementos específicos da situação real. Essa é a tarefa designada por Ana Paula de Barcellos como *ponderação em concreto ou real*⁷⁶.

Diante de tal cenário, consigna-se que o objetivo deste artigo foi o de operar uma ponderação entre as razões colidentes envolvendo o atributo da presunção de validade dos atos administrativos e o regramento que prevê a possibilidade de dinamização do encargo probatório no âmbito processual. Foram propostos parâmetros gerais para contrabalançar, na dinâmica processual, os valores em exame, com o cuidado de não comprometer o núcleo essencial dos preceitos em discussão. O propósito foi o de contribuir, ainda que de modo singelo, para a formulação de soluções interpretativas prévias, destinadas à resolução de situações em que se constatem conflitos idênticos ou similares aos versados neste estudo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para finalizar o presente estudo, parece conveniente que, neste tópico final, sejam feitas referências às principais questões que este artigo se propôs a abordar, a

⁷⁶ Sobre o tema, esclarece a autora: "[C]onsiderando a ponderação em concreto ou real, se as normas concebidas em tese pela doutrina e pela jurisprudência a partir dos enunciados existentes e/ou do sistema como um todo não forem capazes de solucionar o conflito verificado no caso concreto, este, com suas sutilezas e particularidades, vai fornecer ao aplicador subsídios para uma nova 'regulagem' do processo ponderativo e, conseqüentemente, para a construção da norma adequada a ele. [...] Uma vez que se proceda a uma ponderação em concreto, a solução adotada no caso poderá aprimorar o modelo geral formulado pela ponderação em abstrato." BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 152-154.

fim de que se possa ter uma visão mais abrangente dos temas versados. Com o intuito de prevenir um eventual reducionismo, ressalva-se que estas considerações finais não se destinam à realização de um resumo detalhado do trabalho, mas a fornecer um panorama das ideias apresentadas ao longo do artigo, destacando-se certos pontos que parecem ser mais relevantes.

No tópico inicial do desenvolvimento, foram identificadas as prerrogativas públicas do ato administrativo em razão das quais se afirma que ele se submete a um regime jurídico de direito público. Considerou-se, ainda, que o atributo da presunção de validade firma as suas bases na *noção de soberania estatal*, coadjuvando no equilibrado desempenho da potestade pública. Fundamenta-se também nos *princípios da celeridade, da eficiência e da segurança jurídica* no exercício da função administrativa, pois a ausência de definitividade desses atos inviabilizaria o regular desenvolvimento da atividade-fim por parte do Estado.

Noutro vértice, foi destacado que a técnica de dinamização do ônus probatório remete à noção de justiça, calcando-se nos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; da isonomia e da paridade de armas; da boa-fé processual; da adequação e da cooperação processual; e no postulado da razoabilidade. A partir desse cenário de valores constitucionais e processuais, indagou-se se a aplicação do método da dinamização, incorporado na legislação pátria, afetaria os valores que guarnecem a presunção de validade, ou se porventura ofenderia o núcleo essencial dos mencionados princípios.

Pontuou-se que o atributo da presunção de validade vem sendo reexaminado pela doutrina em relação às suas repercussões na tarefa probatória no âmbito judicial, no sentido de que a inversão do ônus de provar não deve ser vista como algo absoluto. Se, para a validade do ato, deve ocorrer um pressuposto objetivo, e se é necessário que seja exposta a motivação desse ato, com a indicação de seu suporte fático-jurídico, não é razoável pensar que a Administração esteja isenta de demonstrar a situação de fato indicada em sua fundamentação, como se a alegação bastasse por si só. Como ressaltado em lição doutrinária, não pode o gestor da coisa pública afirmar, de modo unilateral e apartado de fundamentos, que um fato aconteceu, e

pretender invocar uma presunção favorável a si, remetendo ao particular *todo* o ônus de provar a alegação de fato contrária à versão delineada pelo poder público.

Nessa senda, apontou-se que acolher sem maiores reflexões uma solução dessa natureza atentaria contra o *direito fundamental à boa administração pública*, que corresponde ao direito de todos os cidadãos a uma administração pública eficiente, eficaz, proporcional e transparente, que cumpra os deveres de transparência, motivação, imparcialidade, com a observância dos princípios constitucionais que a regem nas relações administrativas. Em referência ao aspecto procedimental, a Administração Pública deve obediência aos preceitos constitucionais atinentes ao devido processo legal, em virtude dos quais se fala em direito à *administração pública dialógica*.

Raciocínio similar é arquitetado com base em outro vetor, o valor constitucional da segurança jurídica, a partir do qual se desenvolve o *princípio de proteção da confiança*, que, no seu aspecto procedimental, consiste na concretização de uma atividade administrativa processualizada, na qual se garanta a efetiva (ou, ao menos, potencial) participação dos destinatários da função administrativa, sobretudo nos casos em que administração pública venha a lhes causar prejuízos ou a lhes reduzir vantagens antes concedidas. Nesse esteio, o processo passa a ser ligado ao exercício do poder estatal, expressando o aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando em muitos pontos no tempo, implicando atuação dos sujeitos sob o prisma contraditório, conforme lição doutrinária. A imperatividade do poder estatal somente se legitima quando observada a *paridade* e a *imparcialidade* em um *processo preordenado*, por intermédio do qual a atuação unilateral e opressiva do Estado é coibida.

Os poderes administrativos são destinados a uma finalidade específica: o correto exercício da função administrativa no interesse da coletividade. Em razão disso, devem ser vistos como *poderes instrumentais* ou *deveres-poderes*, servientes ao atendimento do interesse alheio, e não como mecanismos criados para beneficiar a pessoa exercente do poder, sob pena de assumir o papel de instrumento antidemocrático.

Dessa maneira, se o gestor da coisa pública elenca um motivo para a prática de um ato, deve considerar que poderá ser demandado a comprová-lo, cercandose

dos meios para se desincumbir de tal encargo, notadamente quando o ato praticado restringe os direitos de administrados ou impõe sanção em face destes. Assumindo, nessa toada, que o atributo da presunção de validade não é idôneo para redistribuir, em todo e qualquer caso, o ônus da prova em desfavor do administrado, investigou-se quais seriam os critérios para definir o alcance do atributo em questão, sem descurar dos valores contrapostos nesse mister. Tratou-se de efetivar uma *ponderação em abstrato ou preventiva*.

Salientou-se que a referida presunção imputa ao administrado – e isso é inegável – o ônus de provocar os órgãos competentes para buscar o reconhecimento da irregularidade ou da invalidade do ato, de modo que o ônus de agir fica a cargo do impugnante, em linha de regra. O ônus de agir vigora sem agravos ao exercício da autotutela da Administração Pública, visto que este constitui um *dever-poder administrativo*, que, como regra, não pode ser desatendido.

Sob outro prisma, o ato administrativo deverá apresentar um grau mínimo de aparência de perfeição, indicando o cumprimento das exigências e requisitos necessários à sua existência e validade. Os atos com vícios manifestos não podem ser albergados pela presunção de validade nem mesmo em um primeiro momento, não se podendo admitir uma presunção ampla (ou imoderada) de legitimidade.

Ressaltou-se que o atributo da presunção só deve vigorar até os atos administrativos serem questionados em juízo, haja vista que a impugnação elide a presunção de validade. A partir da impugnação levada ao Poder Judiciário, a questão deverá ser resolvida conforme as regras que ditam a teoria geral da prova, o que não significa, todavia, que a propositura de uma ação judicial, por si só, acarrete a suspensão imediata do ato questionado. Caso haja risco na manutenção do ato administrativo, a neutralização temporária dos efeitos da medida administrativa deverá ser buscada por meio das tutelas provisórias previstas da legislação processual.

Na esfera judicial, cumpre ao magistrado, mesmo analisando um pedido feito em sede de cognição sumária, levar em consideração a dificuldade ou a impossibilidade do particular relativamente à produção da prova de modo antecipado, ponderando sobre eventual perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo decorrente da manutenção do ato administrativo impugnado até o julgamento final da deman-

da. Deverá haver uma ponderação entre os valores ameaçados, para bem aquilatar a correta decisão a ser tomada em sede de cognição sumária.

Na generalidade dos casos que geram demandas judiciais, as regras que disciplinam a distribuição dinâmica do ônus da prova recomendam o deslocamento do encargo probatório *em face* da Administração, resolvendo-se eventual dúvida em favor do administrado, notadamente nos casos em que se questiona um ato que de algum modo restringe injustificadamente os direitos dos particulares. O estado de dúvida, em tais casos, resolve-se *in favorem libertatis*. E não há motivos para que tal raciocínio – relativo a atribuir à Administração o encargo de produzir a prova – não se estenda também aos atos ampliativos de direito, haja vista que é de interesse da coletividade saber os motivos pelos quais o administrador público concede privilégios para alguns em detrimento de outros.

De outro lado, o Código de Processo Civil em vigor prevê uma regra para as hipóteses em que a produção da prova sobre a questão fática discutida no processo se mostra muito difícil ou impossível para ambas as partes, vedando a redistribuição do ônus probatório nesse caso (*probatio diabolica* reversa). Em caso de medida administrativa potencialmente lesiva a direitos individuais, a Administração Pública deve cercar-se de elementos aptos a comprovar o pressuposto objetivo que levou à adoção da medida. Caso não o faça, poderá assumir, no plano processual, o risco probatório decorrente da situação de inesclarecibilidade, no eventual caso de a produção da prova sobre a situação empírica que justificou o ato restar por algum motivo inviabilizada *a posteriori*. Na prática, já se exige a produção de prova por parte da Administração Pública em relação a atos dessa espécie.

Esses foram critérios gerais elencados para a aplicação da distribuição dinâmica do encargo probatório na seara dos atos administrativos, nos casos em que tais atos forem impugnados na via judicial. Evidentemente, as múltiplas contingências do mundo fenomênico impossibilitariam a estipulação de critérios apriorísticos absolutos, que solucionassem todas as situações-tipo de conflito. A *ponderação em abstrato ou preventiva* deve ser complementada pela *ponderação em concreto ou real*, a ser levada a efeito pelo intérprete.

Nesse cenário, o objetivo da última seção foi o de operar uma ponderação entre as razões colidentes envolvendo o atributo da presunção de validade dos atos administrativos e o regramento que prevê a possibilidade de dinamização do encargo probatório no âmbito processual. Com isso, foram propostos parâmetros gerais para contrabalançar, na dinâmica processual, os valores em exame, com o cuidado de não comprometer o núcleo essencial dos preceitos em discussão.

Como últimas palavras: o que se espera da Administração Pública sob a égide do Estado de Direito moderno, em que a força normativa dos direitos e garantias constitucionais, na forma de princípios e regras, se irradia por todo o ordenamento, é a observância constante dos padrões de transparência, de motivação, de proporcionalidade, de razoabilidade e de garantia do conhecimento e participação dos administrados no tocante às decisões administrativas. Em síntese, o nosso tempo reclama uma Administração Pública *responsável* por seus atos. Com isso, inibe-se a arbitrariedade, o decisionismo, a inobservância das regras de procedimento e a obscuridade no agir do administrador, combatendo-se o favoritismo e a corrupção. Os apontamentos realizados neste trabalho objetivaram contribuir, ainda que de modo singular, para a construção dessa nova realidade.

5 REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (coords.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: Entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: DF, 2015.

BRASIL. **Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e Fundações Públicas Federais**. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília: DF, 1990.

BRASIL. **Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Brasília: DF, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.262 – MG**. Julgado em 05 de fevereiro de 2004. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento n. 0004914-70.2014.404.0000**. Julgado em 15 de outubro de 2014. Relator para o Acórdão Jorge Antonio Maurique.

CALMES-BRUNET, Sylvia. **Du principe de la protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.

CARNEIRO NETO, Durval. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no direito administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**. 2007. 359 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público)—Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21809/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Durval%20Carneiro%20Neto.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**. 10. ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011.

HAGE, Jaap C. **Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.

HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscilia; MAFFINI, Rafael. **Comentários à lei federal do processo administrativo – Lei n. 9.784/99**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAFFINI, Rafael. Administração Pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 159-172, 2010.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista de Doutrina da 4ª Região** [endereço eletrônico], 10. ed., jan. 2006. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 38. ed. atual. até a emenda constitucional 68, de 21/12/2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. [S.l.: s. n.], 2008. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

PEYRANO, Jorge W. La carga de la prueba. In: CONGRESSO COLOMBIANO DE DIREITO PROCESSUAL, 34., 2013, Medelim, **Memoriais...** Medelim: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2013, p. 956-974.

POSCHER, Ralf. Acertos, Erros e Equívocos de Autocompreensão da Teoria dos Princípios. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ANIMAIS COMO SERES SENCIENTES

Thaise Santos da Rosa¹

RESUMO: Este trabalho versa acerca dos direitos básicos dos animais, como direito a vida, direito ao bem estar. Mostrando a evolução desses direitos ao longo da história, definindo os animais como seres sencientes, tornando-os aptos para serem beneficiados por direitos ditos como fundamentais para os animais não humanos. Utilizando doutrinas, bem como jurisprudências para a formação de uma metodologia mais direta frente a discussão sobre direitos dos animais. Portanto, pode-se concluir, perante a doutrina, que no atual Estado Social de Direito, os animais não humanos têm garantias de direitos tanto quanto os humanos, não devendo o Estado fechar os olhos para isto, pois o mesmo tem as mesmas responsabilidades de garantir uma vida digna para os seres sencientes, como os animais. Atribui-se o resultado desta pesquisa a contribuir e verificar os direitos e garantias dos animais não humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Animais. Princípios. Direitos. Direito Constitucional. Políticas Públicas. Direito dos Animais.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 O animal não humano como ser senciente 3 A evolução histórica dos direitos dos animais 3.1 Declaração universal dos direitos dos animais 4 A proteção jurídica dos animais não humanos 4.1 A constituição e os animais 4.2 O ordenamento jurídico infraconstitucional e os animais 4.3 Princípio da dignidade à vida aplicada aos animais não humanos 4.4 Análise e comparativo do artigo 5º da constituição aplicada aos animais não humanos 5 Religião e os animais 6 Políticas Públicas que garantem direito aos animais não humanos 6 Considerações Finais 7 Referências.

INTRODUÇÃO

¹ Pós-graduanda em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo e Tributário pela Faculdade Estácio Porto Alegre (de 2017 até o presente). Graduada em Direito pela Faculdade Estácio FARGS (Turma 2016/2). Assistente Jurídica e Secretária do Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário IPA Metodista em Porto Alegre (de Abril de 2017 até o presente).

Em alinhamento com a tendência social de que os animais não humanos são seres sencientes, e por este motivo têm direitos e garantias fundamentais tanto quanto os seres humanos, tende-se a verificar que ambos podem conviver de forma pacífica e dividindo os mesmos direitos considerados básicos como o bem estar, à vida, a saúde e a um lar.

Ao longo da história os humanos se dividiam em seus posicionamentos acerca dos animais, nem sempre se pensava nos animais não humanos como membros da família ou seres que sentem dor, frio, fome, amor, por este motivo, grande parte da humanidade explorou e explora os animais não humanos até os dias de hoje.

Entretanto, sempre surgiu pessoas que questionavam este tipo de cultura no mundo inteiro, surgindo uma preocupação com a forma que eram tratados os animais domésticos e não domésticos.

Assim, surgiram os primeiros direitos dos animais ao longo do desenvolvimento mundial. Atualmente várias culturas se dividem quando se trata dos direitos dos animais não humanos, porém a realidade vem modificando a cada dia, com o atual desenvolvimento da humanidade e a preocupação com o futuro das próximas gerações, os humanos tem cada vez mais se preocupado não somente com a natureza, mas com a forma como que se tratam os animais. Em 2012, o IBOPE - Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística - publicou que 15,2 milhões de brasileiros se declararam vegetarianos, correspondendo a 8% da população total do país, e esta realidade é cada vez maior. Mostrando que as novas gerações se preocupam não somente com a sua saúde, mas com o bem-estar da natureza e dos animais.² Mostrando que é possível a convivência pacífica entre os animais não humanos e humanos, podendo os humanos garantir os direitos básicos aos animais não humanos.

² IBOPE 2012. Disponível em: <<https://vista-se.com.br/ibope-2012-152-milhoes-de-brasileiros-sao-vegetarianos/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

2 O ANIMAL NÃO HUMANO COMO SER SENCIENTE

De acordo com o dicionário Aurélio³, senciente vem do latim *sentiens entis* que significa capaz de sentir ou perceber através dos sentidos. Em outra forma, seres que possuem ou conseguem receber impressões ou sensações.⁴

Importante salientar que não se deve misturar o conceito de senciente com o de autoconsciência, no qual conceitua-se como a consciência que um sujeito tem de si próprio.⁵ Consoante o Glossário:

*Organismos vivos que não apenas apresentam reações orgânicas ou físico-químicas aos processos que afetam o seu corpo (sensibilidade), mas além dessas reações, possuem um acompanhamento no sentido em que essas reações são percebidas como estados mentais positivos ou negativos. Trata-se, portanto, de um indício de que existe um “eu” que vivencia e experimenta as sensações, diferenciando, claramente, “indivíduos vivos” de meras “coisas vivas”.*⁶

Partindo deste princípio, pode-se definir a senciência como um estado da mente que acompanha as sensações físicas como dor, frio e fome. Pode-se dizer que a senciência corresponde a sensibilidade e consciência, sendo algo que somente será encontrado em seres do reino animal.⁷

³ SENCIENTE. In: DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/senciente>>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁴ SENCIENTE. In: DICIONÁRIO ONLINE. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/senciente/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁵ AUTOCONSCIÊNCIA, op. cit.

⁶ SENTIENS. In: GLOSSÁRIO. Disponível em: <http://www.sentiens.net/top/PA_GLOSSARIO_top.html>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁷ AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITO DOS ANIMAIS. Senciência. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/10/06/2009/senciencia>>. Acesso em: 19 out. 2016

Outrossim, em discussões no meio acadêmico e militantes dos direitos dos animais, pauta-se a consideração de os animais não humanos serem classificados como seres com sentidos e sentimentos.

A característica mais usada para reconhecer a senciência, portanto, é a dor, fazendo com que o conceito da mesma seja cada vez mais utilizado em defesa dos animais não humanos, o que leva ao questionamento de o animal não humano ter direitos de proteção.

Na atualidade, a doutrina tem entendido que nos animais vertebrados, por possuírem sistema nervoso central, a capacidade de sentir existe, de tal modo que os animais que fazem parte do dia a dia do ser humano devem ter direitos como indivíduo.⁸

Em consonância com Gary L. Francione, primeiro acadêmico a lecionar sobre o tema “direito dos animais” em uma faculdade americana, a garantia dos direitos dos animais tem como critério fundamental e suficiente a senciência, complementando que:

Não há qualquer característica que sirva para distinguir os humanos dos outros animais. Qualquer atributo que possamos pensar que torna os humanos ‘especiais’, e assim diferentes dos outros animais, é compartilhado por algum animal não humano.⁹

Atualmente os conceitos acerca dos direitos dos animais vem modificando, uma vez que começam a surgir, de forma singela, jurisprudências em favor dos animais, considerando os mesmos como seres sencientes de direitos.

Recentemente o Juiz Leandro Katscharowski Aguiar, titular da 7ª Vara Cível de Joinville em Santa Catarina, declinou competência para a Vara da Família, acerca de um processo de posse e propriedade de cão, por entender que o animal, motivo do litígio, seria um ser senciente, afirmando que:

⁸ SINGER, Peter. Liberação Animal - O Clássico Definitivo Sobre o Movimento Pelos Direitos dos Animais e exploração animal. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

⁹ FRANCIONE, Gary L. Introdução aos direitos animais. Campinas: Editora Unicamp, 2013, p. 32.

Quem sabe se valendo da concepção, ainda restrita ao campo acadêmico, mas que timidamente começa a aparecer na jurisprudência, que considera os animais, em especial mamíferos e aves, seres sencientes, dotados de certa consciência.¹⁰

Verifica-se que o entendimento vem modificando sobre os animais não humanos, pois, se os animais conseguem receber impressões ou sensações, devem ter direitos assegurados no ordenamento jurídico.

3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

A discussão acerca dos direitos dos animais é mais antiga do que se imagina. No século VI a.C., já havia o debate questionando sobre a existência de direitos aos animais. Pitágoras informa a ideia de transmigração de almas, sendo este conceito a possibilidade de a alma passar de um corpo e residir em outro, complementando que “o homem que semeia a morte não pode colher o amor e enquanto assim agir, destruindo sem piedade os animais, nunca terá saúde, alegria e tranquilidade ao seu Espírito”¹¹

Por sua vez, Aristóteles debatia sobre os animais não fazerem parte da mesma escala natural do homem, ressaltando que os animais são irracionais e instrumentos para o contentamento do homem.¹²

Já na filosofia budista e em seus ensinamentos, Buda, em 500 a.C, decreta em seu primeiro mandamento: “não matarás nenhum ser vivente”.¹³

¹⁰ IBDFAM. Magistrado considera cadela criatura senciente e declina competência sobre processo de posse para vara de família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6004/Magistrado+considera+cadela+criatura+senciente+e+declina+compet%C3%A2ncia+sobre+processo+de+posse+para+vara+de+fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 19 out. 2016.

¹¹ LEVAI, Laerte Fernando. Direito dos Animais. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão, São Paulo: Editora Mantiqueira, 1998. p. 13-66

¹² MÓL, Samylla, VENANCIO, Renato. A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2014, p 14.

¹³ CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O direito dos animais. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

A Bíblia retrata os animais desde seus primeiros livros:

Disse também Deus: "Encham-se as águas de seres vivos, e sobre a terra voem aves sob o firmamento do céu". Assim Deus criou os grandes animais aquáticos e os demais seres vivos que povoam as águas, de acordo com as suas espécies; e todas as aves, de acordo com as suas espécies. E Deus viu que ficou bom. Então Deus os abençoou, dizendo: "Sejam férteis e multipliquem-se! Encham as águas dos mares! E multipliquem-se as aves na terra".

Passaram-se a tarde e a manhã; esse foi o quinto dia. E disse Deus: "Produza a terra seres vivos de acordo com as suas espécies: rebanhos domésticos, animais selvagens e os demais seres vivos da terra, cada um de acordo com a sua espécie". E assim foi. Deus fez os animais selvagens de acordo com as suas espécies, os rebanhos domésticos de acordo com as suas espécies, e os demais seres vivos da terra de acordo com as suas espécies. E Deus viu que ficou bom. ¹⁴

Dispõe também sobre o Homem ter domínio sobre os animais:

*Então disse Deus: "Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança. Domine ele sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os animais grandes de toda a terra e sobre todos os pequenos animais que se movem rente ao chão"*¹⁵

¹⁴ BÍBLIA. A. T. Gênesis. In: BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada: contendo o antigo e o novo testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966. Gênesis, versículo 1: 20-25.

¹⁵ BÍBLIA. A. T. Gênesis. In: BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada: contendo o antigo e o novo testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966. Gênesis, versículo 1: 26

Após o surgimento de Jesus, o cristianismo, bem como o Judaísmo, extinguiu em suas doutrinas o sacrifício dos animais, condenando esta prática. Salienta-se, contudo, que no Antigo Testamento condenava-se os maus tratos e sacrifício de animais.

De que me serve a mim a multidão de vossos sacrifícios, diz o Senhor? Já estou farto dos holocaustos de carneiros, e da gordura de animais cevados; nem me agrado de sangue de bezeros, nem de cordeiros, nem de bodes.¹⁶

Durante séculos se ignorava os direitos dos animais não humanos, prevalecendo a doutrina Bíblica, sendo os animais domínio do homem, servindo como ferramentas para a sobrevivência dos homens.

Em 1754, Jean-Jacques Rousseau, em seu discurso sobre a Desigualdade, rebate que os seres humanos são animais, ainda que ninguém se exima de intelecto e liberdade, e sendo os animais seres que possuem sensações, eles também deveriam participar do direito natural, tornando os homens responsáveis pelo cumprimento de alguns deveres, mais precisamente um tem o direito de não ser desnecessariamente maltratado pelo outro.¹⁷

O iluminista François-Marie Arouet, Voltaire, como ficou conhecido, traz em seu dicionário Filosófico:

A imbecilidade é afirmar que os animais são máquinas desistituídas do conhecimento e de sentimentos, agindo sempre de igual modo, e que não aprendem nada, não se aperfeiçoam e daí por diante!

Talvez seja... Nesse caso esse pardalzinho que constrói o ninho em semicírculo quando o prende a uma parede, que constrói num quarto de círculo quando o faz num ângulo e em círculo num ramo de árvore – faz sempre de

¹⁶ Ibidem, Isaías, versículo 1:11.

¹⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem da desigualdade, 1754. Tradução Maria Lacerda de Moura. Edição Ridendo Castigat Mores. Edição eletrônica. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org>> . Acesso em: 19 out. 2016

maneira igual? O cão de caça amestrado, que ensinaste a obedecer-te durante três meses, porventura não estará sabendo mais ao término desse período do que sabia no início das lições? Dedicando-te a ensinar uma melodia a um canário, será que ele repete-a logo no mesmo instante? Por acaso não levarás um certo tempo até o animalzinho a decolar? Veja como ele se engana, com frequência, e só vai se corrigindo com o tempo?

Apenas por eu ser dotado de fala é que julgas que tenho sentimentos, memórias, idéias? Ora, nada te direi. No entanto, vês-me entrar em casa com um ar preocupado, aflito, andar a procurar um papel qualquer com nervosismo, abrir a secretária onde me recorda tê-lo guardando, encontrá-lo afinal, lê-lo jubilosamente. Imaginas que passei de um sentimento de aflição para outro de prazer, que sou possuidor de memória e conhecimento.

Agora, pegue esse teu raciocínio, por comparação, e transfere para aquele cão que se perdeu do dono, que entra em casa, agitado, inquieto, que desce, percorrer as casas, umas após outras, até que acaba, finalmente, por encontrar o dono de que tanto gosta no gabinete dele e ali manifesta a sua alegria pela ternura dos latidos, em pródigas carícias.

Esse animal, que excede o homem em sentimentos de amizade é pego por algumas criaturas bárbaras, que pregam-no numa mesa, dissecam-no vivo ainda para te mostrar as veias mesentéricas. No corpo deste animal encontras todos os órgãos das sensações que também existem em ti. Acaso ainda atreve-te a argumentar, se fores capaz, que a natureza colocou todos estes instrumentos do sentimento no animal para que ele não possa sentir? Dispõe de nervos para manter-se

*impassível? Será que não te ocorre ser por demais impertinente essa contradição da natureza?*¹⁸

No século XVIII, argumentava e afirmava o filósofo Jeremy Bentham que a dor animal é tão real e relevante quando a dor humana, complementando que “talvez chegue o dia em que o restante da criação animal venha a adquirir os direitos dos quais jamais poderiam ter sido privados, a não ser pela mão da tirania”.¹⁹

Ainda para o autor, o que deve ser levado em consideração é a capacidade de sofrer e não a de pensar e raciocinar, pois se a habilidade da razão fosse critério, muitos seres humanos, tais como bebês e portadores de deficiências especiais, também teriam que ser tratados como coisas. A partir dessas alegações, escreveu seu mais famoso trecho sobre o assunto: “A questão não é: eles pensam? Eles falam? Mas: eles sofrem?”²⁰

Passando para o século XIX, Arthur Schopenhauer defendeu que os animais possuem a mesma essência dos seres humanos e, acerca da falta de razão, os inclui em um sistema moral, dissertando: “Amaldiçoada toda moralidade que não veja uma unidade essencial em todos os olhos que enxergam o sol”.²¹

No século XX, mais precisamente na década de 70, foi questionado por filósofos da Universidade de Oxford a razão pelo qual o status moral dos animais seria necessariamente inferior ao status moral dos humanos.

Devido ao discurso de Ryder, em 1975, Peter Singer, professor de Bioética na University Center for Human Values da Universidade de Princeton, lançou o livro que se tornou uma “bíblia” dos defensores dos direitos dos animais, o *Libertação Animal*. Porém, Singer não concede direitos morais ou legais para os animais não humanos, se baseando no utilitarismo.

¹⁸ VOLTAIRE. Dicionário Filosófico. Tradução Editora Martin Claret, 2004. Capítulo 8, p. 30 e 31

¹⁹ VENANCIO, Renato. MÓL, Samylla. A proteção jurídica aos animais no Brasil – uma breve história. Editora FGV, 1. Ed. Rio de Janeiro, 2014, p. 17.

²⁰ VENANCIO, loc. cit

²¹ DOVAL, Lenize Maria Soares. Direitos dos Animais: uma abordagem histórico-filosófica e a percepção de bem-estar animal. Monografia. Graduação em Veterinária. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade De Veterinária. 2008. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/16438/000661804.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 out. 2016.

O utilitarismo é uma filosofia ética, cujo objetivo é a prescrição da ação de forma a otimizar o bem-estar do conjunto de seres sencientes. A prevenção do sofrimento é o maior valor utilitarista, ainda que se saiba o que é o sofrimento e o bem-estar, e que é nosso interesse evitar um e perseguir o outro.²²

3.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

Na década de 70 ativistas que lutavam pela defesa dos direitos dos animais, levaram à UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) uma proposta de documento legal e de caráter internacional que visava definir conduta acerca da defesa dos animais não humanos.

Em 27 de janeiro de 1978, na Bélgica, foi proclamada pela UNESCO a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, uma maneira de equiparar a condição de existência dos animais não humanos e os seres humanos.²³

4 PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

4.1 A CONSTITUIÇÃO E OS ANIMAIS

Ao longo da história é possível visualizar práticas de crueldade contra os animais, o que se fez necessário o surgimento de normas para regular e garantir a defesa e preservação não somente da flora e fauna existente, mas também dos animais.

Com a evolução da civilização, houve o surgimento de legislações de proteção aos animais não humanos, progredindo sempre junto com a evolução da

²² DOVAL, Lenize Maria Soares. Direitos dos Animais: uma abordagem histórico-filosófica e a percepção de bem-estar animal. Monografia. Graduação em Veterinária. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Veterinária.2008. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/16438/000661804.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 out. 2016.

²³ FIO CRUZ. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/direitoanimais.htm>>. Acesso em: 19 out. 2016

humanidade.²⁴ Não há o que se discutir quando o assunto é a importância da proteção do meio ambiente, uma vez que é algo necessário para a sobrevivência da humanidade.²⁵

No Brasil, a busca pelos direitos dos animais sempre foi mais política e econômica. No Brasil colonial, a selva era vista como um grande inimigo do Homem, não havendo preocupação em preservá-la. Os animais selvagens eram comercializados tanto dentro como fora do País, e os animais domésticos serviam exclusivamente para servir ao seu dono. Como exemplo, os cachorros serviam como cães de guarda e caça, as vacas serviam para o fornecimento de carne e leite, burros eram exclusivamente para transportar coisas e pessoas e os cavalos eram usados para combate e para viagens.²⁶

Mesmo o nosso país sofrendo mudanças políticas e organizacional, ao longo de sua história, não havia interesse na mudança da legislação sobre o tema, direito dos animais ou proteção ao meio ambiente, embora de uma maneira mais singela, durante cada década surgia algum manifesto sobre o assunto.

Em 1988 houve uma significativa modificação na legislação brasileira, com a chegada da Constituição Federal. Com a evolução da sociedade no final do século XX, fez-se necessário um repensar na situação, modificando-se os hábitos de viver. Assim, “direito é decorrente das transformações sociais e de suas demandas e as normas jurídicas são fruto da necessidade do Estado regular em conformidade com essas novas demandas da sociedade”.²⁷

Para a autora Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros, estas novas demandas conceituaram um novo Estado, o Estado Socio Ambiental e Democrático de Direito. Assim, a sociedade verificando a necessidade de existir um equilíbrio entre o progresso social e o ambiental, pensando no bem estar da futura geração, bem como na qualidade de vida atualmente, na qual tem como princípio o direito

²⁴ RODRIGUES, Danielle Tetü. O Direito & os Animais. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 83- 84

²⁵ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Direito dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 67

²⁶ LEVAI, Laerte Fernando. Direito dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 26.

²⁷ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Direito dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 45.

fundamental à vida e o cuidado do que os sustentam, transformou o meio ambiente, tornando-o equilibrado.²⁸

A assistência, no Estado Democrático de Direito, alcançou as gerações futuras e, por sua vez, visou atingir outras espécies. De acordo com Silva Sanches, a solidariedade com as próximas gerações só fará mais sentido se houver solidariedade com os que sofrem atualmente, devendo haver uma complementação para que haja resultados para as próximas gerações.²⁹

Nessa linha de raciocínio, a teoria dos direitos fundamentais não pode eliminar os animais não humanos, de modo que vem se modificando e modernizando ao ponto de admitir que os direitos fundamentais dos animais existam, não somente delimitando a força estatal em sua origem, mas também para estabelecer limites do poder um sobre o outro, em uma eficácia horizontal.³⁰

Para Daniel Sarmento, em monografia sobre o tema diz que:

*O Estado e o Direito assuem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.*³¹

De acordo com o autor José Joaquim Gomes Canotilho, o direito ambiental tem uma ligação direta com a dignidade a vida, ocorrendo uma realização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, no qual está previsto de forma expressa na Constituição Federal de 1988, ou seja, destaca-se como um

²⁸ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Direito dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 45.

²⁹ SILVA-SANCHES, SOLANGE S., op.cit., p 41

³⁰ A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre do reconhecimento de que as desigualdades não se situam apenas na relação Estado/particular, como também entre os próprios particulares, nas relações privadas. (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648>. Acesso em: 19 out. 2016

³¹ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.323. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648>. Acesso em: 19 out. 2016

verdadeiro protetor da dignidade da pessoa humana, indo muito mais além do que se imagina, como verdadeiro protetor da dignidade à vida de forma geral, o direito dos animais como uma proteção aos animais não humanos, é sem dúvida um direito fundamental que faz parte do ordenamento jurídico brasileiro.³²

O direito ao meio ambiente estabilizado, conforme Alexandre de Moraes, é de terceira geração, que tem como base a fraternidade e solidariedade, no qual encaixa-se na categoria dos direitos em que se destinam aos gêneros humanos e não necessariamente à proteção dos indivíduos de uma determinada região ou grupo.³³

Para a autora Vania Marcia Damasceno Nogueira, pode-se buscar a Teoria da Igualdade na Consideração dos Interesses Semelhantes de Singer, legitimando-se os direitos fundamentais dos animais, como obrigação de ser-lhes dado no que for compatível. Os animais requerem um direito fundamental que é o direito à vida, o que não significa que devam requerer viver com luxos extremos, receber heranças e usar joias caras.³⁴

A nossa Constituição Federal, em seu artigo 225, prevê e admite que os animais não humanos são munidos de emoção e sentimentos, forçando o Estado e à sociedade o dever de preocupar-se com a vida, a liberdade e integridade física dos animais.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 118.

³³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 31-32.

³⁴ ARRAES, Vania Marcia Damasceno Nogueira. Direitos fundamentais dos animais a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Editora, 2012, p. 280.

*VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.*³⁵

Bem como é função do Ministério Público:

Art. 129. 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;*³⁶

Apesar do Brasil vedar de forma expressa na Constituição Federal a crueldade com os animais, é utilizado os animais para vários fins sem qualquer controle, indo na contramão das várias legislações. Cabe ressaltar que o não cumprimento dessas legislações de maneira mais eficaz, não quer dizer que o direito não exista, devendo ser garantido pelo judiciário.³⁷

Assim, os direitos dos Animais é um ramo do direito relativamente recente, que pode ser ligado aos direitos fundamentais, que visa mostrar o direito fundamental, bem como os direitos dos animais. Desse raciocínio diferenciado, se traz para dentro do direito uma estrutura de direito e dever, firmado na terceira dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, no direito de solidariedade.

O entendimento jurídico sobre os animais não humanos vem se modificando, de forma lenta, mas mostrando que já está presente na atual realidade da sociedade, não somente no Brasil, mas no mundo.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁷ FELIPE, S.T. Dos direitos morais aos direitos constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2007. Revista Brasileira de Direito Animal. v. 2, n.1, jun/2007.

Conceitua Bráulio Lopes, professor de legislação ambiental no Centro Técnico Educacional SOMARTI, ser o direito fundamental um conjunto de direitos e garantias imprescritíveis e invioláveis do homem que visa o respeito à sua dignidade, baseado na proteção do Estado garantidor de condições dignas de vida no qual, dentro dela se encontra a liberdade, saúde, educação entre outros.³⁸

Os direitos dos animais e sua proteção estará sempre ligado diretamente a defesa do meio ambiente, entretanto, para que as mudanças comecem a acontecer de forma mais visível e concreta, deve-se haver uma mudança de paradigma no qual reconhece-se os animais não humanos como seres de direito, fazendo-se necessário uma mudança, identificando a teoria de direitos fundamentais específica aos animais não humanos.³⁹

4.2 O ORDENAMENTO JURÍDICO INFRACONSTITUCIONAL E OS ANIMAIS

No Plano Infraconstitucional, a primeira vez que o Brasil ouviu falar de uma legislação de proteção aos animais foi em 1934, com o então Presidente Getúlio Vargas, que promulgou o Decreto nº 24.645, no qual, estabelecia medidas de proteção aos animais não humanos, tornando-se uma legislação pioneira acerca dos direitos aos animais.

Art. 1º - Todos os animais existentes no País são tutelados do Estado. (...)

Art. 3º - Consideram-se maus tratos: I - praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal; (...) VI - não dar morte rápida, livre de sofrimento prolongados, a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo ou não.⁴⁰

³⁸ LOPES, Bráulio. Direito com cultura. Disponível em:<<https://direitocomcultura.wordpress.com/2010/08/13/art-225-vii-%E2%80%93-constituicao-federal-animais-tem-direitos-fundamentais-ou-sao-tutelados-pela-constituicao/>>. Acesso em: 19 out. 2016

³⁹ ARRES, Vania Marcia Damasceno Nogueira. Direitos fundamentais dos animais a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Editora, 2012, p. 28

⁴⁰ BRASIL. Decreto 24.645, de 10 de julho de 1934. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

Em 3 de outubro de 1941, com a criação da Lei das Contravenções Penais, o Presidente Getúlio Vargas manteve a posição de proteção aos animais, não permitindo, no artigo 64, da referida lei, a crueldade contra animais não humanos.

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.⁴¹

Devido a criação da Constituição Federal de 1988, houve um grande avanço para a proteção dos animais, como a editada Lei nº 9605, em 1998, Lei de Crimes Ambientais, passando de contravenção para crime, sendo punido com detenção de seis meses a um ano, quem maltratar, matar, perseguir, caçar, animais silvestres.

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.⁴²

Ao longo da história é possível visualizar práticas de crueldade contra os animais, o que se fez necessário o surgimento de normas para regular e garantir a defesa e preservação não somente da flora e fauna existentes, mas também dos animais.

Com a evolução da civilização, houve o surgimento de legislações de proteção aos animais não humanos, progredindo sempre junto com a evolução da humanidade. Então, não há o que se discutir quando o assunto é a importância da proteção do meio ambiente, uma vez que é algo necessário para a sobrevivência da humanidade.⁴³

⁴¹ BRASIL. Decreto Lei 3688, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 19 out. 2016

⁴² BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁴³ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. O Direito & os Animais. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 84-85. 134. Direito dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 67

4.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE À VIDA APLICADA AOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

De acordo com a autora Vania Márcia Damasceno Nogueira, o princípio da dignidade à vida é o mais indicado para que possa se fundamentar o tratamento mais adequado e mais ético aos seres de espécies diferente dos seres humanos.

A doutrina vem trazendo outros elementos que são fundamentais, além do princípio da dignidade à vida, como por exemplo valores intrínsecos, interesses, racionalidade prática, a compaixão e o mais importante, a sciência.⁴⁴

Embora quando a Constituição Federal dispõe sobre “todos terem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, bem como em seu inciso VII, §1º, proíba os maus tratos, seria uma contradição os humanos tratarem os animais não humanos como simples objetos ou coisas.

Os maus tratos aos animais geram um sentimento de compaixão no ser humano, pois, de alguma maneira, trata-se da vida do animal não humano, demonstrando que o indivíduo atribui importância diferenciada com os animais, o que não aconteceria com uma cadeia.⁴⁵

Os animais não humanos não devem mais ser consideradas coisas, mesmo que ainda exista uma porcentagem de pessoas que os tratam como objetos, não conseguindo sentir compaixão por uma coisa.⁴⁶

4.4 ANÁLISE E COMPARATIVO DO ARTIGO 5 DA CONSTITUIÇÃO APLICADA AOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

De acordo com o art. 5º da Constituição Federal, todos somos iguais perante a lei.

⁴⁴ ARRAES, Vania Marcia Damasceno Nogueira. Direitos fundamentais dos animais a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Editora, 2012, p. 301

⁴⁵ Ibidem, p. 302

⁴⁶ ARRAES, Vania Marcia Damasceno Nogueira. Direitos fundamentais dos animais a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Editora, 2012, p. 302

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (...)

Segundo Vânia Marcia Damasceno Nogueira, o que faz os humanos serem iguais uns aos outros é justamente o fato de serem sujeitos de uma vida, os interesses que possuem em qualidade de vida e liberdade. Bem estar é algo que todos buscam, tornando-se aptos de terem direitos que venham a garantir esses interesses.⁴⁷

O fato de “ser sujeito de uma vida”, faz com que todos se tornem iguais conforme a habilidade de ter status moral, das quais a igualdade tenha sentido.⁴⁸

Partindo do pressuposto que os animais também podem fazer parte desta classificação, ou seja, também são “sujeitos de uma vida”, pode-se afirmar que possuem direitos a dignidade e ao respeito.

Não se pode, portanto, tratar um animal não humano como se fosse um objeto por ele ser supostamente inferior ao indivíduo, a partir do momento que os animais possuem vida, já há garantia ao direito de serem iguais aos humanos.⁴⁹

É necessário lembrar que o maior bem é a vida, não sendo possível uma vida valer mais que outra, inferior ou superior. Maltratar um animal não humano, tendo como argumento a sua inferioridade intelectual, comparando-os com os seres humanos, é insultar a igualdade a vida.⁵⁰

Há uma grande diferença entre os animais e os humanos que se precisa destacar. Os primeiros matam outros animais, pois assim mantém o funcionamento da cadeia alimentar e o equilíbrio ecológico. Os humanos, ao contrário, quando matam outros animais fazem por esporte, por prazer, para embelezar o corpo, satisfazer o paladar, mas muitas vezes, não é por necessidade. Os humanos

⁴⁷ Ibidem, p. 304

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago, op. cit. p. 175-205

⁴⁹ ARRES, op. cit., p. 304

⁵⁰ Ibidem, p. 304

também matam membros da sua própria espécie, mas imbuídos pela ganância, ambição, inveja e sede de poder. Entretanto, não somente matam, a história demonstra a tendência humana à tortura, o que se observa nos campos de concentrações e nas prisões.⁵¹

A declaração Universal dos Direitos dos animais, traz em seu artigo 1º, a garantia de que todos os animais são iguais, da mesma forma que a Constituição Federal garante aos humanos. Possuindo, assim, os animais não humanos, o mesmo valor que os humanos.⁵²

Para Gabriela Dias Oliveira, “se as filosofias moral e política modernas proclamam o princípio da igualdade como fundamento da legislação humana, é de se indagar a partir de que critérios os iguais são mensurados”.⁵³

4.5 O PAPEL DOS ANIMAIS EM CULTURAS RELIGIOSAS

Durante séculos os animais faziam parte direta e ativa da religião, em cada cultura, o animal tinha um significado. No Egito Antigo além de seus deuses serem parte humano e parte animal, como a Deusa Bastet, ligada a fertilidade, sua imagem tinha forma de um gato. O animal para os egípcios era considerado sagrado, pois acreditavam que o felino trazia boa sorte.⁵⁴

Figura 1 – Deusa Bastet

⁵¹ DUTRA, Valeria de Souza Arrufa, op. cit.

⁵² ARRAES, Vania Marcia Damasceno Nogueira. Direitos fundamentais dos animais a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Editora, 2012, p. 305

⁵³ OLIVEIRA, Gabriela Dias. Animais humanos e não humanos de Tom Regan. *Ethic@*, Florianópolis, v.3, n.3, p. 283-299, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/rthic@/capa73.htm>>. Acessado em: 19 out. 2016

⁵⁴ OLIVEIRA, Gabriela Dias. Animais humanos e não humanos de Tom Regan. *Ethic@*, Florianópolis, v.3, n.3, p. 283-299, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/rthic@/capa73.htm>>. Acessado em: 19 out. 2016



Fonte: Tudo sobre Animal⁵⁵

Havia também na cultura grega, referência de animais em seus Deuses, como por exemplo Athena, Deusa da Sabedoria que era retratada com uma coruja em suas mãos ou ombros. Assim, a coruja para os gregos era símbolo de sabedoria, simbologia usada até hoje na modernidade. Ainda na Grécia Antiga, talvez a figura mais conhecida da história, o Centauro, meio homem e meio cavalo.⁵⁶

Na cultura chinesa, existe uma grande simbologia com os animais, eles fazem parte de seu calendário, cada ano corresponde a um animal que tem um significado, bem como os Dragões, como figuras mitológicas que representam sorte e poder. O dragão amarelo representa o Imperador da china, por exemplo.

O pato é um animal usado em casamentos, uma vez que eles acreditam que represente felicidade e fidelidade.⁵⁷ Salienta-se que, no mesmo país, acontece o festival de carne de cachorro, sendo responsável por grandes manifestações contra a prática que revolta o mundo.⁵⁸

⁵⁵ TUDO SOBRE ANIMAL. Disponível em: <<https://sofiaantunesmonteiro.wordpress.com/2013/04/16/a-historia-do-gato/>>. Acesso em: 19 out. 2016

⁵⁶ DOVAL, Lenize Maria Soares, op cit, p. 29.

⁵⁷ CHINA NA MINHA VIDA. Animais e as crenças chinesas. Disponível em: <<https://chinanaminhavida.com/2011/06/19/animais-e-as-crencas-chinesas/>> Acesso em: 19 out. 2016

⁵⁸ G1. Sob protestos, China realiza festival de carne de cachorro. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/sob-protestos-china-realiza-festival-de-carne-de-cachorro.html>>.

Na Índia, a vaca é considerada um animal sagrado e não é consumido como alimento.

No Brasil existe uma grande discussão acerca de sacrifícios de animais em cultos religiosos. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul recorreu da decisão da aprovação de um projeto de Lei, após o ex-deputado estadual Edson Portilho, apresentar e conseguir aprovação no Legislativo do Projeto de Lei no qual, incluía um parágrafo no Código Estadual de Proteção aos Animais, garantindo às religiões “afro” a prática de sacrifício de animais em rituais.

Aprovado projeto pelo então Governador do Estado, Germano Rigotto, com algumas ressalvas, como por exemplo ser legal que os sacrifícios envolvessem animais cujo abate visassem ao consumo humano, bem como a ilegalidade a qualquer tipo de maus tratas aos animais, como morte lenta e dolorosa aos animais.⁵⁹

Porém o MPRS, alegando inconstitucionalidade no Projeto de Lei, não obteve êxito em seu pleito, interpondo uma ADIn em 2006.⁶⁰ O Supremo Tribunal Federal determinou a constitucionalidade da norma que permitia o sacrifício de animais em rituais religiosos através do Recurso Extraordinário 494601, onde o MPRS alegou que era uma afronta ao princípio isonômico e a natureza laica brasileira. Entretanto, o STF indeferiu o pedido de provimento do Recurso do MPRS, tornando vigente a Lei no Estado do Rio Grande do Sul.⁶¹

Figura 2 – Ações Direitas e Incidentes de Inconstitucionalidade no TJ/RS

Acesso em: 19 out. 2016.

⁵⁹ PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. Sacrifício de animais em rituais religiosos: o legado do retrocesso. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/seda/default.php?reg=737&p_secao=32>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁶⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. Ações Diretas e Incidentes de Inconstitucionalidade no TJ/RS. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/adins/mostra_processo?numero=10824&ano=2004> Acesso em: 19 out. 2016.

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sacrifício de animais em rituais religiosos será discutido pelo STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68292>> Acesso em: 19 out. 2016.

Ministério Público Estado do Rio Grande do Sul		Disponibilidade: Existe e não é processado
Nome: 10824	10824	
Ano: 2004	2004	
Nome processo: 10824/2004	10824/2004	
SFZ: 6077-000024-0	6077-000024-0	
Tipo Atual: Tutelares	Tutelares	
Tipo: PZ	PZ	
Aplicação Específica:	REQUERIMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, EM VIRTUDE DE TERMOS CONSIDERADO, DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS, ATRIBUÍDO PELA LEI ESTADUAL Nº 12.131/04-RS.	
Elemento Legitilador:	AUTORIA DO SACRIFÍCIO DE ANIMAIS PARA CULTOS E LITURGIAS DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA.	
Data de Propositura:	27/12/2004	
Urbano:	Indiferente	
Resultado Líquido:	26/12/2004 - "SEM AÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE REGISTRO DE MATRIZ AFRICANA, NÃO PODE O SACRIFÍCIO DE ANIMAIS SER PRÁTICADO."	
Recursos Líquidos:		
Data de Julgamento:	14/03/2005	
Julgamento:	Plenário	
Resultado Julgamento:	POR MAIORIA, JULGADA IMPROCEDENTE AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, REQUERIMENTO DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS, ATRIBUÍDO PELA LEI ESTADUAL Nº 12.131/04-RS, REQUERENTE E AUTORIA CULTOS DE MATRIZ AFRICANA, COM ALTERAÇÃO DE VOTO, ACÓRDÃO UNÂNIME, DESDESIGNAÇÃO DOS AUTORES ADICIONAIS, INQUE PROIBU, TAMBÉM, PRÁTICA DE SACRIFÍCIO DE ANIMAIS PARA CULTOS E LITURGIAS DE MATRIZ AFRICANA."	

Fonte: MPRS⁶²

A jurisprudência:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. SACRIFÍCIO RITUAL DE ANIMAIS.

CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2.º da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao "Código Estadual de Proteção aos Animais" o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. 2. **AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. VOTOS VENCIDOS.** (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70010129690, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça

⁶² MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. Ações Diretas e Incidentes de Inconstitucionalidade no TJ/RS. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/adins/mostra_processo?numero=10824&ano=2004> Acesso em: 19 out. 2016.

do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 18/04/2005)⁶³

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, por Bruna Correa:

O Supremo Tribunal Federal estabelece o sacrifício animal não-imprescindível como um crime infracional. Além disso, por mais digno que seja o ritual, aos animais não estão sendo válidas as normas da Lei de Crimes Ambientais, que proíbem a mutilação, o golpeamento ou qualquer outro ato de crueldade. Também não há controle sanitário e eles, não são sedados, o que igualmente agride as normas federais.⁶⁴

Mesmo o Supremo Tribunal Federal estabelecendo o sacrifício de animais como algo legítimo, este entendimento vai contra a Lei Federal nº. 9.605 de 199866 que define como crime federal o abandono e os maus tratos praticado contra qualquer animal.

Artigo 32 da Lei Federal nº. 9.605/98

É considerado crime praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, doméstico ou domesticados, nativos ou exóticos.

Pena - Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

Parágrafo 1º. - Incorre nas mesmas Penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animais vivos, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ADI: 70010129690 RS. Relator: Araken de Assis. Porto Alegre, 18 de abril de 2005.

⁶⁴ CORREA, Bruna. Sacrifício de animais em rituais religiosos: o legado do retrocesso Disponível em: <<https://chinanaminhvida.com/2011/06/19/animais-e-as-crencas-chinesas/>> Acesso em: 20 out. 2016

Parágrafo 2º. - A Pena é aumentada de 1 (um) terço a 1(um) sexto, se ocorrer a morte do(s) animal(s)."

Ademais, trata-se crime o abandono de animais, previsto no nosso Código Penal em seu artigo 16467:

Art. 164 - Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que o fato resulte prejuízo:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, ou multa.

5 POLÍTICAS PÚBLICAS QUE GARANTEM DIREITO AOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

Para a garantia dos direitos dos animais, o município de Porto Alegre, através de ações do Gabinete da Primeira dama Regina Becker, conhecida por seus trabalhos em defesa dos animais não humanos, criou a Secretaria Especial de Direito dos Animais - SEDA⁶⁵, pioneira na história do Brasil, através da Lei Municipal 11.101/2011 e regulamentada pelo Decreto 17.190/2011, da secretaria da Prefeitura de Porto Alegre. A lei foi criada para:

Estabelecer e executar políticas públicas destinadas à saúde, proteção, defesa e bem-estar animal em Porto Alegre. Os objetivos estratégicos da SEDA estão pautados em ações que visam reduzir os maus tratos aos animais, controlar o crescimento populacional de cães e gatos, reduzir significativamente a população animal abandonada, consolidar na população de Porto Alegre a

⁶⁵ PONTES, Bianca Calçada. SEDA: exemplo de políticas públicas para animais domésticos no município de Porto Alegre – Coleção CEJA. OAB/RS, 2012. Editora Buqui, p. 81-106

*incorporação de valores relacionados à guarda responsável de animais.*⁶⁶

A SEDA tem o dever fundamental de proteger os animais não humanos no município de Porto Alegre, incluindo em seu programa de políticas públicas a formação desta secretaria, dos quais o seu foco é um princípio constitucional que iguala os animais não humanos como seres de direitos devendo sua tutela ser do Estado.⁶⁷

No dia 19/10/2016, para os que defendem os direitos dos animais, houve mais uma vitória: em Porto Alegre foi inaugurado o Primeiro Hospital Público Veterinário do Estado.

Graças a doações particulares, a união entre servidores, o judiciário e as prefeituras de Porto Alegre e de Viamão a Unidade de Saúde Animal Victória foi entregue a cidade, e terá a SEDA como guardião do empreendimento. Neste local até 200 animais poderão ficar internados e o espaço de triagem será para 120 animais.⁶⁸

Pensando na defesa dos animais não humanos, por serem seres sencientes outras cidades estão seguindo o exemplo da SEDA de Porto Alegre, como a cidade de São Leopoldo/RS que em 2013 começou a discutir a criação de uma Secretaria no município que cuide dos interesses dos animais, bem como a cidade de Recife, também em 2013, que iniciou análise para criação de secretaria especializada nos direitos dos animais em Pernambuco:⁶⁹

Para o novo secretário, a decisão do prefeito de Recife, Geraldo Julio em criar a secretaria foi um avanço nesta nova e contemporânea política pública, ao lado de Porto Alegre e Rio de Janeiro, pioneiras em implantar estas unidades em suas

⁶⁶ PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. A SEDA. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/seda/default.php?p_secao=7>. Acesso em: 19 out. 2019

⁶⁷ PONTES, op. cit., p. 106

⁶⁸ GLAMORAMA. Bilionário brasileiro inaugura no Sul hospital público para animais. Disponível em: <<http://glamorama.uol.com.br/bilionario-brasileiro-inaugura-no-sul-hospital-publico-para-animais/>> Acesso em: 19 out. 2016.

⁶⁹ PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. São Leopoldo discutirá a criação de uma Secretaria Especial dos Direitos Animais. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/seda/default.php?reg=810&p_secao=32>. Acesso em: 19 out

administrações. “Muito me honra ter plantado esta Secretaria no programa de governo do atual prefeito e ter sido convidado para assumi-la. Meu coração está repleto de alegria e gratidão a Deus.”⁷⁰

A passos pequenos, porém grandiosos para os defensores dos animais, alguns países Europeus entre outros países do mundo, vem modificando o seu ordenamento jurídico, passando os animais de meros objetos para seres sencientes que possuem direitos e garantias, como por exemplo a França⁷¹, a Nova Zelândia⁷² e Colômbia⁷³ alteraram seus códigos civis, reconhecendo os animais não humanos como seres sencientes e com direitos. Ainda, na Alemanha, Áustria e Suíça, mesmo seus códigos sendo do século passado, os países modificaram suas leis classificando os animais em uma nova categoria, reconhecendo que os animais não humanos, não são objetos, mas sim animais como sujeitos de direitos.⁷⁴

Na Noruega, buscando uma forma de lutar contra os maus tratos aos animais não humanos, o país decidiu pela criação de uma polícia especializada e dedicada a defesa dos animais.⁷⁵

A Holanda tornou-se referência por conquistar um título muito importante para a Defesa dos animais não humanos, através de um plano de governo, no qual fundamentou-se em 4 pilares: leis mais rígidas para quem abandona animais, punição com multas de milhares de Euros, campanhas de conscientização e

⁷⁰ VIDAL, Rodrigo. Secretário da Secretaria Executiva dos Direitos Animais do Recife. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/09/01/2013/recife-pe-segue-os-passos-de-porto-alegre-rs-e-cria-sua-seda>> . Acesso em: 19 out. 2016.

⁷¹ ANDA. Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEWjoq60Bl_TPAhVKGZAKHQWFBWgQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.anda.jor.br%2F03%2F02%2F2015%2Fdecisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes&usq=AFQjCNEiJXE_zZoQNuDKvxFVv- ErX4Tw>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁷² OLHAR ANIMAL. Nova Zelândia reconhece legalmente os animais como seres sencientes. Disponível em: <<http://olharanimal.org/nova-zelandia-reconhece-legalmente-os-animais-como-seres-sencientes/>> . Acesso em: 19 out. 2016

⁷³ ZH NOTÍCIAS. Maltratar animais na Colômbia provocará prisão. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/01/maltratar-animais-na-colombia-provocara-prisao-4946031.html>>. Acesso em: 19 out. 2016

⁷⁴ ARRAES, Vania Marcia Damasceno Nogueira. Direitos fundamentais dos animais a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Editora, 2012, p. 316

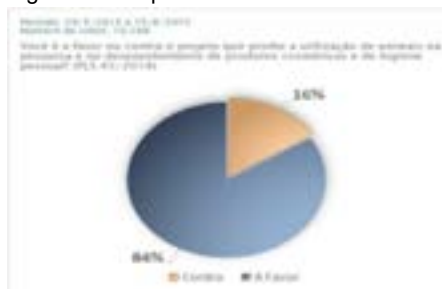
⁷⁵ SCIENCES ET AVENIR. Disponível em: <http://www.sciencesetavenir.fr/animaux/en-norvege-les-animaux-ont-leur-propre-police_100754> Acesso em: 19 out. 2016

castrações e, por fim, altas taxas de impostos para aqueles que preferem comprar animais de raça.⁷⁶

Desse modo, a Holanda tornou-se o primeiro país no mundo sem cães abandonados e sem a necessidade de sacrificar animais para chegar nesta marca, evitando a reprodução de cães em situação de rua, bem como incentivando a população a adotar animais abandonados. Cabe ressaltar que atualmente, no mundo é estimado que exista 600 milhões de cachorros vivendo em situação de rua.

No Brasil, houve em 2014 uma enquete na plataforma do Senado perguntando: “Você é a favor ou contra o projeto que proíbe a utilização de animais na pesquisa de desenvolvimento de produtos cosméticos e de higiene pessoal?”. O Resultado desta pesquisa mostrou que 84,2% dos votos eram a favor da proibição e 15,8% contra a proibição.⁸⁰

Figura 3 – Enquete - Fonte: MPRS⁷⁷



Este projeto segue, em andamento no Senado, e atualmente encontra-se CCT - Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática para apreciação.⁷⁸

Em Porto Alegre, já existe uma proibição acerca da utilização dos animais não humanos, em São Paulo também foi aprovado uma Lei no mesmo sentido, após

⁷⁶ HYPENESS. Holanda se torna o primeiro país sem cães abandonados – e não precisou sacrificar nenhum. Disponível em: <http://www.hypeness.com.br/2016/07/holanda-se-torna-o-1o-pais-sem-caes-abandonados-e-sem-sacrificar-animal-algum/>. Acesso em: 19 out. 2016

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei da Câmara nº 70, de 2014. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118217>. Acesso em: 19 out. 2016

a invasão ao instituto Royal para salvar Beagles que seriam utilizados em pesquisas.⁷⁹

O Brasil vem se modificando, e buscando o melhor para os animais não humanos, e igualando-os ao status jurídicos, como a decisão do STJ que decidiu manter duas araras no ambiente doméstico onde foram criadas há mais de 20 anos, não havendo sinas de maus tratos:

*RECURSO ESPECIAL Nº 1.425.943 - RN
(2013/0414637-8) RELATOR : MINISTRO HERMAN
BENJAMIN*

*RECORRENTE : INSTITUTO BRASILEIRO DO
MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS
RENOVÁVEIS - IBAMA*

*REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
RECORRIDO : MOISES HONORATO DE OLIVEIRA*

*ADVOGADO : FRANCISCO GERVÁSIO LEMOS DE
SOUSA E OUTRO (S) EMENTA*

*ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. OFENSA AO
ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA.
APREENSÃO DE ARARAS. ALEGADA VIOLAÇÃO
DO ART. 1º DA LEI 5.197/1997 E DO ART. 25 DA
LEI 9.605/1998.*

INEXISTÊNCIA.

1.Hipótese em que o recorrido ajuizou Ação Ordinária com Pedido de Tutela Antecipada contra ato de apreensão de duas aves (uma arara vermelha e uma arara canindé) que viviam em sua residência havia mais de vinte anos.

2.O Tribunal de origem, após análise da prova dos autos, constatou que "as aves já estavam em convívio com a família por longo período de tempo, com claros sinais de adaptação ao ambiente doméstico" (fl. 252, e-STJ), "a reintegração das aves ao seu habitat natural, conquanto possível, possa ocasionar-lhes mais prejuízos do que benefícios" (fl. 252, e-STJ), "as aves viviam soltas no quintal (...)

⁷⁹ G1. Lei proíbe uso de animais em testes de cosméticos em Porto Alegre. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/09/lei-proibe-uso-de-animais-em-testes-de-cosmeticos-em-porto-alegre.html>>. Acesso em: 19 out.2016

não sofriam maus tratos e recebiam alimentação adequada" (fl. 252, e-STJ), "a dificuldade que esses animais enfrentarão para adaptarem-se ao ambiente natural, pondo em xeque até o seu êxito" (fl. 253, e-STJ) e "já convivem há mais de 20 anos com o demandante" (fl. 254, e-STJ).

3.O Tribunal local julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

4.Inexiste violação do art. 1º da Lei 5.197/1997 e do art. 25 da Lei 9.605/1998 no caso concreto, pois a legislação deve buscar a efetiva proteção dos animais. Após mais de 20 anos de convivência, sem indício de maltrato, é desarrazoado determinar a apreensão de duas araras para duvidosa reintegração ao seu habitat.

5.Registre-se que, no âmbito criminal, o art. 29, § 2º, da Lei 9.065/1998 expressamente prevê que, "no caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena".

6.Recurs Especial não provido. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do (a) Sr (a). Ministro (a)-Relator (a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de setembro de 2014 (data do julgamento).⁸⁰

Ainda, no Direito de Família, já vem mudando o entendimento dos magistrados acerca dos animais inseridos na rede familiar, partindo da ideia de que

⁸⁰ JUS BRASIL. RECURSO ESPECIAL n. 1.425.943 - RN do STJ. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/141119804/recurso-especial-n-1425943-rn-do-stj>>. Acesso em: 19 out. 2016

o animal não humano é um ser senciente e não mais um objeto como o código civil Brasileiro vigente afirma.⁸¹

*Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.*⁸²

Embora o artigo acima, fale sobre os animais como bens suscetíveis de movimento próprio, animais não humanos vem se igualando, juridicamente, há filhos, uma vez que um casal que está em processo de divórcio, discute a guarda de seus animais de estimação.

Para Maria Berenice Dias, está se tornando frequente, a questão do divórcio de um casal que possui animais de estimação, e a discussão sobre a guarda dos mesmos, restando a guarda para um deles e para o outro é garantido o direito de visita.⁸³

O caso que mais teve repercussão no Brasil, sobre o tema acima, foi o caso da cadelinha chamada Linda, cujo o Juiz Leandro Katscharowski Aguiar, titular da 7ª Vara Cível da comarca de Joinville, declinou competência, de um processo no qual havia uma disputa pela cadelinha que o casal tinha, para a vara de família, por entender que:⁸⁴

Penso que a questão de fundo versa, necessariamente, sobre a declaração, ainda que incidental, da guarda do animal, cuja discussão, por sua vez, envolve o direito de família, “mais do que justo” que os magistrados das varas da Família avaliem a questão, uma vez que são “muito mais sensíveis às agruras do dos conflitos familiares,

⁸¹ ARRAES, Vania Marcia Damasceno Nogueira. Direitos fundamentais dos animais a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Editora, 2012, p. 316

⁸² BRASIL. LEI 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁸³ DIAS, Maria Berenice. Alimentos aos Bocados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 126

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça De Santa Catarina. Disponível em: <<http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiz-entende-que-cao-nao-e-objeto-e-remete-disputa-por-animal-para-vara-de-familia>>. Acesso em: 19 out. 2016

*Quem sabe se, valendo da concepção, ainda restrita ao campo acadêmico, mas que timidamente começa aparecer na jurisprudência, que considera os animais, em especial mamíferos e aves, seres sencientes, dotados de certa consciência.*⁸⁵

No Rio Grande do Sul também já existe disputas semelhantes:

RECURSO INOMINADO. COMPETÊNCIA. DISPUTA ENVOLVENDO UMA CADELA DA RAÇA YORK SHIRE. PEDIDO QUE NÃO ENVOLVE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL OU PARTILHA DE OUTROS BENS. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. Sendo o pedido da autora certo, a devolução do cão da raça York Shire, não havendo discussão sobre a união afetiva que envolveria as partes, ou pretensão de partilha de bens, é de ser reconhecida a competência do Juizado Especial Cível. Sentença desconstituída. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível Nº 71004347357, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 10/10/2013)⁸⁶

Existe atualmente jurisprudência que confirma o conceito de que os animais não humanos têm a capacidade de sentir sensações, o STJ, em 2009, foi responsável por uniformizar o entendimento da Lei Federal:⁸⁷

⁸⁵ Juiz Leandro Katscharowski Aguiar. Titular da 7ª Vara Cível da comarca de Joinville. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/19/05/2016/juiz-entende-que-cao-nao-e-objeto-e-remete-disputa-por-animais-para-vara-de-familia-em-joinville-sc>>. Acesso em: 19 out. 2016

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível: 71004347357 RS. Relator: Pedro Luiz Pozza. Porto Alegre, 10 de outubro de 2013.

⁸⁷ MÔL, Samylla, VENANCIO, Renato. A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2014, p. 17.

Não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. Essa característica dos animais mais desenvolvidos é a principal causa da crescente conscientização da humanidade contra a prática de atividades que possam ensejar maus tratos e crueldade contra tais seres.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.115.916 - MG
(2009/0005385-2) RELATOR: MINISTRO
HUMBERTO MARTINS RECORRENTE:
MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
PROCURADOR: ALEXANDRE ROSSI FIGUEIRA E
OUTRO(S) RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE MINAS GERAIS RELATÓRIO O
EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS

É necessário que a fé ou religião, em conjunto com a ciência jurídica e a política se unam para que não seja criada dificuldades para que as comunidades reconheçam que nós humanos somos animais, que possuímos ligação direta com os animais não humanos, tendo simetrias genéticas com determinados animais, ainda que este entendimento já é reconhecido na ciência, é necessário que também seja reconhecida na sociedade e no meio jurídico.⁸⁸

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ser senciente é aquele capaz de sentir ou perceber através do sentido, é a sensibilidade e consciência de seres do reino animal. O sentimento e a dor vivenciado pelo animal não humano fazem com que se justifique a aplicação de direitos a eles. Inclusive, identifica-se que ao longo da evolução histórica grandes

⁸⁸ NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. 2012.

nomes da filosofia já tratavam os animais não humanos de forma diferenciada, como Pitágoras.

Cumpre destacar que na década de 70 fora levado para a UNESCO uma proposta de documento de caráter internacional que visava definir a conduta acerca da defesa dos animais não humanos, sendo que em 78, fora proclamada pela a UNESCO a Declaração dos Direitos dos Animais.

Ao longo da história da humanidade, contudo, pode-se verificar a existência de práticas de crueldade contra os animais não humanos, o que levou a criação de normas para regular e garantir defesa e preservação deles, além da Declaração dos Direitos dos Animais. Em consequência, observou-se a utilização da teoria dos direitos fundamentais que trouxe a proteção aos animais, vinculando à defesa do meio ambiente. Visualiza-se, porém, que houve a necessidade de mudanças mais concretas, com a observância e reconhecimento de que os animais não humanos devem ser seres de direitos.

Nesse raciocínio, aplicou-se o princípio da dignidade à vida aos animais não humanos, partindo do pressuposto que o mesmo é o mais indicado para fundamentar o tratamento de forma mais ética aos seres dotados de sciência. A doutrina já trazia esta referência, pois a dignidade à vida conduz valores e interesses naturais, racionalidade prática, a compaixão e o mais importante, a sciência.

Dessa forma, não mais considerando os animais não humanos como coisas ou objetos, mas sim seres que sentem sentimentos e sensações como nós humanos, o artigo 5º da Constituição Federal, juntamente com o artigo 1º da Declaração dos Direitos dos Animais, de maneiras diferentes, remeteram ao tratamento igualitário entre os seres, ou seja, a igualdade de tratamento.

Cumpre esclarecer, todavia, que ao retratar-se de religião e animais, existem ainda controvérsias, uma vez que o Supremo Tribunal Federal aceita sacrifício de animais em religiões desde que sigam determinados ritos. Desse modo, conclui-se que esta luta está longe de terminar, porém há cada vez mais adeptos e que todos estão aos poucos se adequando a nova realidade, qual seja, que os animais possuem direitos e os humanos devem lutar por eles.

7 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITO DOS ANIMAIS. **Senciência**. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/10/06/2009/senciencia>>. Acesso em: 19 out. 2016.

ANDA. **Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjoq6O8I_TPAhVKGZAKHQWFBWgQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.anda.jor.br%2F03%2F02%2F2015%2Fdecisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes&usg=AFQjCNEliJXE_zZoQNuDkVxiFVy-ErX4Tw>. Acesso em: 19 out. 2016.

ARRAES, Vania Marcia Damasceno Nogueira. **Direitos fundamentais dos animais a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos**. Editora, 2012.

BÍBLIA. A. T. Gênesis. In: BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada: contendo o antigo e o novo testamento**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966. Gênesis, versículo 1: 20-25.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2016

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

BRASIL. **Decreto 24.645, de 10 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2016

BRASIL. **Decreto Lei 3688, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Disponível em: <<http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiz-entende-que-cao-nao-e-objeto-e-remete-disputa-por-animal-para-vara-de-familia>>. Acesso em: 19 out. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. ADI: 70010129690 RS. Relator: Araken de Assis. Porto Alegre, 18 de abril de 2005.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. **Recurso Cível: 71004347357 RS**. Relator: Pedro Luiz Pozza. Porto Alegre, 10 de outubro de 2013.

CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. **O direito dos animais**. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CHINA NA MINHA VIDA. **Animais e as crenças chinesas**. Disponível em: <<https://chinanaminhavidacom/2011/06/19/animais-e-as-crencas-chinesas/>> Acesso em: 19 out. 2016

CORREA, Bruna. **Sacrifício de animais em rituais religiosos: o legado do retrocesso**. Disponível em: <<https://chinanaminhavidacom/2011/06/19/animais-e-as-crencas-chinesas/>> Acesso em: 20 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos Bocados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DOVAL, Lenize Maria Soares. **Direitos dos Animais: uma abordagem histórico-filosófica e a percepção de bem-estar animal**. Monografia. Graduação em Veterinária. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Veterinária. 2008. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/16438/000661804.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 out. 2016

DOVAL, Lenize Maria Soares. **Direitos dos Animais: uma abordagem histórico-filosófica e a percepção de bem-estar animal**. Porto Alegre, 2008.

FELIPE, S.T. **Dos direitos morais aos direitos constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo**. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2007. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n.1, jun/2007

FIO CRUZ. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/direitoanimais.htm>>. Acesso em: 19 out. 2016.

FRANCIONE, Gary L. **Introdução aos direitos animais**. Campinas: Editora Unicamp, 2013.

G1. **Lei proíbe uso de animais em testes de cosméticos em Porto Alegre**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/09/lei-proibe->

uso-de-animais-em- testes-de-cosmeticos-em-porto-alegre.html>. Acesso em: 19 out. 2016

G1. **Sob protestos, China realiza festival de carne de cachorro.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/sob-protestos-china-realiza-festival-de-carne-de-cachorro.html>>. Acesso em: 19 out. 2016

GLAMORAMA. **Bilionário brasileiro inaugura no Sul hospital público para animais.** Disponível em: <<http://glamorama.uol.com.br/bilionario-brasileiro-inaugura-no-sul-hospital-publico-para-animais/>> Acesso em: 19 out. 2016

HYPENESS. **Holanda se torna o primeiro país sem cães abandonados – e não precisou sacrificar nenhum.** Disponível em: <http://www.hypeness.com.br/2016/07/holanda-se-torna-o-1o-pais-sem-caes-abandonados-e-sem-sacrificar-animais-qualquer/>. Acesso em: 19 out. 2016

IBDFAM. **Magistrado considera cadela criatura senciente e declina competência sobre processo de posse para vara de família.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6004/Magistrado+considera+cadela+criatura+senciente+e+declina+competencia+sobre+processo+de+posse+para+vara+de+familia>>. Acesso em: 19 out. 2016

IBOPE 2012. Disponível em: <<https://vista-se.com.br/ibope-2012-152-milhoes-de-brasileiros-sao-vegetarianos/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

JUS BRASIL. **RECURSO ESPECIAL n. 1.425.943 - RN do STJ.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/141119804/recurso-especial-n-1425943-rn-do-stj>>. Acesso em: 19 out. 2016

LEVAL, Laerte Fernando. **Direito dos Animais. O direito deles e o nosso direito sobre eles.** Campos do Jordão, São Paulo: Editora Mantiqueira, 1998.

LOPES, Bráulio. **Direito com cultura.** Disponível em: <<https://direitocomcultura.wordpress.com/2010/08/13/art-225-vii-%E2%80%93-constituicao-federal-animais-tem-direitos-fundamentais-ou-sao-tutelados-pela-constituicao/>>. Acesso em: 19 out. 2016

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos Animais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **O Direito & os Animais.** 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. **Ações Diretas e Incidentes de Inconstitucionalidade no TJ/RS.** Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/adins/mostra_processo?numero=10824&ano=2004> Acesso em: 19 out. 2016.

MÓL, Samylla, VENANCIO, Renato. **A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história**. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos**. 2012.

OLHAR ANIMAL. **Nova Zelândia reconhece legalmente os animais como seres sencientes**. Disponível em: <<http://olharanimal.org/nova-zelandia-reconhece-legalmente-os-animais-como-seres-sencientes/>> Acesso em: 19 out. 2016

OLIVEIRA, Gabriela Dias. **Animais humanos e não humanos de Tom Regan**. Ethic, Florianópolis, v.3, n.3, p. 283-299, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/rthic@/capa73.htm>>. Acessado em: 19 out. 2016

OUTER SPACE. **Seria a mitologia Egípcia a melhor já criada na história da humanidade?**. Disponível em: <<http://forum.outerspace.com.br/index.php?threads/seria-a-mitologia-eg%C3%ADpcia-a-melhor-j%C3%A1-criada-na-hist%C3%B3ria-da-humanidade.447534/>>. Acesso em: 19 out. 2016

PONTES, Bianca Calçada. **SEDA: exemplo de políticas públicas para animais domésticos no município de Porto Alegre** – Coleção CEJA. OAB/RS, 2012. Editora Buqui.

PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. **Sacrifício de animais em rituais religiosos: o legado do retrocesso**. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/seda/default.php?reg=737&p_secao=32>. Acesso em: 19 out. 2016

PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. **A SEDA**. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/seda/default.php?p_secao=7>. Acesso em: 19 out. 2016

PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. **São Leopoldo discutirá a criação de uma Secretaria Especial dos Direitos Animais**. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/seda/default.php?reg=810&p_secao=32>. Acesso em: 19 out. 2016

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O Direito & os Animais**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 83- 84

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade, 1754. Tradução Maria Lacerda de Moura**. Edição Ridendo Castigat Mores. Edição eletrônica. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org>>. Acesso em: 19 out. 2016

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/? n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648>. Acesso em: 19 out. 2016

SCIENCES ET AVENIR. Disponível em:<http://www.sciencesetavenir.fr/animaux/en-norvege-les-animaux-ont-leur-propre-police_100754> Acesso em: 19 out. 2016

SENADO FEDERAL. **PROJETO DE LEI DA CÂMARA nº 70, de 2014.** Disponível em:<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118217>>. Acesso em: 19 out. 2016

SENADO FEDERAL. **Utilização de animais na pesquisa e desenvolvimento de produtos cosméticos e de higiene pessoal.** Disponível em:<<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/enquetes/internautas-apoiam-projeto-que-proibe-o-uso-de-animais-em-testes-de-produtos-cosmeticos-e-de-higiene-pessoal>> Acesso em: 19 out. 2016

SENCIENTE. In: **DICIONÁRIO AURÉLIO.** Disponível em: <<https://dicionarioaurelio.com/senciente>>. Acesso em: 19 out. 2016.

SENCIENTE. In: **DICIONÁRIO ONLINE.** Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/senciente/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

SENTIENS. In: **GLOSSÁRIO.** Disponível em: <http://www.sentiens.net/top/PA_GLOSSARIO_top.html>. Acesso em: 19 out. 2016

SINGER, Peter. **Libertação Animal - O Clássico Definitivo Sobre o Movimento Pelos Direitos dos Animais e exploração animal.** Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Sacrifício de animais em rituais religiosos será discutido pelo STF.** Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68292>> Acesso em: 19 out. 2016.

TUDO SOBRE ANIMAL. Disponível em:<<https://sofiaantunesmonteiro.wordpress.com/2013/04/16/a-historia-do-gato>>. Acesso em: 19 out. 2016

VENANCIO, Renato. MÓL, Samylla. **A proteção jurídica aos animais no Brasil – uma breve história.** Editora FGV, 1. Ed. Rio de Janeiro, 2014.

VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico.** Tradução Editora Matin Claret, 2004. Capítulo 8.

ZH NOTÍCIAS. **Maltratar animais na Colômbia provocará prisão.** Disponível em:<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/01/maltratar-animais-na-colombia-provocara-prisao-4946031.html>>. Acesso em: 19 out. 2016.

GUERRA ÀS DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A RETÓRICA PROIBICIONISTA, A INEFICÁCIA ESTATAL E O DESASTRE SOCIAL

Lucas Benedetti Dall’Agnol e

Pedro Torres Lobo¹

RESUMO: As substâncias psicoativas sempre foram presentes na história da humanidade, seja em celebrações religiosas e culturais, em tratamentos farmacológicos ou com o mero escopo recreativo. Em face delas, diversas foram as restrições legais criadas ao longo da história. Atualmente, a Lei Federal 11.343/2006 criminaliza a produção, circulação e uso das drogas no Brasil. Por diversos fatores, o atual padrão de repressão às drogas apresenta-se ineficaz e contraproducente frente ao problema que se propõe a combater. Partindo dessa premissa, legisladores ao redor do mundo passam a repensar seus modelos de tratamento dessa agenda. Nesse contexto, urge que o legislador pátrio também reavalie sua estratégia, frente aos problemas decorrentes do tráfico ilícito de drogas que o país enfrenta.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas. Criminalização. Legalização.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Das drogas. 3 Da criminalização. 3.1 A criminalização a nível internacional. 3.2 A criminalização no Brasil. 4 A legalização. 4.1 impactos do proibicionismo. 4.2 Movimentos legalizatórios e seus efeitos. 4.3 Perspectivas legais e jurídicas. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

“Essa não é uma guerra contra as drogas, é uma guerra contra pessoas”.

Jack Cole

¹Graduando do Curso de Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS, estagiário da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Graduado em Direito pela PUC-Campinas, pós-graduando em Direito Processual Penal pela Universidade Anhanguera e em Direito Sistêmico pela faculdade Innovare/Hellinger Schule, Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Há milênios, antes mesmo da criação escrita e, inclusive, da humanidade assim denominar-se, o ser humano coabita com substâncias psicoativas capazes de causar alterações físicas e mentais que propiciam experiências que seu organismo, por si só, não é capaz de reproduzir. Ao analisarmos a história das drogas, observamos sua vasta difusão e utilização nas sociedades pelos tempos, ora em rituais religiosos e cerimônias sociais, ora com finalidades medicinais, ora com a simples intenção recreativa.

O comércio legal de entorpecentes enfrentou restrições ao longo da história, de forma isolada, em determinados lugares, mas encontrou termo em meados do século XX, quando movimentos sociais e governamentais, especialmente na América do Norte, esforçaram-se para levar a nível mundial a repressão e o combate ao uso e à comercialização de substâncias psicoativas. Momentos antes na história mundial, dois conflitos armados no oriente, promovidos pela Grã-Bretanha e seus aliados, em face de uma rígida e conservadora China, então liderada pela dinastia Qing, tiveram como pano de fundo o interesse comercial dos europeus em manter sua volumosa exportação para o país asiático de uma então *commodity* em especial: o ópio, um entorpecente.

Partindo-se do pressuposto de que o Estado deve, por meio de seu *jus puniendi*, controlar o fluxo de substâncias que devem ou não ser consumidas por seus cidadãos e unindo a isso os problemas de saúde decorrentes do abuso de substâncias psicotrópicas, criam-se ao redor do globo terrestres legislações restritivas e proibitivas do uso de entorpecentes, a exemplo da lei seca em vigor nos Estados Unidos da América durante as décadas de 1920 e 1930.

Essas restrições culminam na criação de um mercado paralelo de insumos cuja produção e comercialização não são permitidos por lei. O monopólio das drogas hoje resta nas mãos da complexa organização do tráfico ilícito de drogas, que conta, para sua proteção e manutenção, com o indiscriminado uso de armas de fogo ilegais, vultuosos numerários e um espesso contingente de “funcionários”, além de um bom número de agentes públicos corrompidos que anuem com a prática.

Esse mercado, desprovido de regulamentação e fiscalização, constrói seu império na clandestinidade, criando produtores e comerciantes especialistas em atividade ilegal. Lado outro, o consumidor desses produtos, de qualidade altamente questionável, seja ele o menino crescido no morro, o *playboy* da zona nobre, o dependente irreversível ou o empresário bem-sucedido que faz questão de esconder

seu vício, obriga-se a viver parcial ou integralmente na marginalidade, afastando-se de um diálogo maduro sobre sua dependência, que é tratada pela lei como crime e não como assunto de saúde pública.

Essa conjuntura cria uma cadeia delitiva infindável, lotando casas prisionais e forçando diversos Estados a repensarem seu modelo de prevenção ao vício em substâncias psicotrópicas, ao passo que outros, por sua vez, optam por endurecer ainda mais a restrição, em uma tentativa de fazer valer a intenção proibitiva da legislação. A exemplo, temos a publicação da Lei nº 11.343/2006, em nosso ordenamento jurídico pátrio, ou ainda, em caso mais extremo, o recente respaldo governamental às chamadas “execuções extrajudiciais” na República das Filipinas, para crimes relativos ao uso e comercialização de drogas.

A presente análise tem como intuito apresentar a evolução dos movimentos proibitistas sobre substâncias psicoativas na história, até a culminância nas modernas legislações antidrogas. Também almeja apontar as consequências que a proibição esculpe nas sociedades. Abarcamos assuntos desde a saúde pública, passando pelo sistema penal até seus reflexos no sistema de execução penal brasileiro, dada a relevância social do assunto. Ao final, trabalhamos com os aspectos jurídicos da descriminalização, os fundamentos e vetores que a autorizam, apresentando perspectivas sob um novo panorama.

2 DAS DROGAS

Onde o ser humano arraigou-se, estabelecendo vínculos de sociedade sob um determinado espaço geográfico e temporal, ali também desenvolveu ciência, política, direito, religião, entre outros elementos inerentes a qualquer grupo, étnico ou não, autodeterminado como povo.

Permeando esse ambiente, observamos com a passagem dos séculos o uso de drogas das mais variadas espécies e gêneros, diretamente ligado aos aspectos culturais, religiosos ou meramente recreativo dos povos. O que jamais se observou na história humana, por outro lado, é uma sociedade onde não houve presente a utilização de nenhum tipo de substância psicoativa.

Transportamo-nos agora para milênios atrás em nossa história: a começar pelo álcool, que se trata de uma das mais antigas drogas conhecidamente consumidas pelo ser humano. Registros datados de cerca do ano 8.000 a.C. dão conta da

possível receita mais antiga ensinando a fabricar cerveja, escrita pelos sumérios, povo estabelecido na Mesopotâmia na época².

A própria bíblia menciona a bebida como símbolo sacro em diversas passagens, como no trecho: "Noé, que era agricultor, começou a cultivar a terra, e plantou vinha"³. Ainda que traga efeitos benéficos para a saúde humana, em doses moderadas⁴, certamente o que leva ao consumo do vinho sejam o paladar da bebida, hoje inclusive tema de competições e críticas da mídia e analistas especializados, bem como, logicamente, o efeito entorpecente do álcool.

Entre os antigos persas, a exemplo, era costume deliberar sobre assuntos relevantes sob a influência de álcool e no dia seguinte apresentarem a decisão, já sóbrios. Caso não fosse aprovada, a ideia era descartada. O mesmo valia para o caso de estarem sóbrios durante o primeiro debate: deveriam reavaliar o assunto após ingerirem vinho⁵. A conclusão era de que uma mesma ideia deveria parecer sensata tanto no estado de sobriedade, quanto no de embriaguez, para que fosse válida.

Igual atenção merece a *Cannabis sativa*, popularmente: maconha, cujo uso pelo ser humano talvez tenha origem ainda mais precoce: especula-se que seja consumida pelo homem há nada menos do que de dez mil anos⁶. A planta de efeitos depressivos sobre o sistema nervoso central, talvez seja o entorpecente ilícito mais consumido no mundo e, em razão disso, o que mais suscita o debate quanto à legalização, conforme se verá na sequência desse estudo.

Podemos ainda citar ainda o uso do chá Ayahuasca, também conhecido como "Chá de Santo Daime", produzido a partir do cozimento de pedaços do cipó *Banisteriopsis caapie* e utilizado por índios da bacia amazônica há mais de quatro mil anos em cerimônias religiosas⁷. A utilização dessa droga para fins religiosos é atualmente assegurada pelo ordenamento jurídico pátrio, em exceção à regra de

² ARAÚJO, Tarso. Almanaque das drogas: Um guia informal para o debate racional. 2. ed. São Paulo: Leya, 2012. p. 25.

³ BÍBLIA, Gênesis, 9:20. In BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares. 14. ed. São Paulo: Paulinas, 1987. p. 34.

⁴ DE MORAES, Vanderléia; LOCATELLI, Claudriana. Vinho: uma revisão sobre a composição química e benefícios à saúde. Evidência: Ciência e Biotecnologia, Joaçaba, v. 10, n. 1-2, 2012. p. 57-68. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/evidencia/article/view/1159>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁵ HERÓDOTO. História. [e-book] Traduzido do grego por Pierre Henri Larcher. Versão para o português de J. Brito Broca. 1. ed. São Paulo: eBooksBrasil, 2006. p. 95-96.

⁶ LOPES, Marco Antônio. Drogas: 5 mil anos de viagem, 2016. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-5-mil-anos-de-viagem/>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁷ Ibidem.

restrição, uma vez que protegido pelo direito de crença consagrado na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988⁸.

As folhas de coca, utilizadas entre os índios latino-americanos, dentre eles o Império Inca, é o principal ingrediente na produção da cocaína, foi amplamente difundida na Europa pelos colonizadores espanhóis, a partir do século XVI. As colônias espanholas serviram por décadas como fonte, para o velho mundo, da coca, que era moralmente tolerada e, inclusive, moda entre os europeus da época, que a consumiam indiscriminadamente⁹. Pode-se dizer que, de certa forma, a economia da metrópole exploradora teve, assim, parcela de sua economia movimentada por um entorpecente cuja circulação em seu território é hoje ilegal.

Não apenas em ritos, cerimônias e celebrações as drogas estiveram presentes na história da humanidade. Já foram elas importante produto de exportação no mercado internacional. O ópio, alucinógeno extraído da semente da papoula, planta abundante no hemisfério norte, foi o centro de duas guerras tentadas pela Grã-Bretanha, ao lado de outras potências imperialistas ocidentais, contra a restrição imposta pela China, em seu território, sendo essa segunda nação derrotada militarmente nas duas ocasiões e obrigada a tolerar o comércio do entorpecente dentro de suas fronteiras políticas¹⁰. Sobre a conjuntura comercial ao tempo do conflito, VALOIS¹¹ relata que:

Empresários particulares vendiam o ópio aos mercadores chineses e entregavam o ouro e a prata obtidos na transação à companhia das Índias, esta que convertia os metais em letra de câmbio para que os empresários pudessem trocar por libras inglesas depois. Com o ouro e a prata obtidos, a Companhia comprava o chá, as sedas e as especiarias importantes para a Inglaterra.

Especialmente no caso das Guerras do Ópio, o interesse comercial revela que a tolerância ocidental às drogas foi a regra até sua relativamente recente criminalização geral. Por outro lado, a nação oriental buscava erradicar o consumo do ópio em sua população, em razão dos efeitos de torpeza que a substância causa,

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 ago. 2018.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

⁹ LOPES, Marco Antônio. Op. cit.

¹⁰ FERNANDES, Cláudio. Guerras do Ópio, [201-?]. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historiag/guerras-do-opio.htm>>. Acesso em 16 ago. 2018.

¹¹ VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da Guerra às Drogas. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 37.

porém não obtinha resultados relevantes, uma vez que a circulação ocorria, na época, de forma indiscriminada entre os europeus e comerciantes locais¹².

Em suma, o uso de drogas e, conseqüentemente, sua produção, comercialização e circulação sempre estiveram instalados no seio da sociedade, seja na utilização de plantas alucinógenas em cerimônias religiosas até as modernas drogas sintéticas, como o Ecstasy, o NBOMe, entre outros, para fins meramente recreativos em eventos festivos. Difícil conhecer algum ser humano nesse planeta que não tenha experienciado alguma situação envolvendo drogas.

A ebriedade, em si, não é de todo rechaçada pelas comunidades humanas, mas sim controlada por uma baliza moral, cujas medidas e força coercitiva variam para cada indivíduo. Isso varia, principalmente, em virtude do poderio econômico do usuário, o que explica o fato de serem as residências mais humildes tão facilmente invadidas em operações policiais, sob o argumento de lá existirem drogas, ao passo que em casas abastadas onde é notória a existência de entorpecentes, nada ocorre¹³, ainda que os indivíduos desses grupos socioeconômicos coabitem no seio de uma mesma sociedade.

Indicativo clarividente da impossível dissociação do uso de drogas da história humana é o fato de que o ideal de uma sociedade livre dos narcóticos convive harmoniosamente com o uso de álcool, café e tabaco, os quais possuem massiva oferta de forma legal na maior parte do mundo, ao passo que os demais entorpecentes, tidos como ilícitos, sofrem cada vez mais restrições legislativas, rechaçadas por certas minorias porém endossadas pela maior parte da população, que faz uso indiscriminadamente e sem remorso algum das referidas drogas lícitas¹⁴.

Já o atual modelo de controle e repressão da ebriedade demonstra-se insubsistente no mundo todo, forçando governos e populações a repensarem o modelo de tratamento das drogas em seus territórios. Segundo ESCOHOTADO¹⁵, há algumas décadas já se observa, tanto na doutrina jurídica e política, como sociológica e psiquiátrica, uma grande corrente defensora do raciocínio antiproibicionista, com base em, basicamente, três argumentos: primeiro, a ilegalização das drogas distorce o fenômeno do consumo ao estereotipá-lo; segundo, ao Estado não é dado proteger adultos de si mesmos, privando-os do uso

¹² ESCOHOTADO, Antonio. Historia general de las drogas. [e-book] 7. ed. Madri: Alianza. 1998. p. 395.

¹³ VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 561.

¹⁴ ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit. p., 56.

¹⁵ Ibid., p. 568.

de psicotrópicos e; em terceiro, a proibição dos narcóticos não apenas é ineficaz como contraproducente para evitar o abuso.

No entendimento de VALOIS¹⁶, “A guerra às drogas fracassou, nunca se chegou perto de vencer e seria mesmo impossível vencê-la”. O escrito do autor faz referência ao modelo legislativo de repressão que se alastrou dos Estados Unidos da América para todo o mundo, abordado aqui, ao qual se reporta como “cruzada contra as drogas”. Segundo ele¹⁷, essa cruzada obteve êxito em razão da ampliação do respaldo popular, que se estabilizou e se calcificou ao ponto de inviabilizar o debate sobre o tema. É facilmente observável, ainda hodiernamente, a dificuldade e o dogmatismo em discutir-se, mesmo que no meio acadêmico, qualquer assunto que envolva o fato das drogas serem criminalizadas.

E nessa seara, a despeito do senso comum que guia o pensamento hegemônico no meio social, revela-se um contrassenso entre a proibição do consumo de drogas e o efetivo controle estatal. Aparenta mostrar-se mais viável aos governos, democráticos ou autoritários, criminalizar qualquer conduta relacionada aos entorpecentes do que efetivamente tratar os problemas deles decorrentes, com a racional regulamentação.

Onde há ser humano, há também o uso de entorpecentes. Mudam-se as medidas proibicionistas, compreendendo legislação, policiamento estatal e policiamento moral, bem como as de auxílio ao dependente químico, como programas de saúde especializados, campanhas de conscientização, entre outras. Porém permanece o constante e frenético comércio clandestino, ou seja: há demanda.

3 DA CRIMINALIZAÇÃO

As drogas, como visto, estiveram presentes entre os seres humanos antes mesmo da estabilização das sociedades em centros urbanos. Sua história é indissociável da história humana. Como narra ARAÚJO¹⁸:

[...] quando surgiram as primeiras civilizações, o homem já estava bem familiarizado com o uso de drogas para alterar seus sentidos e seu comportamento. Na verdade, quando chegou o Neolítico, a humanidade não apenas usava drogas, como sabia até fabricá-las.

¹⁶ VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 525.

¹⁷ Ibid., p. 524.

¹⁸ ARAÚJO, Tarso. Op. cit., p. 25.

Porém a relação do homem com os entorpecentes não é de todo pacífica há milênios. As substâncias psicotrópicas sofreram, ao longo dos tempos, diversos controles repressivos. Reportamo-nos à alvorada da civilização para elucidar o tema: a Mesopotâmia, notória pelo primeiro código de normas jurídicas positivadas dentro de uma sociedade, o Código de Hamurabi.

Os tratamentos farmacológicos da antiga civilização incluíam, por vezes, a administração de cerveja e vinho no paciente. O médico mesopotâmico devia ser cauteloso na administração de substâncias: se alertasse o paciente do risco da droga e seguisse os protocolos de forma cautelosa, estava apenas obrigado a indenizar a família, caso o enfermo morresse sob seus cuidados; caso gabsasse-se sobre suas habilidades e o sinistro ocorresse, perdia as duas mãos¹⁹.

No antigo Egito, assim como na Mesopotâmia, os tratamentos médicos envolviam o consumo de bebidas alcoólicas pelo paciente. Porém, foi no país africano que surgiram os primeiros registros escritos sobre admoestação moral a respeito do uso do álcool, considerado signo de degradação e perdição. Entretanto, a única droga assim tratada era o próprio álcool. As demais substâncias entorpecentes eram tidas, invariavelmente, como substâncias medicinais, bem como importante produto comercial, tanto na sociedade egípcia quanto na mesopotâmica²⁰.

Também são conhecidas proibições ao uso de entorpecentes entre os hebreus e os primeiros cristãos, bem como entre os povos islâmicos, embora quanto aos primeiros as restrições fossem mais relativas às quantidades e os prazeres mundanos²¹, ao passo que entre os últimos a proibição era peremptória²². Em contrassenso, a produção de papoula no Afeganistão, um país de tradição islâmica, é absurdamente grande²⁴, onde a planta, que é base para a fabricação de tantos entorpecentes, é amplamente explorada de forma comercial, atualmente.

¹⁹ ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit., p. 51-52.

²⁰ ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit., p. 55-56.

²¹ Ibid, p. 60.

²² ALCORÃO, 5:90-91. In ALCORÃO. Português. Alcorão Sagrado. Centro Cultural Beneficente Árabe Islâmico de Foz do Iguaçu. Foz do Iguaçu: LCC Publicações Eletrônicas. Disponível em <http://www.ligaislamica.org.br/alcorao_sagrado.pdf>. Acesso em 16 ago. 2018.

²³ ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit., p. 187-188.

²⁴ EXAME. Redação. Cultivo de papoula para ópio no Afeganistão tem recorde, 2014. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/cultivo-de-papoula-para-opio-no-afeganistao-temrecorde/>>. Acesso em 16 ago. 2018.

Na China, em que pesem os motivos do aludido conflito ocorrido em razão do ópio, VALOIS²⁵ leciona que esse entorpecente sequer foi a primeira droga proibida na China. O ópio teve sua primeira proibição em território chinês ainda no ano de 1729, porém antes disso o imperador havia proibido o fumo do tabaco, costume trazido pelos portugueses, estabelecendo, ainda no século XVII, a pena de decapitação para os fumantes. A medida acabou fazendo com que os chineses passassem a fumar ópio, em vez de tabaco.

ESCOHOTADO²⁶ revela que, poucas décadas após as Guerras do Ópio, com a legalização do plantio da papoula e comercialização e consumo do ópio, o então imperador chinês, ainda que não mais inclinado a adotar medidas proibitivistias, por influência externa de missionários americanos e ingleses, assina o chamado Acordo dos Dez Anos, pelo qual a China se comprometia a suprimir, em dez anos, seus cultivos de papoula, sob a condição de que a Índia renunciasse sua exportação de ópio, o que foi aceito pelos ingleses, que controlavam aquela nação na época. A intenção era, por consequência lógica, acabar com o consumo de ópio no país.

Em Roma, pedra fundamental do direito ocidental moderno, devemos destacar a edição da *Lex Cornelia*, criada ainda em tempos republicanos, na qual reprovava-se unicamente o uso de drogas, as quais eram definidas nos mesmos critérios que os gregos determinaram, com a finalidade de matar alguém. Era costume romano oferecer-se flores de marijuana em reuniões sociais, além do consumo de ópio e vinho²⁷.

3.1 A CRIMINALIZAÇÃO A NÍVEL INTERNACIONAL

O primeiro marco, e certamente o mais relevante, na história da criminalização mundial das drogas é a Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia no ano de 1912, na qual os signatários adotaram a proibição do entorpecente em seus territórios, incluindo o Brasil²⁸. Em verdade, o tratado apenas positivou, a nível jurídico internacional, uma tendência proibitivistica que ocorria em todo mundo.

A maioria dos Estados nacionais encarava com grande preocupação o abuso indiscriminado de entorpecentes, que se relaciona com outros problemas, ligados à

²⁵ VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 36.

²⁶ ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit., p. 400.

²⁷ ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit., p. 123-124.

²⁸ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. 2011 INCB Annual Report References to Brazil. 2012. Disponível em <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_portuguese_References_to_Brazil_PDF.pdf>. Acesso em 16 ago. 2018.

saúde de suas populações. Populações usuárias significariam populações doentes e, conseqüentemente, improdutivas, ao menos no pensamento dos governantes da época²⁹.

Anteriormente, o que se buscava na maior parte do mundo com as proibições ao uso de entorpecentes era um efeito mais atinente à conservação dos valores morais, mas a partir da Convenção 1912 entra em cena outro caráter: o de prevenção a problemas de saúde. Aliados a preocupação dos governos nacionais com dados estatísticos sobre a relação de drogas e problemas de saúde pública, busca-se, com muito mais intensidade a partir do século XX, coibir o uso indiscriminado de drogas³⁰.

Embora comumente no meio acadêmico o termo “Guerra às Drogas” tenha como base o discurso do presidente norte-americano Richard Nixon, em 17 de junho 1971, declarando que o uso de entorpecentes passaria, daí para frente, a ser o que ele chamava de “inimigo número um” dos Estados Unidos da América, as restrições impostas pelos Estados em relação aos entorpecentes vêm de tempo mais distantes³¹. Os Estados Unidos da América passavam à época por uma revolução cultural, com evidente influência puritana, em resposta à contracultura que predominou no pensamento jovem americano até o final da década de 1960, liderada por grupos que se sucederam no tempo, como o movimento *Beat* e os *Hippies*.

Certas famílias norte-americanas, incluindo-se os Delano, família materna do presidente estado-unidense Franklin Delano Roosevelt, bem como os Forbes, família que hoje empresta o nome ao notório periódico de negócios e economia homônimo, ainda que longe do conflito armado na China, aquele mesmo aludido acima, fizeram grande fortuna com a exportação de ópio para o país asiático³².

Ocorria que, ao passo que a exportação do ópio garantia grande retorno econômico aos Estados Unidos, uma nova vocação dos norte-americanos, nesse ínterim, dava seus primeiros passos. Missionários religiosos e reformadores evangélicos surgiram aos montes na época e, com grande apoio da população, ganharam força por todo o país, começando a exercer influência externa por volta dos anos 1830. A corrente estabelecia que o uso de entorpecentes, incluindo o

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 18.

³² Ibid., p. 46-47.

álcool, relacionava-se ao pecado e à infidelidade (vida “mundana”), degradava a moralidade e deveria ser de todo modo rechaçado.

Os reformadores puritanos logo alcançaram postos políticos, com o apoio da população e figuras influentes simpatizantes aos ideais. Assim, iniciaram-se as primeiras proibições legais em sua forma moderna nos Estados Unidos da América, modelo que se espalharia por todo o globo, com especial velocidade na América Latina, sobre a qual os norte-americanos exerciam grande influência imperialista.

Além do *lobby* moralista, houve grande influência da indústria para monopolizar-se o mercado dos fármacos. Com a circulação de drogas, além das entorpecentes, restrita a partir da lei, apenas a grande indústria farmacológica tem como colocar drogas em circulação, controlando totalmente o mercado³³.

Fora a já referida Convenção de Haia de 1912, há outros três documentos firmados e ratificados a nível internacional que regulamentam atualmente a repressão às drogas a nível internacional: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, já aludida, que foi emendada pelo Protocolo de 1972, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, e, por fim, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Narcóticos e Substâncias Psicotrópicas de 1988³⁴. Estabelecidas as regras a nível internacional, os Estados nacionais, alguns com determinadas cláusulas de reserva, passam a implementar em seus sistemas legais a política de repressão às drogas.

Seguindo esse raciocínio, estendeu-se às bebidas alcoólicas essa mesma restrição, entre 1920 e 1933, nos Estados Unidos. Na época de sua proibição em território norte-americano, não longe do esperado, surge um mercado paralelo, o qual possibilitou o aparecimento de figuras lendárias do narcotráfico como o gângster ítalo-americano Al Capone, que fornecia à demanda existente, inobstante à proibição, produtos de baixa qualidade, sem regulamentação alguma e com severas consequências à saúde do consumidor, além das que o uso do próprio entorpecente causa³⁵.

Em plena Grande Depressão, resultante da crise econômica de 1929 o governo estado-unidense não poupava esforços e numerários para sustentar a total proibição do consumo de álcool por sua população, regra que, pragmaticamente, porém,

³³ ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit., p. 384-388.

³⁴ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Op. cit.

³⁵ VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 101-102.

pouco efeito surtia. A lei seca teve fim em 1933, diante do fracasso da tentativa de proibir o consumo do entorpecente, bem como do aumento da criminalidade e erosão do sistema de justiça criminal. A corrupção dos agentes de segurança pública para que fizessem vistas grossas ao consumo nas ruas e o abarrotamento das cortes norte-americanas com processos ligados ao álcool, criando um ambiente de cinismo no país, também podem ser apontados como fatores que levaram ao retorno à legalidade do álcool.

Essa conjuntura levou parlamento norte-americano a promulgar a 18ª Emenda à Constituição, que regulamentou a fabricação, importação ou venda de bebidas alcoólicas³⁶. Trata-se da única emenda constitucional da história norte-americana a ser revogada. A vedação continuava, mas para fins de regulamentação, sendo possível, a partir de então, produzir, comercializar e utilizar álcool de maneira lícita no país.

O pensamento proibicionista era hegemônico no país, porém, ainda assim, forçou-se o retorno da droga à legalidade, o que reforça a ideia de que o Direito Penal não é a ferramenta correta para tratar-se de saúde pública. Ao adentrar na seara penal para evitar que determinadas condutas autolesivas sejam praticadas pelo indivíduo estamos punindo-o por avariar direito próprio. A respeito, entende QUEIROZ³⁷ que:

[...] apesar das reformas, continuamos a insistir numa velha receita: o castigo (o sistema penal), isto é, mudamos a dose do remédio, mas o remédio continua sendo rigorosamente o mesmo: o castigo. Dito de outra forma: insistimos em buscar no sistema penal, seja tomando-o mais severo, seja tomando-o mais brando, ao menos no que toca à pena, uma cura que ele, por melhor que seja, não nos pode proporcionar, dadas as limitações estruturais de sua atuação: seletividade (recruta sua clientela entre os miseráveis), consequencialidade (atua nas conseqüências, não nas causas dos problemas), excepcionalidade (atinge um número reduzidíssimo de casos) etc.

Em linhas gerais, podemos entender que se atribui ao direito penal, via de regra, o caráter de remédio social para problemas estruturais, os quais é não apenas incapaz de combater, mas também contraprodutivo, por vezes. Busca-se na última ratio, de forma cada vez mais contundente, respostas que ela não é capaz de entregar.

3.2 A CRIMINALIZAÇÃO NO BRASIL

³⁶ VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 103-105.

³⁷ QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 315-314.

A Lei Federal 11.343, de 23 de agosto de 2006³⁸, em conjunto à Portaria de nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária³⁹, é a responsável, atualmente, pela criminalização do consumo, da produção e da circulação da maior parte das substâncias psicotrópicas conhecidas. A Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad, prevê políticas de prevenção ao uso de entorpecentes e de repressão ao tráfico, e cria tipos penais, servindo-se da Portaria para definir o que é “droga”.

Opta o legislador por criminalizar especificamente o uso de determinadas substâncias psicotrópicas, ainda que sem a perspectiva de que tal conduta gere dano concreto ao Direito de pessoa que não o próprio usuário. Ou seja, entende a Lei, especificamente no que toca a criminalização do porte de droga para consumo pessoal (Art. 28 da Lei Federal 11.343/2006⁴⁰), que não é assegurado ao indivíduo o direito de escolher livremente seu modo de vida

Surge, ante esse cenário, a questão de se a punição da autolesão provocada pelas drogas não seria admissível, à luz de Princípios Constitucionais, em especial os da Dignidade da Pessoa Humana, da Intimidade e da Vida Privada, consagrados nos Arts. 1º, III,⁴¹ e 5º, X,⁴² ambos da Carta Magna. A criminalização do porte de

³⁸ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 16 ago. 2018.

³⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisa/legis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁴⁰ BRASIL. Op. Cit. 2006.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

⁴¹ BRASIL. Op. Cit. 1988.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- III – a dignidade da pessoa humana;

⁴² BRASIL. Op. Cit. 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

droga para consumo pessoal equivaleria à invasão da intimidade e vida privada do cidadão que tem a garantia constitucional de conduzir livremente sua própria vida.

Nesse cenário, surge o Recurso Extraordinário 635.659, em trâmite na Suprema Corte desde 2011, que versa justamente, à luz do Art. 5º, X, da Constituição Federal, a respeito da compatibilidade ou não do Art. 28 da Lei Federal 11.343/2006 com os Princípios constitucionais da Intimidade e da Vida Privada.

O Recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de réu condenado pelo porte de 3g de maconha e ainda pende de julgamento. Três dos onze Ministros da Suprema Corte já exararam seus votos, todos a favor da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, a saber: Ministro Luiz Edson Fachin, Ministro Luís Roberto Barroso e Ministro Gilmar Mendes, este último relator do processo.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em especial, defendeu ainda o limite de até 25 gramas de maconha como parâmetro para caracterizar o uso, baseado, segundo ele, em estudos que levaram Portugal a descriminalizar a posse de droga para uso próprio. Destacamos o seguinte trecho de suas razões para o voto:

O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão. Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco. Em segundo lugar porque, como se procurou demonstrar, a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma. De modo que pessoas que poderiam obter tratamento e se curar, acabam não tendo acesso a ele. O efeito, portanto, é inverso. Portanto, não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima⁴³.

O voto do Excelentíssimo Ministro, ao final, recebeu a seguinte ementa:

DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas.
2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2018.

3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.

4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes.

5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, 16 recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas.

6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito.

7. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores⁴⁴."

A penalização do uso de substâncias psicotrópicas, pelo posicionamento que vem demonstrando o Excelso Pretório, além de ser a raiz de uma infinidade de problemas perpassados pela sociedade brasileira, viola, de forma frontal, a intimidade e a liberdade de escolha do cidadão sobre o modo de vida que seguirá. E violar tais princípios, ofende o próprio sentido do Estado, que existe para assegurar ao cidadão suas garantias básicas, entre elas, a liberdade de escolha sobre o que fará com seu próprio corpo.

4 A LEGALIZAÇÃO

4.1 IMPACTOS DO PROIBICIONISMO

A lei mor da economia é praticamente uma lei natural, com a diferença de possuir aplicação apenas no campo social: onde há procura, há oferta do produto. Inerente não apenas ao sistema capitalista, mas à própria essência do ser humano, que almeja sempre obter mais do que já possui, a lei da oferta e demanda dita as regras sobre a circulação dos produtos pelo mundo, desimportando quaisquer

⁴⁴ Ibidem.

restrições legais que o Estado imponha sobre os cidadãos, servindo essas, no máximo, para determinar os meios pelos quais a circulação ocorrerá. O certo é: onde houverem seres humanos, haverá circulação de drogas.

Nesse diapasão, temos que, face ao consumo desenfreado de drogas no mundo, legisladores de toda a parte esforçam-se em criarem modernos mecanismos legais antidrogas, tornando o que CARVALHO⁴⁵ define como a proibição mais bem organizada e financiada do mundo. Daí se estabelece uma dúvida: qual o real potencial lesivo das drogas?

ESCOHOTADO⁴⁶ relata, baseado em uma experiência clínica realizada por H.Berger, então presidente da Sociedade Médica de Nova York, que poder-se-ia utilizar, por exemplo, até a heroína, por uma vida inteira, sem causar graves danos ao organismo e ainda que o vício reside na pessoa, não na substância em si. Conclui ele que as autoridades públicas não se convencem disso por medo de que uma eventual legalização das drogas possa aumentar os problemas delas decorrentes, porém o pensamento proibicionista reside em uma verdadeira falácia.

A política sobre drogas reduziu-se a um cômodo expediente de repressão e controle interno, que por vezes trata-se de uma verdadeira distração, retirando o foco do público de condutas muito mais lesivas para os interesses coletivos. Ou seja, é mais simples repreender a circulação das drogas do que efetivamente combater os problemas delas decorrentes e a elas relacionados. É bem verdade que não fossem as drogas, outro seria o pano de fundo da criminalidade que assola a sociedade, porém esse é justamente o escopo pelo qual o Estado foi criado: tratar dos problemas da coletividade e não potencializá-los.

A política antidrogas adotada hodiernamente não se mostra eficiente no enfrentamento do problema que se propõe a combater. O Direito Penal deveria se restringir à tipificação de figuras penais relevantes, como a administração de drogas a terceiro de forma a lhe prejudicar a saúde, ou até mesmo as consequências da condução de veículo automotor sob a influência de drogas entorpecentes⁴⁷. Os

⁴⁵ CARVALHO, Salo de. A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. In: KARAM, Maria Lúcia. (Org.) Globalização, Sistema Penal e Ameaça ao Estado Democrático de Direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 105.

⁴⁶ ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit., p. 850.

⁴⁷ TAFFARELLO, Rogerio Fernando. Drogas: Falência do proibicionismo e alternativas de política. São Paulo: USP, 2010. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

delitos provenientes do comércio de drogas tratam-se de problemas inerentes à própria proibição.

Nessa seara, cabe trazer à baila alguns números estatísticos sobre as drogas. Primeiramente, impende destacar um relevante dado obtido em estudo realizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), apontando que, apenas no ano de 2014, cerca de 5% da população adulta, ou duzentos e cinquenta milhões de pessoas com idades entre quinze e sessenta e quatro anos, utilizou pelo menos algum tipo de droga ilícita⁴⁸.

Ironicamente: Portugal, que descriminalizou o uso e o porte pelo cidadão de até de dez doses de qualquer entorpecente, por meio da Lei nº 30/2000⁴⁹, apresentou significativa redução do número de consumidores de entorpecentes em sua população. Segundo levantamento do European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), em 2007, a prevalência de uso de qualquer substância ilícita alguma vez na vida entre adultos no país era de 12%. Em 2012, essa porcentagem caiu para 9,5%. Entre jovens adultos, a prevalência caiu de 17,4% para 14,5% no mesmo período⁵⁰.

Já em no Brasil, levantamentos realizados pelo Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas, apontam que já em 2005, excluindo-se o álcool, o cigarro e medicamentos lícitos, 22,8% da população brasileira havia feito uso, durante a vida, de algum tipo de algum tipo de droga⁵¹. Novo estudo está sendo realizado para fins de atualização desse número, desde o ano de 2016, não concluído até a presente data⁵².

Mas talvez os dados mais alarmantes no Brasil sejam os seguintes:

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 29 milhões de adultos dependem de drogas, aponta relatório do UNODC, 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/29-milhoes-de-adultosdependem-de-drogas-aponta-relatorio-do-unodc/>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁴⁹ PORTUGAL. Lei nº 30/2000, de 29 de novembro de 2000. Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/599720/details/maximized>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁵⁰ EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTION. Portugal country overview. 2017. Disponível em: <<http://www.emcdda.europa.eu/countries/portugal/#>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁵¹ OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS. II Levantamento Domiciliar. 2005. Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/obid/dados-informacoes-sobredrogas/pesquisa-e-estatisticas/populacao-geral/levantamento-domiciliar>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁵² OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS. III Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil. 2016. Disponível em: <<https://obid.senad.gov.br/dados-informacoes-sobre-drogas/pesquisa-e-estatisticas/populacao-geral/iii-levantamento-domiciliar-sobre-o-uso-de-drogas-psicotropicas-no-brasil>>. Acesso em 16 ago. 2018.

(a) O número de presos cumprindo pena pelo delito de tráfico dobrou após a promulgação da nova lei antidrogas brasileira (de 24,7% das apenadas e 10,3% dos apenados em 2005 para 58% e 23%, respectivamente, em 2014)⁵³;

(b) Conforme números obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desde a entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006(13/10/2006), entre os adolescentes, o ato infracional mais praticado foi o de tráfico de drogas, com 85.045 ocorrências. A posse de drogas para consumo próprio acompanha em oitavo lugar no ranking, com 13.546 ocorrências⁵⁴;

Ora, se a intenção da legislação é justamente de evitar a circulação de drogas pelo território brasileiro, qual é a explicação para tal aumento absurdo de traficantes entre os adultos? E porque as condutas infracionais referentes às drogas aparecem com tanto destaque entre os adolescentes? Que patamar os números alcançariam caso decidíssemos criminalizar o álcool e o tabaco?

Essas questões são facilmente respondidas com os argumentos acima explanados. As medidas de repressão fazem parte de uma conjuntura onde juristas e legisladores nascem e são educados em um ambiente onde a criminalização das drogas é natural e lógica. Não há interesse em questionar-se tal modelo, ou, na melhor das hipóteses, há interesse, porém faltam os meios necessários, como o apoio popular e cooperação internacional, planejamento e, logicamente, investimento.

A guerra às drogas não revela expectativa de fim, pois sustenta-se em si mesma. Como refere VALOIS⁵⁵,

Os anos de proibição que antecederam 1988 ajudaram a criar e fortalecer grupos organizados para o comércio das substâncias consideradas ilegais ao mesmo tempo que forjou o pensamento estreito, norte-americanizado, de que a questão das drogas só poderia ser tratada com combate, com guerra, com criminalização. Em 1988 já tínhamos juízes, promotores, policiais e, principalmente, diplomatas que nasceram dentro dessa mentalidade, sem capacidade de pensar o mundo diferente, ou seja, o mundo como era antes da proibição.

Jamais encarcerou-se tanto como hodiernamente no Brasil. Em 2018, o Conselho Nacional de Justiça divulgou o levantamento do BNMP 2.0, revelando que 602.217 pessoas estão privadas de liberdade. Do total, 24,74% têm imputada contra

⁵³ OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS. Sistema Prisional e SINASE. 2017. Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/obid/dados-informacoes-sobredrogas/pesquisa-e-estatisticas/populacoes-em-contextos/sistema-prisional-e-sinase>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁵⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei. 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnacnovo/publico>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁵⁵ VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 291.

si a prática de tráfico de drogas e condutas afins. É o segundo tipo penal mais recorrente, perdendo apenas para o roubo⁵⁶.

Importa destacar que os números não correspondem ao total da realidade brasileira, visto que o Tribunal de Justiça de São Paulo forneceu dados parciais ao estudo e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sequer implantou sistema de levantamento, ou seja, os presos contabilizados neste Estado são apenas aqueles alimentados por outros tribunais estaduais que encontram-se custodiados no Rio Grande do Sul e pelo Tribunal Federal da 4ª Região.

Muitos desses apenados e presos temporários ou provisórios talvez jamais tenham cometido um ato violento e estão recolhidos ao cárcere em razão de uma conduta de perigo abstrato, i.e., que talvez não tenha feito mal a ninguém mais que não o próprio usuário, o qual adquiriu a droga por vontade própria.

Busca-se, com a restrição da liberdade e de outros de direitos, repreender o praticante da conduta, bem como evitar que ele e quem quer que veja as consequências penais decorrentes dos atos venha a praticá-la novamente. Como explica QUEIROZ⁵⁷:

Amiúde, procura-se ainda dar à sentença caráter exemplificador, pretendendo emprestar-lhe efeitos universais, por vezes salvíficos, com fins de prevenção geral, principalmente em casos de tráfico de drogas, em que se alude a expressões como: “o tráfico é um mal que assola toda a humanidade e que precisa, por isso, ser exemplarmente punido, para que possamos dar um fim a isso”, aplicando-se, a partir de tal argumento, penas altas em demasia, que não retratam o caso concreto e transcendem o merecimento do autor, pois não se está a rigor a julgar o traficante, mas o tráfico. Não há aí individualização da pena, mas “desindividualização”, generalização.

Porém o que se demonstra no campo prático é uma incapacidade da pena em concretizar seus efeitos retributivo, preventivo e ressocializador. Basta-se analisar o número de reincidências delituosa no Brasil. Estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) revela uma estimativa de que a reincidência chegue a 24,4% dos apenados, i.e. um entre cada quatro delinquentes no país torna a delinquir em menos de cinco anos. O tráfico de drogas aparece em terceiro lugar dentre os crimes que os apenados voltam a perpetrar, representando 11,9% desse total⁵⁸. Ou seja, encarcerar não vem se demonstrando pedagógico.

⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁵⁷ QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 315-327.

⁵⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincide>

Sem pensar muito nas questões acima, o povo filipino confiou a Rodrigo Duterte, nas últimas eleições, a presidência de seu governo, que foi muito além do presidente estado-unidense Richard Nixon, no discurso de 1971. Não se contentando com políticas criminais que respeitam os Direitos Humanos, Duterte cumpriu suas promessas de campanha e passou a executar indiscriminadamente, inclusive na ausência processo judicial, supostos traficantes e consumidores de drogas. Entre as promessas de campanha, estava a de erradicar o tráfico de drogas nas Filipinas em seis meses.

Desde 1º de julho de 2016 até janeiro de 2017, cerca de 7.042 pessoas tiveram suas vidas ceifadas nas Filipinas, sob o signo da guerra às drogas. Além disso, 35 policiais também morreram durante as operações antinarcóticos, no mesmo período. Já as prisões superam o número de 52.000⁵⁹. Logicamente tais medidas não batem às portas das mansões de políticos e artistas influentes no país, onde as carreiras de cocaína são esticadas sem maiores perturbações.

Notadamente as medidas draconianas não surtem o efeito desejado, à medida que o comércio ilegal de drogas nas Filipinas continua. Duterte chegou, recentemente, a reconhecer que a política antidrogas adotada passa por problemas e que não há como o país controlar as drogas, uma vez que outras nações também fracassaram nesse sentido. As medidas foram suspensas de forma temporária⁶⁰.

4.2 MOVIMENTOS LEGALIZATÓRIOS E SEUS EFEITOS

Além do já aludido exemplo de legalização da posse de drogas para consumo próprio adotado em Portugal, vale trazer outros três. Não se tratam dos únicos Estados que repensaram seu modelo de combate ao vício em narcóticos, mas certamente os três mais relevantes, a saber: a política de tolerância às drogas nos Países Baixos; a regulamentação da posse para consumo, bem como da produção de *Cannabis*, no Uruguai e; a legalização da posse para consumo, bem como a produção de *Cannabis*, em determinados estados dos Estados Unidos da América.

O primeiro e mais icônico caso, os Países Baixos. Por lá, a posse, produção, venda, exportação e importação de drogas são ilegais, o que existe é uma política

ncia_criminal.pdf>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁵⁹ FONTDEGLÓRIA, Xavier. Guerra contra as drogas nas Filipinas avança a um ritmo de mil mortos por mês. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/25/internacional/1485342069_135670.html>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁶⁰ G1. Redação. Duterte reconhece que política contra drogas enfrenta desafios nas Filipinas. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/duterte-reconhece-que-politica-contra-drogasenfrenta-desafios-nas-filipinas.ghtml>>. Acesso em 16 ago. 2018.

de tolerância quanto ao uso em locais específicos e sob certas condições. A utilização de drogas leves e um limite de cinco gramas de maconha por pessoa/dia é tolerada pela lei dentro de cafés (*coffeshops*), muito comuns no país, e pode ser feita apenas por indivíduos com mais de dezoito anos de idade. Além disso, a divulgação publicitária sobre drogas pelos estabelecimentos é vedada⁶¹.

A despeito de um recorrente pensamento fora daquele país, de que os holandeses veem na política de tolerância um erro, estudos apontam que a população local não apenas é favorável à medida, adotada há mais de quarenta anos, mas também reconhece que não é possível proibir totalmente o consumo de narcóticos pelo cidadão e mostram-se simpatizantes de políticas ainda mais liberais, que abordem também a produção e comercialização das drogas⁶².

Ao contrário do esperado, o país está longe de apresentar altos índices de consumo de droga e mortalidade disso decorrente. A Holanda exhibe as menores porcentagens, entre os europeus, de dependentes químicos⁶³. Em média, o consumo de entorpecentes entre população holandesa, com idades entre quinze e sessenta e quatro anos é menor que a média do restante da Europa. Além disso, as taxas de mortalidade pelo consumo de narcóticos também ocupa uma das posições mais baixas do continente, cerca de oito óbitos a cada milhão de habitantes⁶⁴.

Outro caso de legalização, porém apenas da posse para consumo da *Cannabis sativa*, está próximo do Brasil, em nosso vizinho Uruguai. Sob a então liderança do presidente José Mujica, o país foi o primeiro no mundo a legalizar e regulamentar a produção e o consumo da maconha para uso recreativo, no ano de 2014. Os uruguaios são tradicionalmente ligados a ideais liberais, tendo sido os pioneiros, também, na legalização do álcool e do divórcio⁶⁵.

⁶¹ ARAÚJO, Tarso. 5 mitos sobre o consumo de maconha na Holanda. 2016. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/historia/5-mitos-sobre-o-consumo-de-maconha-na-holanda/>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁶² INGRAHAM, Christopher. What life with pot looks like in a country where it's been basically legal for 40 years. 2015. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/11/02/fourdecades-later-the-dutch-have-no-regrets-about-legal-marijuana/?tid=pm_business_pop_b&utm_term=.7bf596a86fe9>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁶³ ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit., p. 861.

⁶⁴ BUGARIN, Inder. Holanda: a 34 años de tolerancia con las drogas. 2010. Disponível em: <http://www.bbc.com/mundo/cultura_sociedad/2010/07/100701_holanda_aniversario_marihuana_jrg>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁶⁵ MOURA, Marcelo. A experiência do Uruguai com a liberação completa da maconha. 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/08/experiencia-do-uruguai-com-liberacao-completa-da-maconha.html>>. Acesso em 18 ago. 2018.

Em que pese a carência atual de dados expressivos a respeito do impacto da regulamentação sobre a posse e produção da *Cannabis sativa* sobre o narcotráfico ilícito, provavelmente pelo pouco tempo de implantação, a medida já proporcionou o surgimento de um nicho de mercado produtor da droga, que, além de arrecadar impostos e gerar empregos, é capaz de fornecer às universidades, ONGs e o próprio governo dados mais confiáveis sobre o consumo⁶⁶.

Atualmente, no Uruguai, a produção, circulação e posse de drogas ainda é criminalizada, o que há é uma regulamentação administrativa que as permite, parte de uma política progressiva de tolerância às drogas. Isso pode explicar os baixos índices de impacto social no caso uruguaio – se o consumo de drogas é condicionado a uma regulamentação tão pesada e burocrática, o usuário continuará a adquirir do fornecedor ilícito.

Por fim, imperioso trazer à baila o movimento legalizatório que ocorre hodiernamente nos Estados Unidos da América. No cenário atual, a posse de *Cannabis sativa* para consumo pessoal é legalizada em nove dos cinquenta estados e mais um distrito federal que compõe a federação norte-americana⁶⁷, fruto de uma histórica votação realizada em 08 de novembro de 2016, envolvendo nove estados daquela federação, na qual as respectivas populações foram às urnas decidir sobre a legalização do uso recreativo da planta, que obteve resposta positiva na Califórnia, no Massachusetts, em Nevada, no Maine, na Flórida, em Montana, no Arkansas e no Dakota do Norte. Já população do estado do Arizona foi desfavorável à legalização. Antes disso, no estado do Colorado o uso recreativo da Maconha já era legalizado desde novembro de 2012, também resultante de votação popular.

O caso norte-americano é, certamente, o mais impactante. A maior potência bélica e econômica do mundo, que liberou o consumo da *Cannabis sativa* por meio da escolha popular em nove estados de sua federação, também acabou por afetar diretamente o fluxo de drogas que ingressavam no país de forma ilícita, por intermédio dos cartéis de drogas mexicanos.

Estima-se que, nos últimos anos, o tráfico ilícito da Maconha que ingressava em território norte-americano pela fronteira com o Colorado possa ter diminuído em até 70%. Dados oficiais do Drug Enforcement Administration (DEA) confirmam uma

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ COUTINHO, Dave. EUA legaliza maconha em 8 Estados: Veja o que muda em cada um. 2016. Disponível em: <<http://www.smokebuddies.com.br/eua-legaliza-maconha-veja-que-muda-emcada-estado/>>. Acesso em 16 ago. 2018.

redução do fluxo ilegal de drogas na escala de 23% entre os anos de 2013 e 2014⁶⁸. O Instituto Mexicano para a Competitividade (IMCO) acredita que a legalização do uso da Cannabis sativa para recreação em, pelo menos, um quinto dos estados dos EEUU poderá representar um relevante golpe aos cartéis de drogas no México, principais exportadores de entorpecentes para o país norte-americano⁶⁹.

Além dos três casos paradigmáticos, poderíamos trazer à tona, ademais, que diversos outros países já possuem políticas de tolerância ao consumo de drogas em pequenas quantidades, em especial a maconha, entre eles a Austrália, o Chile, o Canadá, a Dinamarca, a Alemanha (onde a própria Constituição veda a criminalização da posse de pequenas quantidades de droga).

Assim, fica evidente que afirmar que a legalização dos entorpecentes, por si só, causaria uma explosão no número de consumidores de drogas psicoativas, resultando em um aumento absurdo nos números de atendimentos médicos e ambulatoriais, ou que agravaria, ainda mais, o problema estrutural da segurança pública no Brasil, não condiz com a realidade, tendo em vista os números apresentados, que apontam justamente o contrário. Em síntese, criminalizar e punir aparenta ser medida de país que não busca solução, mas tão somente pela resposta formal a um problema sistemático.

4.3 PERSPECTIVAS LEGAIS E JURÍDICAS

Em sentido contrário à legalização ou descriminalização das drogas, diversos são os argumentos apresentados. Entre eles, o de que a conjuntura sociopolítica brasileira não comportaria tal revolução jurídica e legal, por que o brasileiro, por algum motivo, não estaria apto a isso. Porém não se olvide que o cenário em torno das drogas chegou ao patamar hoje observado justamente em razão da cega criminalização,

[...] como se algum dia tivéssemos estado preparados para a criminalização. O sistema carcerário nunca esteve preparado para nada, muito menos para dobrar a sua população com pessoas que não praticaram nenhum ato violento. Se a guerra às drogas tem matado mais do que as drogas, também tem violado muito mais valores do que o uso e o comércio, mesmo que ilegal, dessas drogas⁷⁰.

⁶⁸ O ESTADO DE S. PAULO. Maconha legalizada no Colorado afeta traficantes mexicanos, aponta relatório. 2016. Disponível em:

<<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,maconhalegalizada-no-colorado-afeta-trafficantes-mexicanos--aponta-relatorio,10000014566>>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁶⁹ QUEIROZ, Augusto. Legalização da maconha muda fluxo do tráfico entre EUA e México. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-11/legalizacao-damaconha-muda-fluxo-do-trafico-entre-eua-e-mexico>>. Acesso em 18 jun. 2017.

⁷⁰ VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 650.

Até mesmo o nobel de Economia Milton Friedman, assim já se pronunciou: “O dano causado pelas drogas se deve, basicamente, a sua ilegalidade. Jamais se haveria produzido a epidemia de crack se a cocaína fosse legal”⁷¹.

Argumentar-se que não é justo, sob essa ótica, obrigar-se o Estado a custear o tratamento de drogaditos, uma vez que lesionaram-se por vontade própria, também não parece razoável, à medida que o debate nesse sentido pode estender-se aos casos de pessoas que lesionam-se ao praticarem esportes, laborarem em locais insalubres e perigosos ou simplesmente andarem na rua, ou ainda os tratamentos de saúde custeados pelo poder público em prol daqueles que contraem doenças, como câncer, em razão do consumo de *fast foods* e bebidas industrializadas por vontade própria.

Se almejasse o Estado a descumprir um preceito de ordem constitucional (Art. 196 da Constituição Federal⁷²), que garante a saúde de forma integral e universal, inclusive a estrangeiros residentes no Brasil, sob o pretexto de não custear o tratamento a dependentes químicos, a contenda seria facilmente resolvida com a privatização do sistema de saúde, o que, por si só, comporta uma extensa discussão jurídica e legal.

Por fim, rebatemos a retórica populista de que o uso de drogas, por si só, é causa da perpetração da maior parte dos crimes, relacionando-se o uso de drogas, de forma abstrata, a dados estatísticos de homicídios e outros crimes às drogas. Verifica-se que, em verdade, apenas cerca de 5% dos crimes que possuem algum tipo de ligação com as drogas são cometidos por usuários sob efeitos dos entorpecentes, ao passo que os outros 95% são resultantes de situações correlatas aos entorpecentes, situação essa que pode ser chamada de “violência sistêmica”⁷³.

A repressão ao consumo e à circulação de drogas no Brasil, em que pese ter evoluído consideravelmente desde seus primórdios, datado da época das Ordenações do Império, continua a se debruçar sobre a pauta de maneira conservadora, com progressos tímidos. Justamente o Brasil, a pátria do futuro – que parece nunca chegar –, quem deveria tomar posição de vanguarda sobre um

⁷¹ *apud* ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit., p. 851-852 – tradução nossa.

⁷² BRASIL. Op. cit., 1988.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁷³ CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. Causas e consequências do crime no Brasil. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010. 196 f. Tese (Doutorado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Economia da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

problema que fulmina as estruturas de sua sociedade, atingindo, em especial, as camadas mais hipossuficientes, continua inerte, aguardando laudos, evidências, respostas de qualquer tipo da parte do mundo que decidiu abordar o tema de maneira visionária.

A chance de diminuirmos o número de encarceramentos por atos não violentos, bem como os esforços e gastos estatais nesse sentido, compreendendo ações do Sistema Único de Saúde, das Polícias, do Poder Judiciário, Defensorias Públicas, do Ministério Público e também do Poder Legislativo, está diante de nós. Com um país quebrando, todo ano, recordes em números percentuais e absolutos relativos a homicídios, latrocínios e outras práticas criminosas que geram graves lesões a bens jurídicos que efetivamente desejamos defender, como a vida, a liberdade e a propriedade, acreditamos ser desperdício de tempo e recursos o Estado preocupar-se com as substâncias utilizadas por seus cidadãos, dentro de seu direito de intimidade e, inclusive, de autolesão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não um crime, mas sim um assunto de saúde pública, o uso de drogas é recepcionado de forma hostil pela sociedade de um modo geral, ainda que indiscutivelmente difundido em seu seio, ironicamente. Não é dado, ou ao menos não o deveria ser, ao Estado punir seu súdito por condutas que não gerem lesão a ninguém além dele próprio. Afinal, tal aspecto tem a ver única e exclusivamente com os rumos que o cidadão decidiu tomar para sua vida particular. E a situação torna-se desconexa da lógica quando recordamos da existência de drogas, incluindo substâncias entorpecentes, diga-se de passagem, poderosíssimas, lícitas e de livre consumo e circulação. Vivemos em época de paternalismo estatal exacerbado, que culmina, inevitavelmente, em negação de parcela da liberdade individual.

O modelo atual, de repressão às drogas, acarreta consequências catastróficas à segurança pública, ao sistema penal, carcerário e, por fim, ao próprio sistema de saúde. Além disso, joga a pauta às margens da sociedade civilizada, impedindo que o usuário possa dialogar de forma madura sobre sua dependência, química e/ou psíquica, além de restringir à clandestinidade um setor que claramente poderia ser regulamentado de forma administrativa, gerando investimentos, empregos e tributação.

Fato é que nada além da ineficácia estatal em regularizar a situação, e a retórica moralista de parte da população, obsta a implantação de medidas paulatinas de descriminalização e regularização, as quais além de retirarem da criminalidade parcela significativa da população, poderão contribuir com a geração de empregos e arrecadação tributária, uma vez que regulamentado um novo mercado lícito de drogas, oferecendo, além de produtos com qualidade certificada, concorrência e, conseqüentemente, levando ao seu similar ilícito à falência, como parecem se apresentar nos casos práticos de legalização.

Em apertada síntese, a repressão ao consumo de drogas firma-se, desde a antiguidade, quando iniciou-se, na finalidade de homogeneização dos comportamentos, um pressuposto para a integração social e, conseqüentemente, um benefício para a sociedade civil. Porém a coerção realizada em um campo como o da mente humana acaba mais por dividir os indivíduos que compõem essa sociedade do que integrá-los⁷⁴, basta olharmos janela afora.

São sempre os inimigos os culpados pelas drogas do mundo, as que nós, pessoas de bem, taxamos arbitrariamente como ilegais. E eles, os inimigos, obviamente se aproveitam desse mercado milionário deixado em aberto. Aí agravam-se penas, aumentam-se as medidas repressivas, lotam-se penitenciárias, mais uma vez, por causa das drogas, estas que agora financiam o terrorismo⁷⁵.

Em conclusão, podemos dizer a respeito da criminalização das drogas que as sucessivas legislações e medidas adotadas, bem como os esforços e investimentos dispendidos em uma infundável guerra, traduzem o pensamento proibicionista hegemônico. Urge que exponham-se e analisem-se dados e estatísticas, a fim de vislumbrarmos uma nova e lúcida abordagem a ser adotada para que tratemos os problemas relativos às drogas da maneira correta, que não é jamais será por meio do Direito Penal.

Durante a vida utilizamos inúmeras drogas, inclusive com efeitos entorpecentes. Remédios para ansiedade, depressão, ou simples enxaquecas e dores de barriga. Drogas estimulantes para acordarmos, para rendermos nos estudos e até para dormir. Um simples café, uma colher de açúcar, um chá calmante. Algumas cervejas no final de semana, um bom vinho tinto em ocasiões especiais e um espumante nas festividades de final de ano. Analgésicos, anestésias, diazepam e morfina, aos que já passaram por procedimentos médicos, cirúrgicos ou não.

⁷⁴ ESCOHOTADO, Antonio. Op. cit., p. 863.

⁷⁵ VALOIS, Luís Carlos. OP. CIT., p. 322.

Certo é que não é comum ver pessoas mendigando, furtando, roubando e matando para adquirir essas drogas lícitas, acobertadas da devida legalidade. Por outro lado, tampouco é incomum observar-se alguém consumindo drogas ilícitas. O consumo destas continuará, pois, assim como o daquelas, é inerente à condição humana, e seria, no mínimo, duvidável vermos ele algum dia extinto em razão da criminalização. Basta olhar-se para o lado e observar tantas pessoas em nossos ambientes de trabalho, acadêmico e inclusive em nossos lares que, ainda que discreta e disfarçadamente, utilizam drogas. “Mas se, pensando bem, você acha que nenhuma dessas pessoas cheira cocaína, ou você é incapaz de ver, ou está mentindo. Ou, simplesmente, quem cheira é você”⁷⁶.

6 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em 16 ago. 2018.

ALCORÃO, 5:90-91. In ALCORÃO. Português. Alcorão Sagrado. Centro Cultural Beneficente Árabe Islâmico de Foz do Iguaçu. Foz do Iguaçu: LCC Publicações Eletrônicas. Disponível em <http://www.ligaislamica.org.br/alcorao_sagrado.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.

ARAÚJO, Tarso. 5 mitos sobre o consumo de maconha na Holanda. 2016. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/historia/5-mitos-sobre-o-consumo-de-maconha-na-holanda/>>. Acesso em 16 ago. 2018.

_____. Almanaque das drogas: Um guia informal para o debate racional. 2. ed. São Paulo: Leya, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2018.

BÍBLIA, Gênesis, 9:20. In BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares. 14. ed. São Paulo: Paulinas, 1987.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em 16 ago. 2018.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 16 ago. 2018.

⁷⁶ SAVIANO, Roberto. Zero, zero, zero. Tradução de Federico Carotti, et al. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 13.

BUGARIN, Inder. Holanda: a 34 años de tolerancia con las drogas. 2010. Disponível em:
<http://www.bbc.com/mundo/cultura_sociedad/2010/07/100701_holanda_aniversari_o_marihuana_jrg>. Acesso em 16 ago. 2018.

CARVALHO, Salo de. A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. In: KARAM, Maria Lúcia. (Org.) Globalização, Sistema Penal e Ameaça ao Estado Democrático de Direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. Causas e conseqüências do crime no Brasil. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010. 196 f. Tese (Doutorado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Economia da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. 2018. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>. Acesso em 16 ago. 2018.

_____. Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei. 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnaclnovo/publico>>. Acesso em 16 ago. 2018.

COUTINHO, Dave. EUA legaliza maconha em 8 Estados: Veja o que muda em cada um. 2016. Disponível em: <<http://www.smokebuddies.com.br/eua-legaliza-maconha-veja-que-muda-emcada-estado/>>. Acesso em 16 ago. 2018.

DE MORAES, Vanderléia; LOCATELLI, Claudriana. Vinho: uma revisão sobre a composição química e benefícios à saúde. Evidência: Ciência e Biotecnologia, Joaçaba, v. 10, n. 1-2, 2012. p. 57-68. Disponível em:
<<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/evidencia/article/view/1159>>. Acesso em 16 ago. 2018.

ESCOHOTADO, Antonio. Historia general de las drogas. [e-book] 7. ed. Madri: Alianza. 1998.

EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTION. Portugal country overview. 2017. Disponível em:
<<http://www.emcdda.europa.eu/countries/portugal#>>. Acesso em 16 ago. 2018.

EXAME. Redação. Cultivo de papoula para ópio no Afeganistão tem recorde, 2014. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/cultivo-de-papoula-para-opio-no-afeganistao-temrecorde/>>. Acesso em 16 ago. 2018.

FERNANDES, Cláudio. Guerras do Ópio, [201-?]. Disponível em
<<http://brasilescola.uol.com.br/historiag/guerras-do-opio.htm>>. Acesso em 16 ago. 2018.

FONTDEGLÒRIA, Xavier. Guerra contra as drogas nas Filipinas avança a um ritmo de mil mortos por mês. 2017. Disponível em:
<http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/25/internacional/1485342069_135670.html>. Acesso em 16 ago. 2018.

G1. Redação. Duterte reconhece que política contra drogas enfrenta desafios nas Filipinas. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/duterte-reconhece-que-politica-contra-drogasenfrenta-desafios-nas-filipinas.ghtml>>. Acesso em 16 ago. 2018.

HERÓDOTO. História. [e-book] Traduzido do grego por Pierre Henri Larcher. Versão para o português de J. Brito Broca. 1. ed. São Paulo: eBooksBrasil, 2006.

INGRAHAM, Christopher. What life with pot looks like in a country where it's been basically legal for 40 years. 2015. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/11/02/fourdecades-later-the-dutch-have-no-regrets-about-legal-marijuana/?tid=pm_business_pop_b&utm_term=.7bf596a86fe9>. Acesso em 16 ago. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriospesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em 16 ago. 2018.

LOPES, Marco Antônio. Drogas: 5 mil anos de viagem, 2016. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-5-mil-anos-de-viagem/>>. Acesso em 16 ago. 2018.

MOURA, Marcelo. A experiência do Uruguai com a liberação completa da maconha. 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/08/experiencia-do-uruguai-comliberacao-completa-da-maconha.html>>. Acesso em 18 ago. 2018.

O ESTADO DE S. PAULO. Maconha legalizada no Colorado afeta traficantes mexicanos, aponta relatório. 2016. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,maconhalegalizada-no-colorado-afeta-trafficantes-mexicanos--aponta-relatorio,10000014566>>. Acesso em 16 ago. 2018.

OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS. II Levantamento Domiciliar. 2005. Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/obid/dados-informacoes-sobredrogas/pesquisa-e-estatisticas/populacao-geral/levantamento-domiciliar>>. Acesso em 16 ago. 2018.

_____. III Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil. 2016. Disponível em: <<https://obid.senad.gov.br/dados-informacoes-sobre-drogas/pesquisa-e-estatisticas/populacao-geral/iii-levantamento-domiciliar-sobre-o-uso-de-drogas-psicotropicas-no-brasil>>. Acesso em 16 ago. 2018.

_____. Sistema Prisional e SINASE. 2017. Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/obid/dados-informacoes-sobredrogas/pesquisa-e-estatisticas/populacoes-em-contextos/sistema-prisional-e-sinase>>. Acesso em 16 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 29 milhões de adultos dependem de drogas, aponta relatório do UNODC, 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/29-milhoes-de-adultosdependem-de-drogas-aponta-relatorio-do-unodc/>>. Acesso em 16 ago. 2018.

PORTUGAL. Lei n° 30/2000, de 29 de novembro de 2000. Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/599720/details/maximized>>. Acesso em 16 ago. 2018.

QUEIROZ, Augusto. Legalização da maconha muda fluxo do tráfico entre EUA e México. 2016. Disponível em:

<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-11/legalizacao-damaconha-muda-fluxo-do-traffic-entre-eua-e-mexico/>>. Acesso em 18 jun. 2017.

QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAVIANO, Roberto. Zero, zero, zero. Tradução de Federico Carotti, et al. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

TAFFARELLO, Rogerio Fernando. Drogas: Falência do proibicionismo e alternativas de política. São Paulo: USP, 2010. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. 2011 INBC Annual Report References to Brazil. 2012. Disponível em <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_portuguese_References_to_Brazil_PDF.pdf>. Acesso em 16 ago. 2018.

VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da Guerra às Drogas. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

SIGA-NOS






DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 - Centro - Porto Alegre / RS - Brasil - CEP 90010-190

Telefone: (51)32 11-2233 - www.defensoria.rs.def.br

 [facebook/defensoriars](https://www.facebook.com/defensoriars)

 [@_defensoriars](https://twitter.com/_defensoriars)



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL