



Editora UNIJUÍ

Departamento de Ciências
Jurídicas e Sociais

Volume 28, Número 51

Jan./Jun. 2019

ISSN 2176-6622

Qualis B1

REVISTA ELETRÔNICA



Revista

Direito em
Debate

Reitora
Vice-Reitora de Graduação
Vice-Reitor de Pós-Graduação
Pesquisa e Extensão
Vice-Reitor de Administração

Editor
Diretor Administrativo
Programador Visual

Contato
Editores
Editora de texto e de layout
e leitora de prova
Revisão
Conselho Editorial



Cátia Maria Nehring
Cristina Eliza Pozzobon
Fernando Jaime González

Dieter Rugard Siedenberg



Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste do Estado
do Rio Grande do Sul (Unijuí, Ijuí, RS, Brasil)

Rua do Comércio, 3000
Bairro Universitário
98700-000 – Ijuí – RS – Brasil
Fone: (0__55) 3332-0217
editora@unijui.edu.br
www.editoraunijui.com.br
www.facebook.com/unijuieditora/

Fernando Jaime González
Anderson Konagevski
Alexandre Sadi Dallepiane



ISSN 2176-6622
Ano 28 • nº 51 • Jan./Jun. 2019

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí

anna.paula@unijui.edu.br

Dra. Anna Paula Bagetti Zeifert, Universidade Regional do Noroeste do Estado
do Rio Grande do Sul - Unijuí, Brasil

Rosemeri Lazzari Lacorth, Editora Unijuí, Ijuí, RS, Brasil

Editora Unijuí

- Arno Dal Ri Junior, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Brasil
- Eduardo Devés-Valdés, Universidade de Santiago do Chile - USACH, Chile
- Wagner Menezes, USP
- Drª Odete Maria de Oliveira, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
- Rui Carlos Gonçalves Pinto, Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal
- Alejandro Rosillo Martinez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México.
- Daniela Serra Castilhos, Universidade Portucalense, Portugal
- Sidney Cesar Silva Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Brasil
- Roberto Miccù, Sapienza Università di Roma, Itália
- Alfonso de Julios-Campuzano, Universidad de Sevilla, Espanha
- Cristina Albuquerque, Universidade de Coimbra, Portugal
- Carlos Alberto Vilar Estevão, Universidade do Minho, Portugal
- Humberto Dalla Bernardina Pinho, Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil
- Gustavo Raposo Pereira Feitosa, Universidade de Fortaleza - Unifor, Brasil
- Angela Condello, Università di Roma Tre, Itália
- Tiziano Toracca, Università di Perugia, Itália
- Nuria Bellosa Martin, Universidad de Burgos, Espanha
- Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Universidade Católica de Pelotas – Ucpel; Universidade Federal do Rio Grande - Furg, Brasil
- José Eduardo Faria, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, Brasil
- Nelson Camatta Moreira, Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Brasil
- Thiago Fabres de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Brasil
- Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, Santa Maria-RS, Brasil
- Leonel Severo Rocha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, Brasil
- Claudia Rosane Roesler, Universidade de Brasília - UNB, Brasil
- José Luis Bolzan de Moraes, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, Brasil
- Giuseppe Ricotta, Sapienza Università di Roma, Roma, Itália, Itália
- Eligio Resta, Università degli Studi di Roma Tre, Itália, Itália
- Antonio Carlos Wolkmer, Universidade federal de Santa Catarina - UFSC, Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

5

CRÍTICA DA TIPOLOGIA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

André Leonardo Copetti Santos

Douglas Cesar Lucas

Evelyne Freistedt Copetti Santos

P. 6-20

DESAFIOS DO EXERCÍCIO DA SOBERANIA NO CIBERESPAÇO

Daniele Barbosa Mansur

Bruno Anuniação Rocha

P. 21-33

A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO NAS MENSALIDADES
DOS PLANOS DE SAÚDE EM RAZÃO DA IDADE NA JURISPRUDÊNCIA REPETITIVA
DO STJ (RESP 1.568.244/RJ)

Dennis Verbicaro

Sergie Gerrits Arruda

P. 34-48

PSICOPATIA:

Dosimetria da Pena Sob a Análise da Personalidade do Agente

Diogo Caetano Santana

Raissa Braga Campelo

P. 49-60

A VULNERABILIDADE DAS MULHERES ENCARCERADAS E A JUSTIÇA SOCIAL:
O Importante Papel da Educação na Efetividade no Processo de Ressocialização

Dirceu Pereira Siqueira

Sabrina Medina Andrecioli

P. 61-77

O ENSINO JURÍDICO E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO PÓS-INDEPENDÊNCIA:

Das Academias ao Poder

Fernando Fortes Said Filho

P. 78-87

EDUCAÇÃO ESCOLAR DE JOVENS E ADULTOS PRIVADOS DE LIBERDADE:
Realidade Brasileira e Panorama Legal

Lucas Andres Arbage

P. 88-99

O ATIVISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO:
Características, Paralelo, Sustentabilidade e Influência
das Decisões Ativistas Estadunidenses no Direito Pátrio

*Magno Federici Gomes
Ana Luiza Novais Cabral*

P. 100-110

O NEOLIBERALISMO PERIFÉRICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988 NO CONTEXTO DA ECONOMIA GLOBALISTA

*Marisa Rossignoli
Vinícius Rocha Pinheiro Machado*

P. 111-122

A SELETIVIDADE DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS COMO
INSTRUMENTO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA:
Análise do Mercado de Consumo de Veículos e Tabaco, no Período de 2010 a 2016

*Maurin Almeida Falcão
Luiz Fernando Oliveira
Acsa Reginaldo Silva*

P. 123-139

PROPOSTAS DE REFORMA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E PROCEDIMENTO
DELIBERATIVO COMO INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA

*Ramá Lucas Andrade
João Luis do Nascimento Mota*

P. 140-152

GUERRA TOTAL E A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

*Sidney Cesar Silva Guerra
Lucas Leiroz de Almeida*

P. 153-164

A VISÃO GARANTISTA ACERCA DAS
PROVAS ILÍCITAS NO ÂMBITO CRIMINAL

Taciany Amaral de Figueiredo Brambilla

P. 165-174

APRESENTAÇÃO

A primeira edição de 2019 da *Revista Direito em Debate* evidencia o compromisso do periódico com um debate acadêmico qualificado, divulgando o pensamento crítico e interdisciplinar acerca de temáticas que balizam o seu comprometimento com a superação do dogmatismo jurídico e a promoção das discussões relativas à democracia, à justiça e aos instrumentos de transformação social.

Os artigos apresentados no presente número estão comprometidos com a proposta do periódico, que sempre teve como referência a agenda democrática e a construção de uma sociedade justa e inclusiva, com discussões dos problemas locais e globais que emergem ao longo do tempo, bem como seu pacto com a luta por justiça e dignidade para todos os indivíduos, colaborando para os debates jurídicos em torno do processo de inclusão e de emancipação daqueles que se encontram subalternizados, o que evidencia seu protagonismo ao longo desses 28 anos de existência.

Considerando que a lógica capitalista sempre cumpriu com seu papel de turvar nossa compreensão da realidade, impondo ideologias que dificultam a emancipação dos sujeitos, a *Revista Direito em Debate* continua acreditando numa proposta que garanta a construção de um Direito empenhado com as demandas sociais e com os grupos mais vulneráveis, alinhando-se aos debates jurídicos contemporâneos de(s)coloniais. Seu objetivo é trazer uma epistemologia crítica e interdisciplinar, que amplie as discussões sobre o verdadeiro papel do operador do Direito e a relevância social das suas decisões, o que possibilita pensar distintas formas de vida política.

Anna Paula Bagetti Zeifert
Editora

CRÍTICA DA TIPOLOGIA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.6-20>

Recebido em: 19/3/2019

Aceito em: 26/5/2019

André Leonardo Copetti Santos

Doutorado em Direito pela Unisinos (2004). Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unijui. andre.co.petti@hotmail.com

Doglas Cesar Lucas

Doutorado em Direito pela Unisinos e Pós-Doutorado em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre. Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijui/RS e do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo. Professor colaborador do Mestrado e Doutorado em Direito da URI – Santo Ângelo. Editor-Chefe da Revista Direitos Humanos e Democracia. Avaliador Inep/MEC. Advogado. doglasl@unijui.edu.br

Evelyn Freistedt Copetti Santos

Mestrado em Direitos Especiais (vinculado à Linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo) pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus Santo Ângelo/RS (2015). Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2006). Avaliadora e revisora da Revista Científica Direitos Culturais. Advogada. evocopetti@hotmail.com

RESUMO

A violência tem sido uma das manifestações constantes da humanidade baseada em várias premissas, entre elas, as relações de poder. No caso das mulheres, a cultura patriarcal tem demarcado a maior parte de sua existência, atuando como um agente violento, opressor e limitador da boa convivência humana. Mediante um estudo hipotético dedutivo, fundamentado nas ideias estruturantes da violência, o presente estudo busca analisar, num primeiro momento, uma tipologia geral da violência, para, posteriormente, abordar esta tipologia referentemente ao universo das relações de gênero, e, ao final, abordar a tipologia que está positivada institucionalmente na Política Nacional de enfrentamento à Violência contra as Mulheres no Brasil. O estudo em voga denota que a cultura patriarcal é uma construção social que se utiliza das mais diversas formas de violência e tem se estruturado nas relações sociais e nos poderes constituídos. Fissuras nessa cultura, porém, foram e seguem sendo exploradas pelos movimentos sociais, especialmente os feministas, que têm contribuído decisivamente para o câmbio desses valores, empoderando mulheres e homens por intermédio do Direito.

Palavras-chave: Violência. Violência de gênero. Tipologia. Cultura patriarcal. Institucionalização. Política nacional.

CRITICISM OF THE TYPOLOGY OF GENDER VIOLENCE

ABSTRACT

Violence has been one of the constant manifestations of humanity, based on several premises, among them, the relations of power. In the case of women, the patriarchal culture has demarcated most of its existence, acting as a violent, oppressive and limiting agent of good human coexistence. Through on a hypothetical deductive study, based on the structuring ideas of violence, the present study seeks to analyze, in a first moment, a general typology of violence, to later approach this typology referring to the universe of gender relations, and, in the end, to approach the typology that is positively institutionalized in the National Policy to combat Violence against Women in Brazil. The study in vogue shows that patriarchal culture is a social construction that uses the most diverse forms of violence and has been structured in social relations and constituted powers. However, fissures in this culture have been and continue to be exploited by social movements, especially feminists, who have contributed decisively to the change of these values, empowering women and men through law.

Keywords: Violence. Gender violence. Typology. Patriarchal culture. Institutionalization. National policy.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Sobre as tipologias da violência. 2.1 O embate objetivismo x subjetivismo e suas repercussões na representação das tipologias da violência. 3 Gênero e violência como critérios de marcação dos fenômenos de violência. 4 A tipologia da violência na política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil. 5 Considerações finais. O grande desafio em termos de violência de gênero: o enfrentamento do poder simbólico e da coerção das estruturas sociais e suas condições determinantes da violência.

1 INTRODUÇÃO

A complexidade e a dinâmica altamente veloz do mundo nos colocaram imensos desafios de compreensão de uma série infindável de fenômenos que se potencializaram com o exponencial aumento das inter-relações entre sistemas sociais e entre as próprias pessoas individualizadamente, situações que se tornaram possíveis no estágio em que estão em razão de uma mudança radical nas tecnologias. A violência é um destes fenômenos que, ainda que seja tão velho como a humanidade, têm reclamado novas bases conceituais e novas investigações que permitam uma melhor apreensão de suas versões contemporâneas.

Diariamente nos deparamos com situações que podem ser classificadas como *border lines* entre violência e não violência, aquelas que estão situadas entre manifestações consagradas e injustificáveis de violência, como a violência física dos homicídios ou das lesões, como a violência das guerras ou de atos terroristas, e atos e condutas que são a negação completa da violência. O capitalismo é um modo racional de produção da riqueza ou um sistema de exploração no qual impera uma violência sistêmica praticamente imperceptível ou negada especialmente por aqueles que se beneficiam do sistema? Os regimes comunistas necessitaram fazer uso da violência para corrigir uma violência ainda maior do capitalismo, portanto um uso justificável e despido do principal elemento resultante da violência – a dor – ou, de outra forma, foram regimes nos quais a violência era uma condição intrínseca às próprias necessidades organizacionais e de sobrevivência do sistema político? Dentre essas manifestações que, muitas vezes, são malcompreendidas e interpretadas, ou têm sido naturalizadas por sistemas comunicacionais intencionalmente dirigidos à dominação, está a violência de gênero, em muitas de suas formas, na zona limite de violência e não violência, apesar de se constituírem como absoluta de manifestação de violência. As próprias tentativas de neutralização da questão de gênero não seria, por si só, uma violência?

Naturalizada e obnubilada por séculos pela dominação patriarcal, a violência de gênero, por força das atuações dos movimentos sociais nas últimas cinco ou seis décadas, passou a ser profundamente questionada, resistida, teorizada e enfrentada, tendo sido, na contemporaneidade, objeto de uma série de institucionalizações garantistas, no âmbito constitucional e infraconstitucional, que têm proporcionado um conjunto de ações públicas que, se ainda não chegaram a um ponto ótimo da sua erradicação, têm, pelo menos, indicado que a sociedade e o Estado despertaram para a existência desse nefasto fenômeno social.

Se um dos piores resultados da violência é a dor humana, as violências são, também, traduções dos medos da “dor” na sua condição física (medo das doenças), medo do erro de inteligência (formas de pensar, ignorância, incertezas), medo do desconhecido em sua espiritualidade (castigo de Deus e/ou invasão do Diabo), medo do outro, em sua lógica mental (a presença do outro diferente e estranho que não fala ou dialoga), medo do desprezo que vem da nossa dimensão afetiva (a atração amorosa ou paixão – sexualidade, o abandono familiar), medo da miséria e da pobreza que vem com a condição econômica (renda para a dignidade de alimentar-se, de ter saúde, para morar, ter trabalho, educar-se...), etc. Cercado destes medos, os atos de esperanças tornam-se residuais e isolados e sem efeitos para consertar, refazer ou reconstruir. Que medo move, todavia, os varões ou os sistemas patriarcais de dominação a infligirem tantas dores, por tanto tempo, a mulheres, gays, lésbicas, bissexuais, travestis e outros tipos de pessoas cuja sexualidade não se enquadra em padrões majoritários heterossexuais?

A proposta do presente trabalho radica-se numa intencionalidade de estruturar uma crítica da violência de gênero para melhor compreender esse fenômeno, de modo a podermos, a partir disto, esboçar novas tecnologias políticas e jurídicas de proteção a esses grupos minoritários. A ideia de minoria que nos auxilia não é quantitativa. As minorias, como propõe Deleuze (1992, p. 218), não se distinguem pelo número. Uma minoria pode ser mais numerosa que a maioria. O que define a maioria é um modelo ao qual é preciso estar conforme: por exemplo, o europeu médio adulto heterossexual habitante das cidades. Ao passo que uma minoria não tem modelo, é um devir, um processo. Quando a minoria cria para si modelos, é porque quer se tornar majoritária, e sem dúvida isso é inevitável para sua sobrevivência ou salvação (por exemplo, ter um Estado, ser reconhecido, impor seus direitos).

A alternativa metodológica utilizada para o desenvolvimento da pesquisa foi a hipotética dedutiva, uma vez que o percurso investigativo inicia com uma abordagem genérica da violência, passando por uma especificação conceitual da violência de gênero, até chegarmos com esse arcabouço conceitual genérico e aplicarmos-lo à Política Nacional de enfrentamento à Violência contra as Mulheres no Brasil, a fim de verificarmos que tipologia foi adotada neste plano estatal de enfrentamento deste problema.

2 SOBRE AS TIPOLOGIAS DA VIOLÊNCIA

O Diabo é mulher

O livro *Malleus Maleficarum*, também chamado *O martelo das bruxas*, recomendava o mais impiedoso exorcismo contra o demônio que tinha tetas e cabelos compridos.

Dois inquisidores alemães, Heinrich Kramer e Jakob Sprenger, escreveram, por encomenda do papa Inocêncio VIII, esse fundamento jurídico e teológico dos tribunais da Santa Inquisição.

Os autores demonstravam que as bruxas, harém de Satã, representavam as mulheres em estado natural, porque *toda bruxaria provém da luxúria carnal, que nas mulheres é insaciável*. E advertiam que esses seres de aspecto belo, contato fétido e mortal companhia encantavam os homens e os atraíam, silvos de serpente, caudas de escorpião, para aniquilá-los.

Esse tratado de criminologia aconselhava a submeter a tormento todas as suspeitas de bruxaria. Se confessavam, mereciam o fogo. Se não confessavam, também, porque só uma bruxa, fortalecida pelo amante, o Diabo, nas festas de feiticeiras, conseguia resistir a semelhante suplício sem abrir a boca.

O papa Honório III havia sentenciado:

– As mulheres não devem falar. Seus lábios carregam o estigma de Eva, que foi a perdição dos homens.

Oito séculos mais tarde, a Igreja Católica continua negando-lhes o púlpito.

O mesmo pânico faz com que os fundamentalistas muçulmanos lhes mutilem o sexo e tapem seus rostos.

E o alívio pelo perigo conjurado move os judeus muito ortodoxos a começar o dia sussurrando:

– Obrigado, Senhor, por não me ter feito mulher (GALEANO, 2008, p. 115-117).

Pouquíssimas figuras são tão emblemáticas, ao longo da história, como foi a do Diabo. Afinal, quem é essa figura, colorida em múltiplos tons de cinza e negro por Eduardo Galeano? Em primeiro lugar não era, segundo os textos sagrados – a Bíblia –, uma entidade de mil facetas, ou um conjunto de valores negativos, como nos conta o escritor uruguaio, mas personificadamente único;¹ um anjo chamado Lúcifer que, seduzido narcisisticamente pela própria beleza, entendeu que deveria receber a mesma admiração que Deus e, em razão disso armou uma rebelião com aproximadamente um terço dos anjos que existiam nos céus.² Esta descrição fantástica e sobrenatural do Diabo é própria da tradição judaico-cristã: “Vós tendes por pai ao Diabo, e quereis satisfazer os desejos de vosso Pai; ele foi homicida desde o princípio, e não se firmou na verdade, porque não há verdade nele, quando ele profere mentira, fala do que lhe é próprio, porque é mentiroso e pai da mentira”.³ A descrição oficial, ou melhor, a primeira versão publicada pela igreja da invenção do Diabo, data de depois do Concílio de Toledo, em 447 d.C., sendo ele solene e burocraticamente descrito e difundido como a encarnação absoluta do mal. Nessas descrições constam a imagem de um ser medonho, muito grande e forte, de aparência escura, com chifres na cabeça, exatamente como o deus-touro Mithra, a quem a igreja queria impedir a adoração. Nasce, com isso, o demônio na cultura cristã, como a mais radical oposição a um projeto de mundo e de bem, cuja personificação plantou o medo nas pessoas que aderissem aos seus cultos, pois o castigo final seria a morte sem direito à vida eterna, seja em qual modalidade fosse (terrena ou espiritual).

¹ A versão bíblica do Diabo o revela como uma pessoa real, não apenas o mal no coração de alguém. BÍBLIA SAGRADA, Mateus 4: 1-11, 1988, 2ª parte, p. 5.

² BÍBLIA SAGRADA, Ezequiel 28: 12-19, 1988, p. 801.

³ BÍBLIA SAGRADA, João 8: 44, 1988, 1ª parte, p. 118.

Com outro olhar, podemos compreender o Diabo de uma forma mais terrena, histórica e estratégica, como uma farsa instrumentalmente criada para funcionar como uma ferramenta de repressão, opressão e imposição de certos valores propagados por indivíduos e grupos ligados a posições privilegiadas dentro de sistemas de dominação. A riqueza da descrição de Galeano reside no fato de condensar algumas associações históricas, escancaradamente dissimuladas, que foram feitas por detentores do poder, entre a figura do Diabo e parcelas de indivíduos submetidas aos caprichos dos poderosos, e, por isso, perseguidos, presos e mortos por estarem associados a uma figura que personificava o mal. O Diabo, nessa perspectiva, expressa manifestamente as separações e segregações, e as violências impostas pelos detentores do poder a minorias por eles indesejadas por dificultarem seus projetos de poder.

A associação de determinadas parcelas da população ao Diabo foi e tem sido uma tentativa de naturalizar e de normalizar processos de violência, como formas de manejo de conflitos que se creem constitutivos das relações sociais. Esta maneira, entretanto, de pensar os conflitos e a eles associar a utilização da violência como forma de solução, carrega consigo uma certa dose de determinismo, quando absolutamente não há determinismo algum, mas somente circunstancialidades e contingências. As distintas sociedades existentes no mundo não carecem da existência de certos conflitos e de determinadas formas de violência em seus processos de constituição. Esses processos são construídos.

No caso da violência de gênero não é diferente. As diferenças biológicas entre homens e mulheres têm justificado as diferenças de gênero masculino e feminino, e, ao se utilizar o recurso biológico, as distinções socioculturais se transformam em imutáveis. As características biológicas sustentam uma distinção cultural arbitrária e histórica como são as categorias de gênero, com sua conseqüente variabilidade segundo os sistemas socioculturais. Os aspectos biológicos adquirem maior ou menor envergadura segundo as argumentações teóricas, mas nunca deixam de se constituírem no eixo sobre o qual transitam as categorias de gênero. As sociedades matriarcais formam parte mais da mitologia científica do que das evidências etnográficas. Os sistemas socioculturais estruturam-se sobre uma base de supremacia masculina, sociedades patriarcais (MOORE, 1996) ou androcêntricas (ROSALDO, 1978), segundo alguns autores.

O que é preciso destacar em termos de violência, concordando com Rita Segato (2013), é que

Si pasamos revista a la tipología de la violencia (bélica, institucional, terrorista, crimen organizado, feminicidio, bandas criminales, violencia policial, etc.) todas las conexiones y reclutamientos existentes entre estos niveles de violencia que atraviesan de arriba abajo, todo el continente social hasta los niveles capilares de las relaciones más íntimas giran en espiral a partir de una célula elemental que prolifera ad infinitum: la escena elemental del patriarcado, con su mandato de poder. En cualquiera de estos estratos y modalidades, siempre la exacción de tributo moral o material para la constitución o realimentación del poder, o la disputa por poder – económico, político – forman parte del móvil en esta economía simbólica beligerante e inestable.

Um dos aspectos que tem caracterizado positivamente o processo civilizatório é o contínuo desvelamento das distintas formas de violência. Nesse processo, tanto a academia, pela elaboração de teorias críticas, quanto os movimentos sociais, cujo principal eixo de ação é o reconhecimento de diferenças como elemento central de processos identitários e de reivindicação de redistribuição de bens sociais, têm desempenhado um importantíssimo papel, uma vez que a identificação de diferentes tipos de violência tem permitido ações mais pontuais e eficazes em termos de políticas públicas e institucionalizações normativas. Um exemplo reverso é significativo para ilustrar essa importância no diagnóstico dos diversos tipos de violência. O deficiente diagnóstico das causas da criminalidade no Brasil tem levado à adoção de uma política massiva de encarceramento – chegamos ao terceiro lugar no ranking dos países com maior população carcerária, algo em torno de 727.000 presos (BRASIL, 2016a) –, sem uma correspondente diminuição da ocorrência de crimes em nosso país. Muito pelo contrário, os números têm aumentado ano após ano.

Nesse sentido, adentrarmos na lógica social que se oculta nestes processos de violências, buscando diferenciar os distintos aportes que, desde o plano sociocultural, podemos fazer; é o móvel que orienta essa nossa busca teórica. De uma pluralidade de vozes disciplinares preocupadas pela temática, buscaremos deslindar aqueles aportes que nos permitem compreender de que modo se percebem os processos e/ou atos de violência, e quais são as condições estruturais que facilitam sua ocorrência. Essa base investigativa teórico-especulativa tem a finalidade de aprimorar o máximo possível a diagnose dos tipos de violência e suas respec-

tivas causas como meio de criação de alternativas de otimização dos processos de tomadas de decisão em termos de quais estratégias políticas e jurídicas são as mais adequadas, dentro de nossa realidade social, para o tratamento do fenômeno da violência de gênero.

Um primeiro passo para deslindarmos a questão da tipologia da violência é a formulação de uma crítica da violência, utilizando aqui o termo em duas acepções a serem trabalhadas conjuntamente: a primeira, no sentido kantiano, significando a delimitação de limites; a segunda, como uma teoria do inconsciente, com a finalidade de trazer à consciência aquilo que não se tem consciência, tal como fez Marx, dirigindo-se ao que está oculto: a religião, a política, as leis, etc. – o todo cultural que “conduz” nossas vidas – os quais disfarçam e transformam um meio econômico de produção artificial em perfeitamente natural, os “mecanismos ocultos da sociedade”, um inconsciente econômico que permeia todo o tom crítico de sua obra, como trabalhou Freud em relação à estrutura psíquica dos seres humanos.

Desde essas duas perspectivas críticas, primeiramente é importante demarcar alguns conceitos sobre violência. Benjamin (2011), asseverando que a tarefa de uma crítica da violência pode se circunscrever à apresentação de suas relações com o direito e a justiça, define-a afirmando que “qualquer que seja o modo como atua uma causa, ela só se transforma em violência, no sentido pregnante da palavra, quando interfere em relações éticas. A esfera dessas relações é designada pelos conceitos de direito e justiça” (p. 121). Já para Françoise Heritier (1996), a violência é um fenômeno que se produz nos sujeitos, reflete-se em todos os âmbitos de desempenho social – família, sociedade, Estado – e obedece a fatores culturais, sociais e psicológicos, podendo ser definida como “toda coação de natureza física ou psíquica suscetível de levar ao terror, ao deslocamento, à infelicidade ou à morte de um ser animado; todo ato de intromissão que tem por efeito voluntário ou involuntário o desapossamento de outro, o prejuízo ou a destruição de objetos inanimados” (p. 28).

Outra importante abordagem conceitual acerca da violência nos é dada por Galtung (1995). Segundo este autor, a violência se faz presente em processos que habitualmente a desconhecem, por que não somente limita a sua consideração aos fatos abruptos e excessivos, senão a condições socioestruturais que se manifestam na série de ameaças evitáveis contra a satisfação das necessidades humanas básicas. A violência, nesse sentido, consiste na diminuição do nível real de satisfação das necessidades dos sujeitos por baixo do que seria potencialmente possível. Nas palavras do próprio Galtung (1995):

A violência está presente quando os seres humanos se vêem influenciados de tal maneira que suas realizações efetivas, somáticas e mentais, estão abaixo de suas realizações potenciais, de modo que quando o potencial é maior que o efetivo, e isso é evitável, existe violência (p. 314-315).

Num nível ontológico de análise, não há como evitar falarmos que a violência sempre alude a um vínculo de poder, para possibilitar a imposição da vontade, desejo ou projeto de um ator sobre outro, não se limitando a violência ao uso da força física, mas também se estendendo à possibilidade de ser usada para fins de ameaça ou intimidação psicológica (BOBBIO, 2010, p. 933). A violência nos remete à dinâmica das relações sociais, pois a presença de um “outro” nos distingue e diferencia como sujeito. Mais além dos acordos e da harmonia que podemos reconhecer nas interações sociais que permitem sustentar as sociedades, presenciarmos as tensões pelas diferenças entre sujeitos e pelo acesso a algumas posições de maior poder.

Num mundo altamente complexo e desconcertante como o em que vivemos hoje, no qual as zonas anômicas se multiplicam, os sujeitos cada vez mais atuam segundo seus interesses mais particulares e egoístas, e nele a sexualidade é uma das esferas em que uma multiplicidade de valores atua intensamente na geração do agir humano, quando há largas justificativas para todo tipo de conduta exercida privada ou publicamente, e a imposição do desejo e o prazer de adultos sobre crianças, de homens sobre mulheres, de heterossexuais sobre homossexuais, evidencia-se numa magnitude e visibilidade que alcançaram os fatos de violência sexual e de gênero.

Os modos como reagem os indivíduos diante dos atos de violência respondem às condições em que se constituem como tais e às representações/interpretações que fazem do fenômeno; quer dizer, segundo as formas de incorporação dos princípios e elementos que orientam/determinam suas práticas. Por isso, nos encontramos com uma diversidade de sujeitos reagindo de maneiras diferentes diante de fatos semelhantes. Diante disso, para analisar as razões pelas quais sujeitos individualizados e/ou grupos envolvem-se em processos de violência, colocam-se algumas alternativas de aproximação investigativa, mas uma que tem assumido,

historicamente, uma importância destacada é a que enfatiza um tensionamento entre distintas tradições de pensamento construídas nas ciências sociais e na filosofia política. Referimo-nos aos embates entre subjetivistas-individualistas e objetivistas-coletivistas.

2.1 O embate objetivismo x subjetivismo e suas repercussões na representação das tipologias da violência

Destacar o caráter ativo, reflexivo, da conduta humana e da ação social, ou, em sentido diverso, entender ser o comportamento humano um resultado de forças que os atores não controlam nem compreendem, são os dois pontos fulcrais de compreensão sobre os quais se armam as tradições subjetivistas e objetivistas no âmbito das ciências sociais e da filosofia política. Esse embate e as possibilidades hermenêuticas dele emergentes são incontornáveis para um bom entendimento acerca dos principais aspectos ôntico-ontológicos do fenômeno da violência. A ocorrência desse embate varia de intensidade nas diferentes ciências sociais, havendo algumas em que uma tradição é predominante, por exemplo na psicologia, com uma hegemonia da tradição subjetivista, ou, em sentido contrário, na antropologia, na qual prevalece o objetivismo. Há, também, regionalidades científicas em que a oposição entre essas tradições guarda um maior equilíbrio, sem um esmagador predomínio de uma em detrimento da outra, como é o caso da sociologia.

A opção teórica aqui esboçada tem como ponto de partida o fato de que, como bem já observara Bobbio (1999, p. 45), toda a história do pensamento político, ao que por ora se agrega também o pensamento jurídico, está dominada por uma grande dicotomia: organicismo (holismo) e individualismo (atomismo). Mesmo que esse movimento dicotômico não seja retilíneo e permanente, havendo até mesmo momentos históricos em que ele encontra lapsos de arrefecimento, é possível afirmar que, em encruzilhadas marcantes da vida social e institucional do ocidente, ela se fez notar de forma marcante.

Essa dicotomia holismo/atomismo compõe um conflito de tradições de pesquisa intelectual com reflexos nas mais variadas construções culturais ocidentais. Cada uma delas foi e continua sendo parte da elaboração de um modo de vida social e moral do qual a própria pesquisa intelectual foi e ainda é parte integrante. Em cada uma delas, as formas dessa vida permanecem incorporadas às instituições sociais, econômicas, políticas e jurídicas. Essas tradições, utilizando o pensamento de MacIntyre, diferem entre si muito mais do que suas concepções conflitantes de racionalidade prática e justiça: elas diferem nos catálogos de virtudes, nas concepções do eu e nas cosmologias metafísicas; diferem também no modo como, em cada uma delas, se chegou às concepções de racionalidade prática e justiça (1991, p. 375-376).

A partir de investigações, debates e conflitos realizados desde tradições de pesquisa que privilegiam ou a subjetividade ou a objetividade socialmente materializadas e historicamente contingentes, as disputas referentes à racionalidade prática e à justiça são propostas, modificadas, abandonadas ou substituídas. Essas tradições de pesquisa, nesse sentido, surgem como base de justificação racional e de crítica de concepções de racionalidade prática e justiça.

Tais tradições diferem radicalmente em relação a uma gama numerosa de assuntos, que se constituem como categorias fundamentais de cada uma delas. Divergem, por exemplo, atomistas e holistas, visceralmente quanto às questões que dizem respeito ao grau de permissividade para a intervenção estatal na sociedade civil quanto à propriedade, às matérias tributárias, ao direito econômico, ou, dentro do foco deste trabalho, quanto às concepções de violência e, por consequência, quanto às estratégias políticas e jurídicas a serem adotadas para o enfrentamento desse problema. Por outro lado, convergem harmoniosamente para a solução de outros problemas, pois não resta qualquer dúvida de que individualistas e coletivistas concordam que o homicídio e o estupro são condutas que merecem ser reprimidas mediante a imposição de sanções penais, ou, por outro lado, que alguns parâmetros mínimos de direitos sociais devem ser concretizados.

É importante destacar, dentro do foco da presente reflexão, que em termos de gênese da violência a divergência entre subjetivistas e objetivistas é bastante forte, pois, enquanto os primeiros entendem ser o principal elemento genético desse fenômeno a vontade individual dos agentes, os segundos compreendem o crime como resultante de fatores sociais que transcendem o indivíduo.

Nessas áreas, em que há questões ou assuntos comuns a mais de uma tradição, uma delas pode estruturar suas teses por meio de conceitos tais que impliquem necessariamente a falsidade das teses sustentadas por uma ou mais tradições, embora, ao mesmo tempo, não exista nenhum padrão comum, ou somente exista padrões insuficientes para que se possa julgar os pontos de vista adversários. Muitas vezes, considerações

exigidas no interior da tradição atomista apenas podem ser ignoradas pelos que conduzem a pesquisa ou o debate na tradição holista, à custa de, segundo seus próprios padrões, excluir boas razões para crer ou descrever em algo, ou para agir de uma forma e não de outra. Inobstante, não raro acontece que, em outras áreas, o que é afirmado por objetivistas pode, aprioristicamente, não encontrar nenhuma equivalência entre subjetivistas, ou vice-versa. Esta última situação surge de forma bastante clara, por exemplo, em relação à concretização dos direitos fundamentais de natureza não individual dentro de uma estrutura normativa e institucional predominantemente especializada para a efetivação de direitos individuais. A forma de construção do direito liberal-individualista e, particularmente, de algumas de suas ramificações, faz com que surja uma série de obstáculos quase intransponíveis quando se pensa na efetivação de novas funções do Direito num projeto constitucional com vertente social-democrática, fundada, de forma inovadora, em direitos fundamentais com diferentes funcionalidades, pois estes têm uma gama de idiosincrasias que exige um outro modelo normativo, uma outra forma jurídica que se distancia, em vários pontos, da liberal-individualista.

A demonstração da permanência e atualidade das discussões e pesquisas realizadas contemporaneamente no universo das ciências sociais, tendo como pano de fundo o embate entre subjetivistas e objetivistas, e, especificamente, no âmbito do direito e das alternativas práticas de solução dos conflitos, justifica-se na medida em que, se, de fato, a violência é a resultante de uma decisão e de um comportamento meramente individual, sem maiores influências de fatores exógenos ao agente, e as soluções individualizadas, por exemplo, as medidas protetivas previstas em nossa legislação, parecem não ser uma má opção política, devendo sua (in)eficácia ser pensada em termos de gestão pública orçamentária, com um foco na relação custo-benefício para a administração, ou em termos de otimização de aspectos da aplicação e execução da lei, tanto em termos normativos quanto corporativos em relação às agências governamentais pelas quais são executadas as políticas públicas e as decisões judiciais. Em outro sentido, é possível trabalhar sobre a hipótese de que a violência é o corolário também de forças sistêmicas ou estruturais, que atuam objetivamente, separadamente ou em conjunto, com a vontade ou motivação individual, sendo, nesta perspectiva, a violência um fenômeno total ou parcialmente transcendente aos indivíduos e, portanto, as soluções devem ser pensadas também dessa maneira, mais em termos de políticas públicas de reposicionamento social dos agentes hipossuficientes à violência ou de redistribuição de bens sociais de forma a empoderá-los, suavizando, assim, os efeitos das assimetrias das relações de poder na geração dos processos de violência. Uma terceira via, que se constitui numa das orientações principais do presente trabalho, pode ser cunhada a partir da consideração das relevâncias dessas duas vertentes de pesquisa e pensamento, quando tanto a subjetividade e a reflexividade do agente quanto a objetividade estrutural de fatores externos, jogam um importante papel causal na gênese da violência, e, portanto, devem ser consideradas ponto de partida para a projeção de novas práticas de solução dos conflitos, em que gênero e sexualidade são apontados como importantes marcadores desses conflitos.

Esse embate, que tem se constituído numa das principais, senão na principal contenda de base nas ciências sociais e na filosofia política, está presente num paradoxo relativo à nossa própria concepção de violência. Como bem alerta Žižek (2014, p. 17), os sinais mais evidentes de violência que nos vêm à mente são atos de crime e terror, confrontos civis e conflitos internacionais. Segundo ele, todavia, devemos aprender a dar um passo para trás e a desembaraçar-nos do engodo fascinante dessa violência “subjetiva” diretamente visível, exercida por um agente claramente identificável. Precisamos ser capazes de perceber os contornos dos cenários que engendram essas explosões. O passo para trás nos permite identificar uma violência que subjaz aos nossos próprios esforços que visam a combater a violência e promover a tolerância.

A violência subjetiva, na visão de Žižek (2014, p. 17), é somente a parte mais visível de um triunvirato que inclui também dois outros tipos de violência, ambos objetivos. Em primeiro lugar, há uma violência “simbólica” encarnada na linguagem e em suas formas, naquilo que Heidegger chamaria a “nossa casa do ser”. Essa violência não está em ação apenas nos casos evidentes – e largamente estudados – de provocação e de relações de dominação social que nossas formas de discurso habituais reproduzem: há uma forma ainda mais fundamental de violência que pertence à linguagem enquanto tal, à imposição de um certo universo de sentido, como ocorre, por exemplo, nos discursos fundamentalistas homofóbicos ou misóginos, nos quais se perpetuam as tentativas infundadas de naturalização de discursos de anormalidade dos gays e lésbicas, ou da condição de submissão biológica da mulher. Em segundo lugar, há aquilo a que se pode chamar violência “sistêmica”, que consiste nas consequências muitas vezes catastróficas do funcionamento regular de nossos sistemas econômico e político.

A questão fulcral que se coloca é que a possibilidade de percebermos esses distintos tipos de violência e o modo como as percebemos, tem sérias implicações nas institucionalizações e práticas políticas que elaboramos para enfrentá-las. As violências subjetiva e objetiva não podem ser percebidas do mesmo ponto de vista: a violência subjetiva é experimentada enquanto tal contra o pano de fundo de um grau zero de não violência. É notada como uma perturbação do estado de coisas “normal” e pacífico. A violência objetiva, contudo, é precisamente aquela inerente a esse estado “normal” de coisas. A violência objetiva é uma violência invisível, uma vez que é precisamente ela que sustenta a normalidade do nível zero contra a qual percebemos algo como subjetivamente violento. Assim, a violência sistêmica é, de certo modo, algo como a célebre “matéria escura” da física, a contrapartida de uma violência subjetiva (demasiado) visível. Pode ser invisível, mas é preciso levá-la em consideração se quisermos elucidar o que parecerá, de outra forma, explosões “irracionalis” de violência subjetiva.

Essa dualidade subjetivo-objetivo, e também o seu caráter velado, escondido, dissimulado na maioria das vezes, do fenômeno da violência, aparece também numa abordagem classificatória de Galtung (1995), a qual guarda uma proximidade muito grande com a análise de Žižek (2014). Na dinâmica da vida social, este autor distingue três formas de violência: a direta, a estrutural e a cultural – correspondentes à violência subjetiva, sistêmica e simbólica na classificação žižekiana, respectivamente. A primeira, a violência direta, é a visível (física ou verbal, por todos perceptível), e as outras duas, violência estrutural e violência cultural, tornam-se invisíveis ao olho do não especialista. A violência estrutural é definida como a soma total de todos os choques incrustados nas estruturas sociais e mundiais, e remete a situações de exploração, discriminação e marginalização. Já a violência cultural está constituída pelos arrazoamentos, atitudes, ideias que promovem, legitimam e justificam a violência em suas formas direta ou estrutural (GALTUNG, 1995, p. 315-316). As três formas estão relacionadas e condicionadas, pois a direta é produto dos efeitos das duas invisíveis – estrutural e cultural –, mas estas, por sua vez, são solidárias entre si, gerando um circuito de retroalimentação que requer uma profunda reflexão para ser desarticulada. Nos termos de Crettiez (2009), estas duas últimas formas constituem o que denomina “determinantes coletivas da violência – pontualmente referindo-se à marginalidade política, à frustração econômica e à valorização social da violência –, condições elementares – mas nem sempre reconhecidas pelos sujeitos envolvidos nelas – que tornam possíveis que um sujeito participe em atos de violência (p. 12-13).

Philippe Bourgois (2001), buscando uma aproximação num nível mais fenomenológico, elabora uma tipologia de violência articulando aportes de diversos autores, como Galtung, Bourdieu e Scheper-Hughes, estabelecendo quatro formas que podem se combinar e não se excluírem: a violência política, a violência estrutural, a violência simbólica e a violência cotidiana ou de todos os dias. A violência estrutural segue a mesma definição de Galtung (1995). Sua diferenciação está no âmbito da violência política e da simbólica. A primeira é a que se exerce direta e decididamente em nome de uma ideologia política, ou de um Estado tal como a repressão física ante o dissenso executada pelo exército ou pela polícia, ou a luta armada popular contra um regime repressivo. Já a simbólica relaciona-se com o “como” opera a dominação desde um nível íntimo, por meio do autorreconhecimento das estruturas de poder por parte do dominado que coadjuva sua própria opressão, dado que percebe e julga a ordem social por intermédio das categorias dos dominantes que naturalizam a opressão.

Crettiez (2009, p. 17-18) também propõe uma diferenciação entre os tipos de violência, distinguindo basicamente entre a visível e a invisível, e com esta distinção analisa as variadas formas de expressão da violência. Entre as primeiras, destaca a violência física, que se expressa segundo diferentes circunstâncias e pode ser analisada como violência contingente à ordem social ordinária, ou violência inerente à ação, ao sistema político ou violência instrumental. Entre as invisíveis se detém na estrutural e na simbólica, tomando também como referentes Galtung e Bourdieu.

3 GÊNERO E VIOLÊNCIA COMO CRITÉRIOS DE MARCAÇÃO DOS FENÔMENOS DE VIOLÊNCIA

Movendo-nos por essas distintas classificações que reconhecem, por variadas perspectivas, o fenômeno da violência, as diferenças de gênero e sexualidade apresentam-se como uma das justificativas mais eficazes para o exercício da violência. A violência de gênero destaca-se sob dois panoramas: uma, restrita às mulheres;

outra, mais ampla, que inclui diferentes gêneros e manifestações de sexualidade. A primeira considera violência de gênero, segundo Espinar Ruiz: “la violencia ejercida contra una mujer por parte de su pareja o ex-pareja, es una violencia directa con claras dimensiones de género en la medida en que interrelaciona con unas formas concretas de violencia estructural (relaciones patriarcales) y cultural (ideologías machistas)” (2004, p. 78). Na segunda acepção temos como violência de gênero “una forma de violencia que se fundamenta en unas relaciones de dominación por razón de género y en unas concretas definiciones de género; es decir, también en una dominación en el plano simbólico-cultural (ESPINAR RUIZ; MATEO PÉREZ, 2007, p. 198).

No âmbito da comunidade política internacional, segundo o Informe Mundial sobre Violência e Saúde, a violência sexual é definida como “todo ato sexual, a tentativa de consumir um ato sexual, os comentários e insinuações sexuais não desejados, ou as ações para comercializar ou utilizar de qualquer outro modo a sexualidade de uma pessoa mediante coação por outra pessoa, independentemente da relação desta com a vítima, em qualquer âmbito, incluídos o lar e o lugar de trabalho” (OMS, 1993). Este conceito encerra, especialmente por sua origem, uma definição bastante restringida às mulheres (ESPINAR RUIZ, 2004, p. 93).

Outros autores, como Chejter (2007), colocam que a violência de gênero é um conceito amplo que inclui violações sexuais, acoso sexual, prostituição, abusos sexuais e feminicídios, tanto no âmbito público quanto privado. Adverte que não há uma forma somente de molestar; coexistem ações que podem ser: violência física, emocional, psicológica, sexual, econômica ou patrimonial. Ao referir-se à violência de gênero, assinala que esta se articula também com outras formas de violência: a étnica, de classe, econômica, institucional, cultural, religiosa, entre grupos de conflitos etc. (ESPINAR RUIZ, 1994, p. 93).

Outras definições integram, em conceitos mais amplos e densos, expressões fenomenológicas diversas, aparentemente desconexas, que dão conta de processos mais complexos e sutis, como a violência simbólica e a violência moral. A violência simbólica é uma decorrência do exercício do poder simbólico que, segundo Bourdieu (1998b, p. 11), enquanto instrumento estruturado e estruturante de comunicação e conhecimento, cumpre a sua função política de instrumento de imposição ou de legitimação da dominação, que contribui para assegurar a dominação de uma classe por outra (violência simbólica). Nesse processo, de acordo com Bourdieu,

As diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e imporem o campo de tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais (1998b, p. 11).

Já violência moral, nos termos propostos por Segato (2003), relaciona-se ao conjunto de mecanismos legitimados para garantir a manutenção dos *status* relativos entre os termos de gênero. Estes mecanismos de preservação de sistemas de *status* operam também no controle da permanência de hierarquias em outras ordens, como o racial, o étnico, o de classe, o regional e o nacional (SEGATO, 2003, p. 107). Mais adiante, a mesma autora afirma que

La violencia moral es el más eficiente de los mecanismos de control social y reproducción de las desigualdades. La coacción de orden psicológico se constituye en el horizonte constante de las escenas cotidianas de sociabilidad y es la principal forma de control de las categorías sociales subordinadas. En el universo de las relaciones de género, la violencia psicológica es la forma de violencia más maquina, rutinaria e irreflexiva y, sin embargo, constituyen el método más eficiente de subordinación e intimidación (p. 114).

Segato (2003) ainda destaca que a eficácia da violência moral na reprodução das desigualdades radica-se em três aspectos que a constituem: 1) sua disseminação massiva na sociedade, sua naturalização como parte da normalidade; 2) seu arraigo em valores morais religiosos e familiares que permitem sua justificação; e 3) a falta de nomes ou outras formas de designação e identificação das condutas que torna impossível assinalá-las ou tipificá-las e, portanto, dificultam a denúncia e impedem às vítimas defenderem-se (p. 119).

A importância desse nosso percurso por distintas taxinomias acerca da violência e, mais especificamente, da violência de gênero, reside no fato de que a visibilidade de processos submersos ou inconscientes de violência constitui-se numa condição primordial para processos públicos de tomadas de decisão políticas e jurídicas eficazes no enfrentamento desse fenômeno. A visibilidade ou invisibilidade dos processos de violência depende do *habitus* do observador. A possibilidade de reconhecer como expressões de violência de gênero e de violência sexual certas práticas sociais, nos remete, antes, ao “como” e ao “desde onde” interpretamos

essas práticas, do que propriamente a fatos empíricos. Este percurso por categorias descritivas do fenômeno da violência nos possibilita tomar consciência da variabilidade dos modos pelos quais pode expressar-se essa vontade e impor-se sobre os outros, pois a violência é um fenômeno de múltiplas caras e fundamentos nas distintas realidades históricas e sociais. Para decifrar sua complexidade, não há remédio melhor do que segmentá-la em modalidades significativas (MARTÍN FERRANDIZ; FEIXA PAMPOLS, 2004, p. 159).

4 A TIPOLOGIA DA VIOLÊNCIA NA POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL

No documento denominado Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres no Brasil, elaborado pela Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, vinculada à Presidência da República, a partir do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), criado com base na I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, realizada em 2004 pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), uma série de conceitos e diretrizes foram elaborados, dentre eles um conceito institucionalizado de violência contra a mulher. Diz o documento que

O conceito de violência contra as mulheres, adotado pela Política Nacional, fundamenta-se na definição da Convenção de Belém do Pará (1994), segundo a qual a violência contra a mulher constitui “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado” (Art. 1º) (BRASIL, 2011, p. 19).

A definição é, portanto, ampla e abarca diferentes formas de violência contra as mulheres, tais como: a) a violência doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher, compreendendo, entre outras, as violências física, psicológica, sexual, moral e patrimonial (Lei nº 11.340/2006); b) a violência ocorrida na comunidade e que seja perpetrada por qualquer pessoa, e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar; c) a violência perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra (violência institucional).

Essa Política Nacional reconhece uma considerável gama de manifestações de violência contra a mulher, expressa na seguinte tipologia (BRASIL, 2011, p. 22-24):

- a) Violência doméstica, entendida como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (Lei nº 11.340/2006). A violência doméstica contra a mulher subdivide-se em: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. O parágrafo único do artigo 5º da Lei Maria da Penha dá visibilidade à violência doméstica e familiar contra as mulheres lésbicas, ao afirmar que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.
- b) Violência sexual – considerada como a ação que obriga uma pessoa a manter contato sexual, físico ou verbal, ou participar de outras relações sexuais com uso da força, intimidação, coerção, chantagem, suborno, manipulação, ameaça ou qualquer outro mecanismo que anule o limite da vontade pessoal.
- c) Violência física – abrangendo qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher.
- d) Violência psicológica – considerada como a conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima da mulher ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento, ou que vise a degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

- e) Violência patrimonial – a qual inclui qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.
- f) Violência moral – entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.
- g) Violência institucional – aquela praticada, por ação e/ou omissão nas instituições prestadoras de serviços públicos. Mulheres em situação de violência são, por vezes, “revitimizadas” nos serviços quando: são julgadas; não têm sua autonomia respeitada; são forçadas a contar a história de violência inúmeras vezes; são discriminadas em razão de questões de raça/etnia, de classe e geracionais. Outra forma de violência institucional que merece destaque é a violência sofrida pelas mulheres em situação de prisão, que são privadas de seus direitos humanos, em especial de seus direitos sexuais e reprodutivos.
- h) Tráfico de mulheres – cujo conceito adotado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República do Brasil (SPM/PR) baseia-se em uma abordagem focada na perspectiva dos direitos humanos das mulheres e no Protocolo de Palermo, em que há três elementos centrais: 1. movimento de pessoas, seja dentro do território nacional ou entre fronteiras; 2. uso de engano ou coerção, incluindo o uso ou ameaça da força ou abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade; e, 3. a finalidade de exploração (exploração sexual; trabalho ou serviços forçados, incluindo o doméstico; escravatura ou práticas similares à escravatura; servidão; remoção de órgãos; casamento servil).
- i) Exploração sexual de mulheres – com previsão no Código Penal Brasileiro em seu Capítulo V – do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual –, cujo artigo 227 traz que exploração sexual “é induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem”, e o artigo 228 dispõe que é “induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone”.
- j) Assédio sexual – considerado como a abordagem não desejada pelo outro com intenção sexual ou insistência inoportuna de alguém em posição privilegiada, que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de subalternos ou dependentes. Para sua perfeita caracterização, o constrangimento deve ser causado por quem se prevaleça de sua condição de superior hierárquico ou ascendência, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. O assédio sexual é tipificado como crime (artigo 216-A, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 10.224, de 15 de maio de 1991).
- k) Cárcere privado, que, segundo o artigo 148 do Código Penal Brasileiro, configura-se quando uma pessoa é impedida de andar com liberdade e é mantida presa contra a vontade.

Ainda que a tipologia apresentada nesse documento seja extensa, ela cobre fundamentalmente as manifestações de violência subjetiva ou visível (ŽIŽEK, 2014), direta (GALTUNG, 1995) e cotidiana ou de todos os dias (BOURGOIS, 2001). Na tipologia positivada nesse documento não há qualquer menção às formas objetivas, invisíveis de violência praticadas contra as mulheres, de fundo estrutural, simbólico, cultural ou moral. A consequência disto é que o leque de medidas preventivas e repressivas de combate à violência contra a mulher, proposto no plano contido na Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, praticamente restringe-se a soluções voltadas às vítimas ou aos agressores de modo individualizado. Nos objetivos e nas ações e prioridades dessa política pública, ainda que haja menção no objetivo geral de “Enfrentar todas as formas de violência contra as mulheres a partir de uma perspectiva de gênero e de uma visão integral deste fenômeno” (BRASIL, 2011, p. 35) – destaque-se aqui a pretensão de enfrentar o problema desde uma visão integral do fenômeno –, o que se vislumbra, a partir da tipologia antes mencionada, é uma visão parcial, marcada por uma percepção deficiente da violência contra as mulheres apenas em sua faceta subjetiva, direta e cotidiana, deixando praticamente de lado as causas estruturais, simbólicas e culturais, que são as mais profundas e invisíveis, e cujo enfrentamento reclama estratégias e políticas públicas muito mais complexas, totalmente distintas das utilizadas para o tratamento da violência direta e visível.

Essa fixação da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres no aspecto subjetivo, direto e visível do fenômeno, revela uma enorme falha na monitoração reflexiva que tem sido feita em relação a esse universo fenomênico e, por consequência, na racionalização pretendida de nossas políticas públicas voltadas à prevenção e ao combate desse tipo de violência. Dados do Ligue 180 Central de Atendimento à Mulher, serviço criado e mantido pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Cidadania, revelam uma sensível ineficácia de nossas políticas de prevenção e repressão da violência contra a mulher, pois o aumento da violência de gênero em nosso país traduz-se numa curva crescente ano após ano (BRASIL, 2016b). Desde sua criação em 2005, o serviço já registrou 5.378.774 atendimentos. Os dados mostram que, somente no 1º semestre de 2016, a Central realizou 555.634 atendimentos,

o que, em média, contabiliza 92.605 atendimentos/mês e 3.052 atendimentos/dia. Essa quantidade foi 52% superior ao número de atendimentos realizados no 1º semestre de 2015 (364.627). Do total de atendimentos do 1º semestre de 2016, 12,23% (67.962) corresponderam a relatos de violência. Dentre os relatos, 51,06% corresponderam à violência física; 31,10% violência psicológica; 6,51% violência moral; 4,86% cárcere privado; 4,30% violência sexual; 1,93% violência patrimonial; e 0,24% tráfico de pessoas.

Em comparação com o mesmo período de 2015, a Central de Atendimento à Mulher constatou que, no tocante aos relatos de violência, houve um aumento de 142% nos registros de cárcere privado, com a média de 18 registros/dia e de 147% nos casos de estupro, com média de 13 relatos/dia.

No 1º semestre de 2016 foi notado o aumento de 133% nos relatos relacionados à violência doméstica e familiar, comparando-se com o mesmo período do ano passado. Além disso, do total de informações prestadas (299.743), 25% (76.633) referiram-se à Lei Maria da Penha e à violência doméstica e familiar.

Outro dado relevante e alarmante refere-se aos feminicídios praticados no Brasil. De acordo com o Mapa da Violência (WAISELFIZ, 2015), dos 4.762 homicídios de mulheres registrados em 2013, 50,3% foram cometidos por familiares, sendo a maioria desses crimes (33,2%) executados por parceiros ou ex-parceiros. Isso significa que a cada sete feminicídios, quatro foram praticados por pessoas que tiveram ou tinham relações íntimas de afeto com a mulher. A estimativa feita nesse relatório investigativo, com base em dados de 2013 do Ministério da Saúde, alerta para o fato de ser a violência doméstica e familiar a principal forma de violência letal praticada contra as mulheres no Brasil. O Mapa da Violência 2015 (WAISELFIZ, 2015) também mostra que o número de mortes violentas de mulheres negras aumentou 54% em 10 anos, passando de 1.864, em 2003, para 2.875, em 2013. No mesmo período, a quantidade anual de homicídios de mulheres brancas diminuiu 9,8%, caindo de 1.747, em 2003, para 1.576, em 2013.

Ainda que a Lei Maria da Penha tenha influenciado um pouco na diminuição dos feminicídios – a Pesquisa Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha, realizada pelo Ipea (BRASIL, 2015b), mostrou que a Lei nº 11.340/2004 fez diminuir em cerca de 10% a taxa de homicídios contra mulheres praticados dentro das residências das vítimas –, não teve a eficácia suficiente para diminuir drasticamente o problema, que a cada ano tem aumentado seus números absolutos.

Essa correspondência entre uma percepção subjetiva, direta, visível da violência e a adoção de medidas que tendem a ser aplicadas ao universo individualizado da vítima ou do agressor, encontra uma similaridade com as nossas práticas penais. A hegemonia subjetivista, tanto no plano teórico quanto no prático, tem levado a uma deficiente racionalização de nosso sistema penal e de nossas práticas penais, que se desvela, contemporaneamente, de forma bastante clara, quando comparamos as curvas de crescimento de nossa população carcerária, revelando a faceta mais escancarada de nossas práticas penais, com os números da violência em nosso país que se superam ano após ano, censo após censo. Os 61.283 homicídios cometidos no Brasil no ano de 2016, concomitantemente ao atingimento da cifra de 726.712 presos no mesmo ano, são a prova irrefutável da total irracionalidade de nossas políticas públicas de enfrentamento do fenômeno da criminalidade. Há uma relação diretamente proporcional entre o crescimento da criminalidade e o aumento de encarcerados, o que demonstra, estatisticamente, a falência total de nossas práticas penais e a debilidade dos discursos preventivos de justificação do sistema.

Um dos grandes desafios que se coloca diante de um quadro conjuntural em que a violência, em suas múltiplas facetas, não tem cedido terreno, mas, muito pelo contrário, tem ganhado mais e mais território em nossa sociedade, é mudarmos nosso lugar de observação e a nossa própria visão sobre o fenômeno da violência, abandonando a exclusividade das lentes subjetivistas/individualistas e migrando para uma perspectiva que, não abandonando nossa percepção da violência direta, visível, suas causas e motivos, também acolha uma compreensão acerca das condições objetivas (estruturais, sistêmicas) determinantes das múltiplas tipologias da violência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande desafio em termos de violência de gênero: o enfrentamento do poder simbólico e da coerção das estruturas sociais e suas condições determinantes da violência

Há um sistema mundial de comunicação-dominância cujo conteúdo de suas comunicações são fundamentalmente patriarcais e heterossexuais. Notadamente, por uma vontade de poder incontrolável, homens adultos, via de regra heterossexuais, dominaram a sociedade planetária, ocupando os espaços de poder e submetendo todas as demais parcelas de seres humanos a vulnerabilidades e violações insuportáveis. Tais estados de dominação desequilibraram de tal forma a configuração de convivência entre os seres humanos, que, ao longo do século passado, as reações de mulheres, homossexuais e outros sacrificados por esses dominadores, foram circunstancialmente inevitáveis.

Há um inconsciente, agora já nem tão inconsciente assim, patriarcal, masculino e heterossexual, que funciona mediante um sistema de comunicações praticamente silencioso, mas avassaladoramente eficaz na estruturação e dinâmica dos processos de dominação das mulheres pelos homens e de homossexuais por heterossexuais. Ainda que praticamente estejam erradicadas das democracias ocidentais contemporâneas quaisquer espécies de dispositivos que permitam a legitimação de ações discriminatórias explícitas contra as mulheres, e ainda que haja, na superfície, a configuração de um cenário, pelos menos no plano normativo, de uma total igualdade de gênero, essas perspectivas, se não aprofundadas, revelam um olhar absolutamente ingênuo, pois as injustiças e desigualdades permanecem inescrupulosamente presentes em nossas sociedades ocidentais ditas democráticas. Em outras palavras, embora tenhamos evoluído em termos de positividade normativa de uma quantidade significativa de dispositivos contramajoritários voltados à proteção dos dominados e violentados, as comunicações do sistema patriarcal não foram interrompidas, continuando a atuar fortemente nos processos de dominação e violência.

Não há qualquer dúvida em afirmarmos que há placas tectônicas poderosíssimas e silenciosas, cujo movimento é determinado pela diferenciação de gênero. Ainda que na superfície não percebamos, pelo menos no ocidente, a ocorrência de terremotos discriminatórios de alta magnitude sísmológica, permanece um lento movimento de continentes territoriais, determinados por essas placas patriarcais e heterossexuais que definem a importância dos papéis e posições segundo preferências de gênero/sexualidade a partir de uma visão de mundo masculina. Há um inconsciente patriarcal diluído numa normalidade supostamente igualitária, como bem nos mostra Mackinnon (1987) ao afirmar que:

Virtualmente toda qualidade que distingue os homens das mulheres já é afirmativamente compensada nesta sociedade. A fisiologia dos homens define a maioria dos esportes, suas necessidades definem a cobertura dos seguros de automóveis e de saúde, suas biografias projetadas para o social definem as expectativas de local de trabalho e padrões bem-sucedidos de carreira, suas perspectivas e interesses definem a qualidade no trabalho acadêmico, suas expectativas e obsessões definem o mérito, sua objetificação da vida define a arte, seu serviço militar define a cidadania, sua presença define a família, sua incapacidade de se darem bem uns com os outros – suas guerras e governos – definem a história, sua imagem define Deus e seus órgãos genitais definem o sexo. Para cada uma das diferenças ante a mulher, está em vigor o que equivale a um plano de ação afirmativa, conhecido, de outra maneira, como a estrutura e os valores da sociedade americana (1987, p. 36).

Disso, o que se percebe, epidermicamente, é uma neutralidade quanto ao gênero, no sentido de que as mulheres estão numa posição de igualdade em relação aos homens, ou os homossexuais em relação aos heterossexuais, não estando excluídos em suas buscas por bens sociais valiosos. Adensando a análise, entretanto, é possível visualizar e entender que o que está sendo buscado de maneira neutra quanto ao gênero é totalmente parcializado, direcionado, se tomarmos em conta a preponderância profunda, silenciosa, inconsciente e eficaz dos interesses e valores patriarcais. Fazendo nossas as palavras de Kymlicka (2006), “as mulheres estão em desvantagem não porque os chauvinistas favorecem os homens arbitrariamente na concessão de trabalhos, mas porque a sociedade inteira favorece sistematicamente os homens ao definir trabalhos, méritos, etc.” (p. 310).

A consequência disso é um sistema simbólico de identificações culturais no qual a masculinidade é associada à obtenção de renda e a feminilidade é definida em virtude de serviços sexuais e domésticos para os homens e para a criação de filhos. Essas situações de dominação não podem ser compreendidas em toda a sua espessura desde aproximações subjetivistas. Elas são amplamente objetivas, pois os homens, como grupo, exercem um fortíssimo controle sobre as possibilidades existenciais das mulheres.

Nesse quadro de dominação, vamos encontrar na posição de dominadores tanto homens brancos europeus quanto homens negros africanos; vamos presenciar não somente a dominação patriarcal comum a países árabes, mas também no extremo oriente; presenciaremos, no mundo contemporâneo, estados de dominação patriarcal com justificação religiosa não apenas por cristãos americanos e europeus, mas também por muçulmanos e hindus da metade oriental do planeta.

A gravidade dos estados de dominação impostos pelas comunicações patriarcais-heterossexuais é tão significativa que ainda hoje testemunhamos as mulheres em posição de inferioridade social, econômica e política em praticamente todos os países do mundo. O peso da subjugação masculina é tão grande, que mulheres que mantenham relações sexuais fora do contrato matrimonial, ou mesmo após a morte do marido, são condenadas judicialmente por adultério e mortas por apedrejamento em países em que há vinculação entre a religião e o Estado, notadamente islâmicos ortodoxos. A opressão, nesse aspecto, ainda é tão intensa que a homossexualidade permanece sendo considerada crime em um razoável número de países, sendo previstas penas até mesmo de morte.

Assim sendo, cabe a nós, juristas, o imenso desafio de achar alternativas fora de nossas zonas normativas de conforto, com base simplesmente em mecanismos repressivos dirigidos aos autores dos eventos de violências. O princípio da igualdade ainda não é suficiente para criar condições normativas de equalização das condições fáticas envolvendo os distintos grupos com buscas identitárias a partir do gênero e da sexualidade, apesar de já ter criado um bom suporte principiológico-normativo para avanços civilizatórios nas relações de gênero. Cabe-nos, antes de mais nada, repensarmos as bases epistemológicas e conceituais desde as quais temos interpretado o fenômeno da violência, e em especial a violência de gênero, deslocando o foco de uma observação prioritariamente individualista, para que possamos, com a agregação de uma perspectiva objetivista – simbólica e sistêmica –, conseguirmos apreender melhor a complexidade das ocorrências da violência de gênero e, com isso, elaborarmos tecnologias sociais mais eficazes.

6 REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, W. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, W. *Escritos sobre mito e linguagem*. Tradução Ernani Chaves. Organização Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Editora 34; Duas Cidades, 2011. p. 121-156.
- BÍBLIA SAGRADA. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1988.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: UnB, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998a.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998b.
- BOURGOIS, Philippe. The power of violence in war and Peace Post-Cold War lessons from El Salvador. *Etnography*, São Francisco, University of California, v. 2, issue 1, p. 5-34, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set. 2016.
- BRASIL. *Levantamento de Informações Penitenciárias (Infopen)*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016a.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 27 set. 2016.
- BRASIL. *Lei n. 3071 de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 27 set. 2016.
- BRASIL. *Projeto de Lei 236/2012*. Dispõe sobre a Reforma do Código Penal Brasileiro. Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 27 set. 2016.
- BRASIL. *Projeto de Lei 478/2007*. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/-proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>. Acesso em: 24 jul. 2016.
- BRASIL. *Projeto de Lei 618/2015*. Acrescenta o art. 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. 2015a. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>. Acesso em: 27 set. 2016.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Ligue 180 Central de Atendimento à Mulher*. Balanço 1º semestre de 2016. Brasília, 2016b.

- BRASIL. Ministério do Planejamento. Ipea. *Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha*. Brasília, mar. 2015b. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048k.pdf. Acesso em: 19 fev. 2018.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília, 2011, p. 19.
- CHEJTER, Silvia. Nudos críticos en las políticas públicas contra la violencia y las políticas de salud en Argentina. *Violencia. Sexualidad. Reproducción. Tensiones políticas, éticas y jurídicas*. Buenos Aires: Cecym, 2007.
- CRETTEZ, Xavier. *Las Formas de la Violencia*. Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009.
- DELEUZE, Gilles. *Conversações*. São Paulo: Ed. 34, 1992.
- ESPINAR RUIZ, Eva. *Violencia de género y procesos de empobrecimiento*. 2004. Tese (Doutoral). Universidad de Alicante. Departamento de Sociología II, Alicante, 2004.
- ESPINAR RUIZ, Eva; MATEO PÉREZ, Miguel Angel. Violencia de género: reflexiones conceptuales y derivaciones prácticas. *Papers. Revista de Sociología*, Universidad Autónoma de Barcelona, n. 86, p. 189-201, 2007.
- FREUD, Sigmund. *O Eu e o Id, "Autobiografia" e outros Textos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- GALEANO, Eduardo. *Espelhos*. Uma história quase universal. Porto Alegre: LPM, 2008.
- GALTUNG, Johan. *Investigaciones Teóricas*. Sociedad y Cultura Contemporáneas. Madrid: Tecnos, 1995.
- HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2003.
- HERITIER, Françoise. *Masculin/féminin*. La pensée de la différence. Paris: Odile Jacob, 1996.
- KIMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 1991.
- MACKINNON, Catherine. *Feminism Unmodified*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
- MARTÍN FERRANDIZ, Francisco; FEIXA PAMPOLS, Carles. Una mirada antropológica sobre las violencias. *Alteridades*, México, D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, v. 14, enero/julio 2004, p. 159-174.
- MOORE, Henrietta. *Antropología y Feminismo*. 2. ed. Madrid: Ed. Cátedra Universidad de Valencia e Instituto de la Mujer, 1996.
- OMS. Organização Mundial da Saúde. *Informe mundial sobre a violência e a saúde*. Declaração contra a violência dirigida às mulheres. Washington: OMS, 1993.
- ROSALDO, Michelle. Mujer, Cultura y Sociedad: una visión teórica. In: MARTIN, M. K.; VOORHIES, B. (org.). *La Mujer: un Enfoque Antropológico*. Barcelona: Anagrama, 1978.
- SEGATO, Rita. *Las Estructuras Elementales de la Violencia*. Buenos Aires: Paidós, 2003.
- WAISELIZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015*. Homicídio de Mulheres no Brasil. Brasília: Flacso, 2015.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2014.

DESAFIOS DO EXERCÍCIO DA SOBERANIA NO CIBERESPAÇO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.21-33>

Recebido em: 20/4/2019

Aceito em: 3/6/2019

Daniele Barbosa Mansur

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. danielemansur.dm@gmail.com

Bruno Anunciação Rocha

Mestrado em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador do CePPI/UFMG. bruno.a.rocha@gmail.com

RESUMO

O ciberespaço, com o seu modo de funcionamento, aprofundou o descompasso, promovido anteriormente pela globalização, em relação à noção tradicional de soberania. Essa incompatibilidade dificulta o controle da esfera digital por meio de uma legislação própria. Diante deste cenário, observou-se a necessidade de transformação do exercício da soberania, para que ela se tornasse adequada ao modo como este novo ambiente funciona, motivando a sua reformulação por parte de alguns estudiosos como Ávila, Gatto, Franzese e Lessig. Mesmo reformulado, no entanto, esses novos modelos de exercício de soberania ainda não são suficientes para permitir a regulação completa do ciberespaço. Dessa forma, é objetivo deste trabalho, a partir de análise e crítica do acervo bibliográfico levantado, mostrar o motivo da insuficiência dos novos modelos de exercício da soberania quando se considera o modo como o ciberespaço funciona. Ao final, sugere-se que a proposta de Lessig pode ser utilizada como paliativo para mitigar a insegurança jurídica no ciberespaço.

Palavras-chave: Ciberespaço. Soberania. Direito internacional. Regulação internacional. Governança global.

CHALLENGES OF THE EXERCISE OF SOVEREIGNTY IN CYBERSPACE

ABSTRACT

Cyberspace, with its way of functioning, has deepened the mismatch previously fostered by globalization in relation to the traditional notion of sovereignty. This incompatibility makes it difficult to control the digital sphere through its own legislation. Given this scenario, it was observed the need to transform the exercise of sovereignty, so that it became appropriate to the way this new environment works, motivating its reformulation by some scholars like Ávila, Gatto, Franzese and Lessig. However, even reformulated, these new models of exercise of sovereignty are still not enough to allow the complete regulation of cyberspace. Thus, the purpose of this paper, based on analysis and reviews of the literature collection chosen, is to show the reason for the insufficiency of the new models of exercise of sovereignty when considering the way cyberspace works. In the end, it is suggested that Lessig's proposal can be used as a palliative to mitigate legal uncertainty in cyberspace.

Keywords: Cyberspace. Sovereignty. International law. International regulation. Global governance.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Evolução histórica do conceito de soberania e sua concepção tradicional. 3 O ciberespaço e a crise da soberania. 4 Ciberespaço e a soberania indispensável. 4.1 Crítica aos novos modelos de exercício da soberania. 4.2 A soberania possível no ciberespaço. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A soberania surge das necessidades impostas pelo advento do Estado Moderno. Criação humana e, portanto, fruto de processos históricos, os contornos da soberania foram constantemente colocados em xeque, forçando adequações aos novos contextos que surgiram. Sua última transformação mais significativa decorreu da globalização, que deu início à atual crise de soberania no mundo, uma vez que comoveu elementos sensíveis de seu conceito, como território e população.

Apesar desses desafios impostos ao exercício da soberania, o ciberespaço necessita dela para existir e funcionar. Por esse motivo, novos modelos de exercício de soberania foram propostos para tentar se adequar à realidade digital. Autores como Ávila (2014), Gatto (2008) e Franzese (2009) propuseram a ideia de uma soberania compartilhada, alienável e divisível, exercida por organizações internacionais que seriam responsáveis pela regulação do ciberespaço como alternativa ao modelo de soberania estatal.

Esses novos modelos, contudo, não se sustentam em suas bases teóricas e práticas. A realidade mostra que desafios já existentes no modelo tradicional de exercício da soberania persistem. Em primeiro lugar, porque os novos modelos pressupõem um voluntarismo por parte dos Estados, muitos dos quais não podem ser efetivamente coagidos a cumprirem as determinações de organizações internacionais. Isso pôde ser visto, por exemplo, na invasão do Iraque, sem autorização da ONU, por parte dos Estados Unidos, em 2003. Esse comportamento revela a falta de coercibilidade das entidades internacionais, que não conseguem impor suas decisões justamente por não possuírem soberania, uma vez que esta ainda é elemento exclusivo do Estado, não podendo ser transferida nem dividida, exemplo que contrapõe os preceitos das novas formulações de soberania.

Em segundo lugar, para que um organismo internacional possa regular o ciberespaço é necessário que haja um consenso entre as nações, o que até agora se apresentou inviável. Eventos como o NETmundial de 2014 mostram que existem divergências significativas sobre pontos que devem orientar a governança *on-line*, como a vigilância em massa, a neutralidade e a privacidade.

Diante desta realidade, buscou-se um modelo alternativo de exercício da soberania no ciberespaço que partisse do reconhecimento da inevitabilidade da soberania estatal. Um modelo com essas características foi proposto por Lawrence Lessig (2006), para quem a regulação do ciberespaço deve ser feita com base na nacionalidade do usuário. Independentemente de sua localização geográfica no acesso ao mundo *on-line*, o indivíduo estaria sujeito às normas de seu país, garantidas pela soberania estatal, que seriam impostas e respeitadas pelos demais países.

Uma investigação mais cuidadosa, porém, torna evidente que a proposta de Lessig (2006) sofre dos mesmos problemas das que foram citadas anteriormente. A obediência às normas internacionais por parte dos Estados se basearia na vontade e não na imposição a partir da coercibilidade oferecida pelo poder soberano. Ademais, Estados poderiam considerar a aplicação de regras não produzidas por eles como uma afronta a sua soberania. Além disso, o conteúdo das normas de cada país também pode gerar divergências entre as nações, dando azo a sua não aplicação em domínio estrangeiro.

Com base na análise das ideias supraindicadas, o presente trabalho busca mostrar que os desafios para uma governança global do ciberespaço persistem. Apesar disso, acredita-se que a proposta de Lessig (2006) pode servir, ainda que de forma precária, para mitigar a imprevisibilidade e a insegurança jurídica decorrentes da frágil governança do ciberespaço, na medida em que permite acordos multilaterais e consensos parciais, para proporcionar regulações provisórias e em pequena escala entre algumas nações.

Para desenvolver a temática proposta, as pesquisas feitas para a confecção deste artigo foram com base em dados secundários provenientes da bibliografia apresentada nas referências. Além disso, este trabalho, de natureza teórica, utiliza dos tipos metodológicos históricos, ao fazer um retrospecto da evolução do conceito de soberania; interpretativo, ao destrinchar o conflito entre globalização, ciberespaço e as noções tradicional e as atuais de soberania trazidas por Ávila (2014), Gatto (2008) e Franzese (2009); e, por fim, propositivo, ao mostrar que as novas concepções de soberania ainda não são suficientes para a regulação do mundo *on-line* de forma satisfatória.

Todo o material produzido está organizado em quatro tópicos, sendo primeiro esta Introdução. No segundo tópico será construída uma linha do tempo a respeito do desenvolvimento da noção de soberania até a sua concepção tradicional. O terceiro tópico abordará a crise da definição tradicional de soberania trazida pela globalização e aprofundada pelo advento do ambiente digital. Por sua vez, o quarto tópico abordará criticamente os modelos de exercício da soberania propostos por Ávila (2014), Gatto (2008) e Franzese (2009), explicando os motivos pelos quais esses novos modelos não são suficientes para garantir uma governança eficaz do ciberespaço. Por fim, ainda no tópico quatro, será abordada criticamente uma possível proposta paliativa para que o mundo digital possa ser regulado até o desenvolvimento de um modelo adequado de soberania para este ambiente. Finalmente, na conclusão, será apresentada uma síntese dos apontamentos feitos ao longo do artigo, de modo que se deduza a impossibilidade do exercício da soberania no ciberespaço a partir da definição de poder soberano que se tem atualmente.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE SOBERANIA E SUA CONCEPÇÃO TRADICIONAL

O conceito de soberania tornou-se objeto de investigação e crítica a partir da Idade Moderna (1453-1789), tendo como um de seus primeiros pensadores o francês Jean Bodin (1530-1596). Em sua obra *Les Six Livres de la République* (1576), a soberania é definida como “um poder absoluto e perpétuo” (BODIN *apud* DALLARI, 2013, p. 83). Absoluto, por nenhum outro poder se sobrepor a ele, exceto o poder divino; perpétuo, por não ter prazo de validade para o seu exercício.

Bodin apenas esboça uma ideia que somente ganhará forma em 1648, com a Paz de Westfália, tratado que, além de colocar fim na Guerra dos Trinta Anos,¹ foi responsável pela formatação de um sistema internacional de Estados baseado no reconhecimento de sua soberania no âmbito mundial de acordo com a força de cada ente estatal. Nesse contexto, a soberania era entendida como o poder de império de um determinado Estado sobre o seu território, que deveria ser respeitado pelos demais. A partir dessa concepção de soberania, formou-se um complexo internacional em que os Estados eram vistos de modo igual e independente (JO; SILVA SOBRINHO, 2004, p. 13).

A concepção de soberania trazida pela Paz de Westfália permaneceu praticamente incólume até 1815, com o Congresso de Viena.² Influenciado pela Revolução Francesa (1789), o Congresso de Viena adotou a concepção de soberania baseada nas ideias de *liberdade e autodeterminação dos povos*, inspiradas em John Locke (1824), e *vontade geral do povo*, de matriz rousseauiana (ROUSSEAU, 2010).

Essa nova concepção, no entanto, aplicava-se apenas aos países europeus, que não viam as localidades fora de seu continente como detentores dessa forma de soberania. Isso porque, apesar de incluir o elemento vontade geral do povo, que se referia especialmente à relação legítima de poder entre súditos e soberano baseada na ideia de pacto social, a concepção de soberania ainda estava “fundamentalmente baseada na força de defesa”, servindo “praticamente como o único critério utilizado para a classificação de um país como soberano” (JO; SILVA SOBRINHO, 2004, p. 15). Se, internamente, a soberania pressupunha a vontade geral do povo, no aspecto externo, isto é, na relação com outras entidades de poder no âmbito internacional, ela ainda estava demasiadamente ligada à ideia de poder império.³

Em decorrência da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a concepção de soberania sofre uma nova modificação, “indo do antigo sistema de Westfália, baseado na força e em um conceito político de soberania, para um inteiramente novo sistema legal, baseado na sistematização normativa e em um conceito jurídico de soberania” (JO; SILVA SOBRINHO, 2004, p. 16). Assim,

¹ Conflito inicialmente de cunho religioso entre as monarquias da Europa, mas que, posteriormente, envolveu disputas por poder e território. Ocorreu entre os anos de 1618 e 1648.

² “encontro diplomático de importância fundamental para redesenhar o mapa político europeu na era pós-napoleônica” (VAINFAS *et al.*, 2014, p. 296).

³ Jo e Silva Sobrinho afirmam (2004, p. 15) que essa concepção foi utilizada como tentativa de legitimação da exploração econômica de colônias da África e da Ásia no século 19. Na medida em que não conseguiam afirmar e manter o poder de império sobre o seu território, as colônias não eram soberanas quando confrontadas pelas potências colonizadoras europeias.

em termos puramente políticos, a soberania expressava a plena eficácia do poder, sendo conceituada como poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências [...] verifica-se que o poder soberano não se preocupa em ser legítimo ou jurídico, importando apenas que seja absoluto, não admitindo confrontações, e que tenha meios para impor suas determinações. [...] Uma concepção puramente jurídica leva ao conceito de soberania como o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, a eficácia do direito [...] tem-se como soberano o poder que decide qual regra jurídica aplicável em cada caso [...] (DALLARI, 2013, p. 83).

Essa mudança aparece no Pacto da Sociedade das Nações de 1919 que, além de ser um acordo de paz entre os países vencedores do conflito, teve como principal preocupação estabelecer como ponto importante da soberania “o aspecto da não-intervenção em assuntos domésticos” (JO; SILVA SOBRINHO, 2004, p. 18). Assim, a autoridade estatal tinha o poder para tratar de assuntos internos a seu território sem interferências externas.

A explosão da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), por sua vez, contribuiu para a extinção do Pacto da Sociedade das Nações de 1919, abrindo espaço para que, em 1945, surgisse a Organização das Nações Unidas (ONU). Em sua carta instituidora, além de reafirmar o princípio da não intervenção em assuntos que pertencem à esfera estatal interna, a ONU também reconhece a igualdade entre as nações no que diz respeito a sua soberania. Preceitos que são abarcados pelo segundo artigo do documento: “todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado [...]” (ONU, 1945, p. 6) e ainda “a Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros” (ONU, 1945, p. 6). Assim, essa concepção de soberania propõe, portanto, que todos os países devem ser respeitados e vistos com igual potencial de exercer o seu poder soberano internamente sem influências de agentes externos, independentemente do seu poderio bélico e de sua influência no cenário internacional.

A evolução das concepções de soberania apresentada supra permite elencar alguns aspectos essenciais do que se pode considerar o conceito de soberania. De acordo com Jo e Silva Sobrinho (2004, p. 8), o conceito de soberania é geralmente composto por “quatro elementos: um território, uma população, um governo que exerça um controle efetivo sobre esse território e essa população e, mais importante, o reconhecimento (como Estado) pelos outros Estados-Nações constituintes da sociedade internacional.” Krasner (2001, p. 6), por sua vez, propõe quatro perspectivas distintas para compreensão do conceito de soberania. Para ele, existe a soberania doméstica, que diz respeito à organização e ao controle efetivo de uma autoridade pública dentro de um Estado; a soberania interdependente, isto é, o controle das fronteiras por parte das autoridades públicas; a soberania internacional legal, caracterizada pelo reconhecimento recíproco da soberania dos Estados e, por fim, a soberania de Westfália, que estabelece a exclusão de atores externos da soberania doméstica.

É importante acrescentar também as características da soberania trazidas por Dallari (2013). Segundo o autor, a soberania é

una, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela é uma porque não se admite num mesmo Estado a convivência de duas soberanias. [...] É indivisível porque, além das razões que impõem sua unidade, ela se aplica à universalidade dos fatos ocorridos do Estado, sendo inadmissível, por isso mesmo, a existência de várias partes separadas da mesma soberania. [...]. A soberania é inalienável, pois aquele que a detém desaparece quando fica sem ela, seja o povo, a nação, ou Estado. Finalmente, é imprescritível porque jamais seria verdadeiramente superior se tivesse prazo de duração. Todo poder soberano aspira a existir permanentemente e só desaparece quando forçado por uma vontade superior (DALLARI, 2013, p. 87).

Dallari (2013) ainda afirma que a soberania é “uma característica fundamental do Estado” (DALLARI, 2013, p. 80), e “com relação aos demais Estados a afirmação de soberania tem a significação de independência, admitindo que haja outros poderes iguais, nenhum, porém, que lhe seja superior” (DALLARI, 2013, p. 89). Além disso,

o que distingue o Estado das demais pessoas jurídicas de direito público é a circunstância de que só ele tem soberania. Esta, que do ponto de vista interno do Estado é uma afirmação de poder superior a todos os demais, sob o ângulo externo é uma afirmação de independência, significando a inexistência de uma ordem jurídica dotada de maior grau de eficácia (DALLARI, 2013, p. 258).

Diante das noções de soberania apresentadas, é possível sintetizá-la, no seu sentido tradicional, como poder coercitivo, de exercício exclusivo, permanente e intrínseco ao Estado, de impor um determinado ordenamento jurídico em certo território que contém uma população. Esse poder existe de forma única, não podendo ser executado de modo fracionado, e o Estado não pode transferi-lo a outrem, uma vez que inexistente em sua ausência. Além disso, esse poderio de imposição interno é reconhecido e respeitado internacionalmente, não existindo nenhum poder superior que se sobreponha à soberania estatal.

3 O CIBERESPAÇO E A CRISE DA SOBERANIA

Como foi mostrado no capítulo anterior, a soberania sofreu, ao longo do tempo, diversas mudanças em sua definição. Essas constantes alterações revelam que “o conceito de soberania evolui conforme as necessidades da sociedade internacional” (JO; SILVA SOBRINHO, 2004, p. 9). Sua mais recente modificação foi com o desenvolvimento da globalização, que não somente força uma mudança no entendimento e aplicação do poder soberano, mas também causa a sua atual crise.

A globalização é um processo que “rompe as fronteiras territoriais por onde a informação é transmitida pelo globo, e indivíduos podem participar de forma simultânea, independentemente de sua localização geográfica” (ANG; PANG, 2012, p. 117, tradução nossa).⁴ Essa “abertura imposta pela globalização enfraqueceu o poder do Estado-Nação em decidir soberanamente os rumos político-econômicos que irá adotar” (NOCE, 2018, p. 42).

Ao enfraquecer os limites estatais e possibilitar o contato entre sujeitos de nacionalidades distintas, a globalização dificulta o exercício da soberania tradicional, uma vez que o território, elemento constituinte da noção de soberania, tem a sua delimitação prejudicada. A população, por sua vez, outro componente importante, amplia-se e passa a abarcar pessoas de origem variada, o que dificulta a aplicação do direito nacional em relação a uma comunidade que se torna multinacional.

Dessa forma, a globalização coloca o entendimento e o exercício da soberania em crise, pois a sua forma tradicional, apresentada no tópico anterior, não se adequa a essa nova realidade. Essa crise aprofunda-se com o surgimento do ciberespaço, que possibilita “a globalização de informações, que com o advento da internet [...] a comunicação se tornou consideravelmente mais facilitada e as distâncias para tanto reduzidas” (NOCE, 2018, p. 114).

O ciberespaço, de acordo com o Department of Defense (DOD), no Dictionary of Military and Associated Terms (2017, p. 58, tradução nossa), consiste em “um domínio global dentro do ambiente da informação, incluindo a internet, os canais de telecomunicações, os sistemas de computadores e a integração de processadores e controladores”.⁵ A forma como esse universo se configura também torna incompatível o exercício da soberania em seu modelo clássico e, conseqüentemente, dificulta uma possível regulação internacional a respeito.

Isso acontece porque, no ciberespaço, não há limites físicos bem-delineados; ele “é um domínio público global, ou seja, um espaço sem fronteiras que a todos afeta” (GATTO, 2008, p. 6). Por ter abrangência mundial, a sua população de usuários é composta por uma comunidade internacional que, como tal, abarca múltiplas nacionalidades, o que impede que uma única entidade estatal possa controlá-la. Além disso, a falta de um organismo uno e próprio, que tenha competência para regular esta realidade, faz com que os Estados tentem controlar esse universo de acordo com seus regimentos internos, impossibilitando soluções satisfatórias para os conflitos que se formam. Isso acontece, pois as legislações nacionais são baseadas em um modelo tradicional de exercício da soberania que não se aplica ao ambiente digital, pois o “rápido crescimento do ciberespaço ultrapassou a habilidade individual das nações e da comunidade internacional como um todo em entendê-lo e

⁴ “breaking down of geographical or territorial boundaries, where information is transmitted across the globe, and individuals may participate in the same event at the same time, regardless of their geographical locations [...]”.

⁵ “A global domain within the information environment consisting of the interdependent network of information technology infrastructures and resident data, including the Internet, telecommunications networks, computer systems, and embedded processors and controllers.”

controlá-lo” (FRANZESE, 2009, p. 6, tradução nossa).⁶ Dessa forma, o que se tem é uma tentativa precária por parte das nações em tentarem exercer sua soberania em uma realidade que não permite o seu exercício nos moldes tradicionais.

Essa tentativa pode ser vista tanto no conflito provocado pela imposição de legislações nacionais a assuntos transnacionais, pois o fato de não haver “limites fronteiriços físicos [...] permite a coexistência de ordenamentos jurídicos distintos, incidentes sobre um mesmo fato” (GATTO, 2008, p. 6), quanto no aproveitamento do ciberespaço por parte dos governos para interferir na soberania de outras nações. Wu e Goldsmith (2006) retratam, a partir de exemplo, o primeiro aspecto abordado, enquanto a interferência russa nas eleições norte-americanas de 2016 reflete o segundo ponto trazido.

Wu e Goldsmith iniciam a sua obra “Who controls the internet? illusions of a borderless world” (2006) abordando o conflito jurídico entre a empresa Yahoo, sediada na Califórnia, EUA, e a França. Nesse caso, ocorrido em 2000, a nação francesa pedia à empresa americana que proibisse a venda *on-line* de artigos nazistas, em sua página americana, para usuários franceses, uma vez que esse comércio desrespeitava uma lei francesa que proibia essa conduta. O Yahoo, em resposta, alegou que não adotaria essa medida, pois ela contrariava um dos princípios constitucionais dos Estados Unidos: a liberdade de expressão.⁷ Além disso, segundo a empresa, a França não teria competência para julgar esse caso.

O Estado francês, entretanto, defendia a sua competência para resolver tal tema, determinando judicialmente a proibição da venda dos artigos nazistas pelo Yahoo para os internautas franceses. Os artigos, porém, continuaram a ser vendidos no portal *on-line*, pois a Califórnia, Estado-sede do Yahoo, não reconhecia a decisão francesa, uma vez que esta contrariava a soberania norte-americana e seus princípios constitucionais. Apesar disso, em 2001, conforme aponta Wu e Goldsmith (2006), o Yahoo removeu toda forma de conteúdo racista e nazista, afirmando que tal atitude foi motivada por reclamações de usuários e não pelo que foi determinado pela corte francesa.

Em 2016, por sua vez, tem-se a interferência russa no processo eleitoral dos Estados Unidos, que buscava, influenciando a soberania norte-americana, satisfazer os interesses de sua própria soberania, como o fim das sanções entre as duas nações. A eleição contava com dois candidatos principais, Donald Trump, do Partido Republicano, e Hillary Clinton, do Partido Democrata, e o governo russo atuou em prol da candidatura do primeiro, pois via neste a possibilidade de atingir os seus objetivos. Para isso, a nação russa “roubou e-mails dos Democratas, atacou a lista e as máquinas de votos e influenciou as redes sociais”⁸ (McCARTHY, 2017, tradução nossa). Essa empreitada foi possível a partir de “trolls e robôs automatizados que não só promoveram explicitamente mensagens pró-Donald Trump, mas também usaram a mídia social para semear divisões sociais na América incentivando a discordância em torno de temas polêmicos como a imigração e a islamofobia”⁹ (McCARTHY, 2017, tradução nossa).

Esses eventos são ilustrativos da crise de soberania relacionada ao ciberespaço. A abrangência mundial e a possibilidade de se conectar agentes dos mais diversos lugares e ocupações, colocam em xeque o exercício e a imposição da soberania em seu formato tradicional e, conseqüentemente, a competência dos ordenamentos jurídicos internos para resolver questões que são transnacionais. Com isso, o ciberespaço “produz uma espécie de conflito que nunca aconteceu antes: um conflito que surge com indivíduos de diferentes jurisdições vivendo juntos em um [mesmo] espaço, enquanto vivem em diferentes jurisdições” (LESSIG, 2006, p. 300, tradução nossa)¹⁰ no mundo *off-line*.

⁶ “the rapid growth of cyberspace has outpaced the ability of nations individually, and the international community as whole, to understand and control it.”

⁷ Esse princípio está consubstanciado na primeira emenda da Constituição norte-americana, que dispõe o seguinte: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1791).

⁸ “stealing emails from Democrats, attacking voter registration lists and voting machines and running a social media shell game.”

⁹ “trolls and automated bots not only promoted explicitly pro-Donald Trump messaging, but also used social media to sow social divisions in America by stoking disagreement and division around a plethora of controversial topics such as immigration and Islamophobia.”

¹⁰ “Will produce a kind of conflict that has never happened before: a conflict arising from individuals from different jurisdictions living together in one space while living in these different jurisdictions.”

Esses embates legais, motivados pelo conflito entre as legislações nacionais e, também, pela ausência de uma legislação própria para o ciberespaço, impedem uma solução satisfatória e eficaz para as relações jurídicas formadas nesse domínio, conforme mostrado nos exemplos supranarrados. Conflitos deste tipo podem gerar, em larga escala, insegurança jurídica para todos os usuários do mundo virtual, além de enfraquecer o poder dos Estados, que atuam de forma precária ante o advento do mundo digital.

4 CIBERESPAÇO E A SOBERANIA INDISPENSÁVEL

No tópico anterior foram mostradas as dificuldades de a soberania, em seu modelo tradicional, prevalecer no ciberespaço. A possibilidade de regulação do ciberespaço é, contudo, em certo sentido, dependente de elementos essenciais a esse modelo tradicional.

Em primeiro lugar, porque o meio digital demanda uma entidade que o controle, possibilitando, assim, a sua existência e o seu funcionamento harmônico (FRANZESE, 2009, p. 12). Segundo o autor, o ciberespaço demanda, portanto, a existência de um soberano para controlá-lo (FRANZESE, 2009, p. 12). Por outro lado, complementa Franzese (2009, p. 12) que o mundo *on-line* também exige uma estrutura física, que está baseada em territórios de Estados, o que o vincula, em certa medida, à soberania estatal. Dessa forma, a regulação do ciberespaço não pode ser pensada sem se ter em conta elementos essenciais do modelo tradicional de soberania, apesar dos desafios implicados nessa tarefa, conforme abordado anteriormente.

A partir dessa constatação, alguns autores propuseram novos modelos de soberania que, supostamente, permitiriam o seu exercício no ciberespaço. Ávila (2014) propõe que o “Estado pode abrir mão de sua soberania e, livremente, exercê-la de maneira compartilhada [...]” (ÁVILA, 2014, p. 42). Assim, a “soberania se fragmenta, se desconecta parcialmente do Estado, se liga a regimes, organizações supranacionais [...]” (p. 63). O Estado, nesse contexto, continuaria a existir, mas desempenharia uma nova função, a

de intermediador, que articularia elementos de supra e subnacionalidade, isto é, o Estado negociaria com atores subnacionais e supranacionais, regulando suas relações. Ele seria parte de um mecanismo mais amplo de governabilidade e de compartilhamento de determinados aspectos de seu poder (ÁVILA, 2014, p. 54).

Dessa maneira, sintetizando o ponto de vista suprarreferido, a soberania do Estado seria dividida com os demais Estados em uma única organização que regularia o ciberespaço. Ao mesmo tempo, essa entidade condensaria todas as soberanias a ela transferidas, o que permitiria o controle do ciberespaço de forma concentrada, exercida por um único agente, acima dos Estados. O ente estatal, nessa realidade, seria apenas o elo entre os assuntos internos e externos à nação.

Gatto (2008), por sua vez, corrobora a visão de Ávila ao propor o seu modo de exercício da soberania no ciberespaço. De acordo com a autora, o mundo *on-line* “é um espaço sem fronteiras, sujeito a múltiplas soberanias, sem a prevalência de uma só” (GATTO, 2008, p. 135). Para que a síntese dessas soberanias seja possível, a “governança da internet demanda que os países estabeleçam um consenso [...]” (p. 6), tornando-se “imprescindível [...] admitir um organismo internacional para a Governança Global da Internet [...]” (p. 135).

Dessa forma, resumindo o posicionamento da autora, pode-se afirmar que o exercício da soberania no ciberespaço se dará por meio de uma entidade internacional. Esta conterà todas as soberanias estatais de forma única, regulando o meio digital com base em um consenso entre as nações que a constituem, exercendo uma governança global¹¹ do mundo *on-line*.

Franzese (2009, p. 28) reforça a concepção de Gatto no que diz respeito à necessidade de consenso para que a soberania possa ser exercida no ciberespaço. Para isso, o autor estabelece algumas condições, como: a necessidade de um regime internacional, a avaliação por parte dos Estados de seus interesses no ciberespaço, a análise da forma como se exercerá a soberania estatal pelos mesmos entes estatais, a identificação dos agentes que participam do mundo *on-line* e, por fim, a capacidade estatal em praticar a sua soberania e responder àqueles que violam o seu poder soberano (p. 32).

¹¹ “A governança global reside no processo de construção das instituições [...] e dos regimes internacionais para a regulação dos desafios contemporâneos” (BARROS-PLATIAU, 2001, p. 6).

Desse modo, recapitulando os pontos de vista apresentados, pode-se concluir que o ciberespaço necessita da prática soberana para funcionar de forma eficaz. Como mostrado, no entanto, deve-se aplicar um novo modelo de exercício de soberania para esse domínio. Para isso, deve-se criar uma entidade internacional que condense todas as soberanias estatais, que deixam de pertencer exclusivamente ao Estado e se concentram em organismos externos. Esses órgãos serão competentes para regular o ciberespaço a partir de um consenso de princípios entre seus membros estatais, que possibilitará a formulação de normas próprias para esse ambiente.

4.1 Crítica aos novos modelos de exercício da soberania

No tópico anterior, a partir da constatação de que o ambiente digital necessita da prática soberana para que exista e funcione de forma adequada, foram abordados novos modelos de soberania que surgiram no intuito de se adequar ao ciberespaço. Mesmo esses novos modelos, entretanto, são insuficientes para que a soberania seja exercida de forma satisfatória no mundo *on-line*.

No modelo de Ávila, o Estado transfere a sua soberania para órgãos internacionais, compartilhando-a com estes e com os demais entes estatais que formam essas entidades (ÁVILA, 2014, p. 42). Essa realidade, para o autor, reflete em uma soberania “alienável e divisível” (p. 58), o que permite que a soberania se desprenda de forma parcial do Estado (p. 63).

O problema desse modelo é o seu embate com traços elementares da soberania, como o fato de ela ser indivisível e inalienável. Segundo Dallari (2013), a soberania é indivisível, pois “se aplica à universalidade dos fatos ocorridos do Estado, sendo inadmissível, por isso mesmo, a existência de várias partes separadas da mesma soberania” (p. 87). Dessa forma, não é possível que o Estado tenha somente uma parcela de sua soberania enquanto uma entidade internacional contenha a outra, uma vez que é necessidade do Estado a totalidade do poder soberano para se impor em relação aos eventos que são de sua responsabilidade. Além disso, a soberania “é inalienável, pois aquele que a detém desaparece quando fica sem ela, seja o povo, a nação ou Estado” (DALLARI, 2013, p. 87). Assim, transferir uma parte da soberania estatal para uma organização internacional é comprometer a existência do Estado e do seu povo, que necessitam dela em sua totalidade para se manterem.

Essas características impedem que organizações internacionais tenham soberania e, conseqüentemente, coercibilidade para impor suas decisões. Isto acontece porque, ainda segundo Dallari, o Estado não admite a existência de um poder que seja superior ao seu (2013, p. 89). Dessa forma,

o que distingue o Estado das demais pessoas jurídicas de direito público é a circunstância de que só ele tem soberania. Esta [...] sob o ângulo externo é uma afirmação de independência, significando a inexistência de uma ordem jurídica dotada de maior grau de eficácia (p. 258).

Um exemplo desse poder reduzido das organizações internacionais, justamente, por não serem dotadas de soberania, é a invasão do Iraque em 2003 pelos Estados Unidos sem autorização da ONU. Os norte-americanos justificaram a sua ação com “argumentos de legítima defesa preventiva, ou mesmo em nome da democracia e dos direitos humanos” (PLATIAU; VIEIRA, 2006, p. 190). Sua atitude, no entanto, contrariava resoluções da ONU que impediam a invasão. Mesmo assim, os Estados Unidos procederam em sua ação, não sendo um impedimento as determinações da organização internacional da qual é membro.

A conduta norte-americana contrária às determinações da ONU revela que, por parte das entidades internacionais, “não há poder coercitivo para impor legalmente uma determinada conduta aos Estados, fazendo com que a adesão dos mesmos às normas internacionais seja de forma voluntária” (RUDZIT, 2005, p. 63). Adrir de forma voluntária abre aos Estados a possibilidade de obedecer ou não as ordens destas organizações, uma vez que a decisão de participar destes órgãos vem de uma escolha e não de uma imposição dotada de coercibilidade como acontece com a soberania.

Aplicando o mesmo raciocínio exposto, pode-se afirmar que as entidades internacionais que viessem a regular o ciberespaço sofreriam com o mesmo problema. Os Estados participariam de forma voluntária, podendo, com isso, acatar ou não suas decisões e obedecer ou não as regras criadas pela entidade reguladora do mundo *on-line*. Isso aconteceria, justamente, pelo fato de que os Estados têm soberania, enquanto as orga-

nizações internacionais não a possuem e, como já mencionado anteriormente, não existe poder superior que se sobreponha à soberania estatal. Por isso, entidades internacionais não apresentam capacidade de impor as suas determinações com a mesma imperatividade que o poder soberano estatal permite.

Outra questão problemática, no que diz respeito à regulação internacional do ciberespaço, é a formação de um consenso para orientar o conteúdo das normas que seriam aplicadas a essa realidade. Segundo Gatto (2008), “a governança da Internet demanda que os países estabeleçam um consenso [...]”. No entanto, a realidade está muito distante desse consenso. Veja-se, por exemplo, o evento NETmundial¹² de 2014 realizado no Brasil. O acontecimento tinha como objetivo “a realização de um marco, com definições consistentes para os princípios de governança da Internet e o roteiro para o desenvolvimento futuro da governança da Internet” (NETMUNDIAL, 2014). Não obstante,

O debate sobre a governança da internet, a partir do evento NETmundial, foi um importante exemplo prático para se demonstrar que não há convergências em torno de determinados assuntos de modo a se constituir um regime de caráter mais amplo. Temáticas como vigilância em massa, neutralidade da rede, privacidade, papéis e responsabilidades entre atores, por exemplo, evidenciaram o quanto se precisa avançar em termos de discussão para que se constitua um regime global para a questão (ÁVILA, 2014, p. 267).

Um exemplo mais específico da dificuldade de criar um consenso pode ser visto na questão da vigilância em massa. No ano de 2013, os Estados Unidos foram acusados de espionarem seus cidadãos e outros governos. Sobre os norte-americanos, a “Agência Nacional de Segurança (NSA) [...] acessava fotos, e-mails e videoconferências de quem usava os serviços de empresas como Google, Skype e Facebook” (PEDROSA; MATSUKI, 2013). Em relação a outras nações, a ex-presidenta brasileira Dilma Rousseff teve seus telefonemas, mensagens e e-mails interceptados pelo governo norte-americano (O ESCÂNDALO..., 2013).

A conduta dos Estados Unidos motivou a União Europeia a adotar uma postura refratária à vigilância em massa. No dia 25 de maio de 2018 entrou em vigência para o bloco europeu uma lei, conhecida como Regulamento Geral de Proteção de Dados, que visa à proteção de dados pessoais dos cidadãos que moram no bloco e determina a conduta de empresas que atuam no continente europeu no que diz respeito à coleta destes dados. (GOMES, 2018).

Outro ponto controverso é a neutralidade da rede.¹³ O Brasil, em 2014, com a Lei 12.965, criou o Marco Civil da Internet, com o objetivo de estabelecer parâmetros para o uso da rede no país. O artigo 3º, inciso IV, da referida lei, elenca como princípio orientador da disciplina de uso da internet a “preservação e garantia da neutralidade da rede” (BRASIL, 2014). Por outro lado, o mesmo princípio não é mais garantido nos Estados Unidos. O Estado norte-americano, em abril de 2018, decidiu pelo fim da neutralidade da rede (FIM..., 2018), permitindo que as empresas digitais determinem a distribuição de dados aos seus usuários.

Esses dois exemplos apresentados revelam a falta de consenso entre os países sobre pontos que devem nortear a regulação do ciberespaço. As divergências em aspectos básicos do mundo *on-line* dificultam a possibilidade de criação de normas que possam ser empregadas de forma universal em questões internacionais que nasçam nesse espaço. Para um modelo de exercício de soberania que pressupõe o consenso, essa realidade implica um verdadeiro obstáculo à sua instituição.

Dessa forma, resumindo a crítica apresentada, pode-se afirmar que os modelos propostos por Ávila (2014), Gatto (2008) e Franzese (2009) não são passíveis de aplicação. Apesar de o ciberespaço necessitar da soberania, ela não pode ser exercida da forma que os autores mencionados propõem. O poder soberano permanece indivisível, uma vez que o Estado necessita de sua totalidade para se impor em seu domínio. Além disso, ele é inalienável, pois sua transferência ou divisão comprometem a existência estatal. Assim, somente o ente nacional pode ser detentor da soberania, impedindo a presença de um poder que seja superior.

¹² Disponível em: <http://netmundial.br/pt/>.

¹³ “A neutralidade da rede é um princípio que está no cerne do funcionamento da internet e diz respeito a uma gestão de tráfego de dados que não faz distinção de pacotes de acordo com seu conteúdo, plataforma ou site de origem, não privilegia determinados tipos de conteúdo, sendo que a rede apenas transporta os pacotes de dados, deixando para o usuário as decisões em relação ao tipo de uso que fará e aos dados que acessará” (SANTOS, 2014).

Com isso, não há a possibilidade de uma entidade internacional apresentar a mesma coercibilidade em suas decisões que a deliberação estatal apresenta, uma vez que não é capaz de possuir soberania. Isso impacta na existência de uma organização internacional para regulação do ciberespaço, pois a obediência ou não a resoluções de entes internacionais se baseia no voluntarismo por parte de seus membros, o que constitui uma fraqueza na imposição de suas ordens. Ademais, mesmo que existisse um órgão internacional para controlar o ciberespaço, haveria ainda uma dificuldade na formulação de normas, uma vez que, como mostrado neste tópico, há um entrave na formação de um consenso sobre pontos essenciais que devem nortear a produção normativa, como a vigilância em massa, a privacidade e a neutralidade em rede.

4.2 A soberania possível no ciberespaço

Como mostrado no tópico anterior, apesar de os novos modelos prometerem resolver as dificuldades de exercício da soberania no ciberespaço, eles não conseguem fazê-lo. Primeiro, porque ignoram características essenciais do poder soberano, como a indivisibilidade e a inalienabilidade. Segundo, porque dependem demasiadamente do consenso, cuja obtenção tem se mostrado cada vez mais difícil.

O fracasso desses modelos, porém, não denota a impossibilidade da soberania no ciberespaço, que, inclusive, é necessária. Ele tão somente indica que um modelo de governança adequado ao ciberespaço não pode prescindir da soberania estatal. Nesse sentido, partindo justamente do reconhecimento da inevitabilidade da soberania estatal, Lawrence Lessig (2006) propõe que a regulação do mundo *on-line* seja feita com base na nacionalidade do usuário.

A maneira como o ciberespaço funciona permite a identificação, dentre outras informações, da nacionalidade de quem acessa o mundo *on-line* (LESSIG, 2006). A partir disso, seria possível a submissão do usuário à jurisdição de seu Estado de origem, independentemente do local geográfico em que o ambiente digital é acessado. Para que isso fosse possível, haveria uma espécie de convenção, baseada em relações multilaterais entre os Estados, em que cada um definiria “regras que queira aplicar aos seus próprios cidadãos enquanto estes mesmos cidadãos estão em qualquer parte do mundo”¹⁴ (LESSIG, 2006, p. 306, tradução nossa). As normas de cada governo estabelecidas nesta convenção seriam de conhecimento público e “disponíveis para qualquer servidor da rede”¹⁵ (p. 306, tradução nossa).

Dessa forma, seria uma exigência por parte dos entes estatais aos servidores para que obedecessem aos preceitos que foram definidos na convenção. Assim, tendo como base o exemplo dado por Wu e Goldsmith (2006), e apresentado anteriormente neste trabalho, a respeito do embate entre o Yahoo e a França sobre a venda de material nazista para os franceses, de acordo com o pensamento de Lessig (2006) deveria ser resolvida da seguinte forma: “se você está oferecendo material nazista e um cidadão francês entra em seu site, você deve bloqueá-lo, mas se ele for dos EUA, você poderá atendê-lo”¹⁶ (p. 307, tradução nossa). Desse modo, os Estados trabalhariam de forma cooperativa e recíproca ao possibilitar que aqueles que acessam o mundo *on-line* no seu território sejam regidos pela jurisdição correspondente à sua nacionalidade. Com isso, seriam impostas ao ciberespaço leis locais, garantidas pela soberania estatal (p. 307).

A proposta de Lessig (2006), contudo, não é invulnerável aos problemas já trazidos neste trabalho. Como foi apresentado no caso da invasão do Iraque pelos Estados Unidos, que desobedeceu a resoluções da ONU a respeito, o cumprimento a preceitos não produzidos pelo próprio Estado é, em certo sentido, voluntária. Além disso, os países poderiam ver a imposição de regras alheias dentro de seu território como uma afronta a seu poder soberano, uma vez que existiria outro polo criador de regras capaz de se impor em seu domínio, contrariando outro traço fundamental da soberania: a unicidade, isto é, “não se admite num mesmo Estado a convivência de duas soberanias” (DALLARI, 2013, p. 87).

¹⁴ rules that a government wants to apply to its own citizens while those citizens.

¹⁵ and available to any server on the network.

¹⁶ if you're offering Nazi material, and a French citizen enters your site, you should block her, but if she is a U.S. citizen, you can serve her.

Ademais, a falta de consenso sobre pontos fundamentais que deveria nortear a regulação do ciberespaço, mostrada previamente, também existiria na suposta convenção, trazida por Lessig (2006), para que os países definissem as normas que deveriam ser aplicadas aos seus nacionais dentro do mundo *on-line*. Nessa situação, poderia haver divergências entre os Estados sobre o conteúdo destas normas, motivando ou não a sua aplicação em suas jurisdições.

Apesar das inconsistências da proposta de Lessig (2006), sua ideia poderia ser aplicada de forma paliativa até que um modelo adequado de governança para o ciberespaço seja efetivamente estabelecido. O que torna sua proposta preferível às demais trazidas neste trabalho são algumas diferenças que sua sugestão apresenta em relação às outras. Enquanto os modelos criados por Ávila (2014), Gatto (2008) e Franzese (2009) pressupõem um novo conceito de soberania, Lessig (2006) utiliza da soberania estatal que, afora o seu enfraquecimento pela globalização, como mostrado anteriormente, ainda permanece vigente. Com isso, é possível, em certa medida, regular o ciberespaço a partir da nacionalidade do usuário, pois esse aspecto tem como base um dos elementos essenciais da concepção clássica de soberania, isto é, o povo, que se forma, justamente, a partir da noção de nacional.

Além disso, enquanto Ávila (2014), Gatto (2008) e Franzese (2009) recomendam a existência de uma entidade internacional que promova a governança do mundo digital com poder superior aos demais Estados e concentrando suas soberanias, Lessig (2006) apresenta a ideia de uma convenção multilateral realizada pelos próprios Estados que, apesar de impossibilitar a existência de um consenso total, como visto previamente, pode permitir consensos parciais a partir de acordos entre duas ou mais nações ou dentro de blocos e, conseqüentemente, uma regulação em menor escala, como aconteceu em 2018 na União Europeia por meio do Regulamento Geral de Proteção de Dados, que legisla sobre a conduta das empresas no que diz respeito à coleta de dados pessoais dentro do território europeu.

É nesse contexto que se pode considerar o modelo de Lessig (2006) como paliativo até a criação de um modelo de soberania que permita o seu exercício pleno do ciberespaço e, conseqüentemente, garanta sua regulação. Isso acontece, pois, apesar de apresentar alguns problemas das propostas anteriores, a sugestão de Lessig, partindo da soberania estatal, permite a resolução parcial das dificuldades encontradas, o que ameniza as complicações trazidas pela insegurança e imprevisibilidade jurídicas do ambiente *on-line* causadas pela ausência de uma noção suficiente de poder soberano para esse domínio, ainda que não as resolvam de forma completa.

5 CONCLUSÃO

A noção tradicional de soberania a considera um poder coercitivo, de exercício exclusivo, permanente e intrínseco ao Estado, que impõe um determinado ordenamento jurídico em certo território que contém uma população. Esse poder existe de forma única, não podendo ser executado de modo fracionado, e o Estado não pode transferi-lo a outrem, uma vez que o próprio Estado deixa de existir na ausência de soberania. Além disso, esse poderio de imposição interno é reconhecido e respeitado internacionalmente, não existindo nenhum poder superior que se sobreponha à soberania estatal.

Esse entendimento entra em crise com o desenvolvimento da globalização, uma vez que, ao permitir o contato entre sujeitos de nacionalidades distintas, ela prejudica a delimitação do território, um dos aspectos elementares da concepção clássica de soberania. Além disso, a população, outro componente importante, amplia-se e passa a abarcar pessoas de origem variada, o que dificulta a aplicação do direito nacional em relação a uma comunidade que se torna multinacional.

A crise trazida pela globalização aprofunda-se com o advento do ciberespaço, que não tem limites físicos bem-delineados. Sua abrangência mundial cria uma comunidade internacional que, abarcando múltiplas nacionalidades, extrapola barreiras geográficas e os ordenamentos jurídicos nacionais, o que impede que uma única entidade estatal possa controlá-la. Além disso, a ausência de um organismo uno e próprio que tenha competência para regular essa realidade, faz com que os Estados, mesmo diante de usuários de nacionalidades diversas, tentem controlar esse universo de acordo com seus regimentos internos, que, se baseando em um conceito tradicional de soberania, impossibilita soluções satisfatórias para os conflitos que se formam nesse ambiente e que demandam outros modos de exercício de poder soberano.

Diante dessa realidade, vários autores propuseram novas concepções de soberania para que ela se adeque ao mundo *on-line*. Franzese (2009) ressalta a importância da prática soberana para que o ciberespaço exista e funcione de maneira adequada, e traz a necessidade de consenso entre os atores internacionais para que isso aconteça. Ávila (2014), por sua vez, traz a noção de uma soberania compartilhada, divisível e alienável, que se exerce por meio de uma entidade internacional que possa, assim, regular o ambiente digital. Gatto (2008), além de corroborar com a visão de Ávila, ressalta a necessidade de consenso para que o organismo internacional possa exercer a governança do ciberespaço.

De fato, o ambiente digital precisa de soberania para que possa funcionar protegido pela segurança jurídica. Não há, no entanto, como corroborar os novos modelos de exercício de soberania propostos, uma vez que eles não se sustentam por colocar em xeque aspectos elementares da própria soberania. Além disso, a dificuldade de formação, manutenção e execução de acordos entre as nações sobre pontos que devem nortear a regulação do ciberespaço, torna a solução consensual inviável.

Pelo fato de o Estado ser o único e verdadeiro detentor de soberania, as decisões dos organismos internacionais não são dotadas de coercibilidade e, por isso, são obedecidas ou não, pelos Estados, de forma voluntária. Esta mesma lógica seria aplicada às entidades internacionais de regulação do ciberespaço, que não seriam capazes de impor suas normas aos seus membros que, por apresentarem maior poder, poderiam obedecê-las ou não.

Por outro lado, o consenso entre as nações a respeito de pontos cruciais para a governança do ambiente *on-line* tem se mostrado difícil de obter. Aspectos como a neutralidade, a vigilância em massa e a privacidade, são alvos de divergências entre os países que se tornaram transparentes em eventos como o NETmundial de 2014. Essas discordâncias dificultam a criação de normas que possam ser empregadas de forma universal em questões transnacionais que surgem nesse espaço.

Diante dos problemas apresentados, outras propostas são desenvolvidas na tentativa de trazer alternativas para o controle do ciberespaço. Uma delas foi criada por Lessig (1006), que sugere a identificação da nacionalidade do usuário do mundo *on-line* para que se aplique a jurisdição correspondente e não a do espaço geográfico a partir do qual ele acessa o ciberespaço. Isso aconteceria a partir de uma convenção entre os países em que cada um determinaria as regras a serem impostas para os seus nacionais por parte das outras nações.

Mesmo, entretanto, não se preocupando em desenvolver uma nova concepção de soberania para o ambiente *on-line*, partindo, igualmente, da ideia de soberania centrada no Estado, a ideia de Lessig enfrenta problemas semelhantes aos apontados nas propostas de Franzese, Gatto e Ávila. A obediência de normas alheias às produzidas pelo próprio Estado depende de um voluntarismo, o que permite tanto a aceitação quanto a não aceitação. Além disso, os países poderiam considerar a imposição de normas de outras nações dentro de seu território como uma afronta à sua soberania.

Apesar dos questionamentos a respeito da proposta de Lessig, até a criação de um modelo de soberania que permita o seu exercício pleno do ciberespaço, ela pode servir de paliativo para mitigar problemas de imprevisibilidade e insegurança jurídicas no mundo digital; isso porque o modelo deste autor tem como base a soberania estatal que, apesar de enfraquecida com o advento da globalização, ainda se aplica na realidade atual, o que permite uma regulação provisória a partir da nacionalidade do usuário, tendo como elemento-chave a noção de povo. Além disso, a proposta de Lessig (2006) possibilita acordos multilaterais entre Estados que não precisam, necessariamente, envolver a totalidade das nações, o que pode proporcionar consensos parciais e, conseqüentemente, uma regulação do mundo digital em pequena escala.

Mesmo com essa medida paliativa, é imprescindível a realização de esforços no intuito de se buscar novas alternativas de controle e regulação de uma realidade que avança a proporções geométricas e que se torna cada vez mais presente no cotidiano e nas relações humanas.

6 REFERÊNCIAS

ANG, P. H.; PANG, N. Globalization of the internet, sovereignty or democracy: the trilemma of the internet governance forum. *Revue Française d'études américaines*, Paris, n. 134, p. 114-127, abr. 2012. Available from: <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-etudes-americaines-2012-4-page-114.htm>. Cited: 11 jun. 2018.

ÁVILA, R. O. *Regimes internacionais e poder informacional: o caso da Netmundial*. 2014. Tese (Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação) – Universidade Federal de Minas Gerais, , 2014. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9RFJG5/tese_para_impress_o_a_partir_p_g_5.pdf?sequence=1. Acesso em: 3 jan. 2018.

- BARROS-PLATIAU, A. *Novos atores, governança global e o direito internacional ambiental*. In: COLÓQUIO DO CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL DA UNIVERSIDADE DE PARIS, 10., 2001, França. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31997-37543-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.
- BRASIL. Lei nº 12 965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 7 jun. 2018.
- DALLARI, D. A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- DEPARTAMENTO DE DEFESA DOS ESTADOS UNIDOS. *DOD Dictionary of Military and Associated Terms*. Estados Unidos, 2017.
- DWORKIN, G. *The Theory and Practice of Autonomy*. New York: Cambridge University Press, 1988.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). Emenda constitucional n. 1, de 15 de dezembro de 1791. (*The Constitution of the United States*).
- “FIM” da neutralidade da rede começa a valer em abril nos EUA. *Portal G1*, São Paulo, 22 fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/fim-da-neutralidade-de-rede-comeca-a-valer-em-abril-nos-eua.ghtml>. Acesso em: 7 jun. 2018.
- FRANZESE, P. W. Sovereignty in cyberspace: can it exist? *Air Force Law Review*, v. 64, n. 1, p. 1-42, 2009. Available from: <https://www.law.upenn.edu/live/files/3473-franzese-p-sovereignty-in-cyberspace-can-it-exist>. Cited: 24 nov. 2017.
- GATTO, R. F. *O impacto da governança da internet sob o prisma da soberania*. 2008. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8130/1/Raquel%20Fortes%20Gatto.pdf>. Acesso em: 7 out. 2017.
- GOMES, H. Lei da União Europeia que protege dados pessoais entra em vigor e atinge todo o mundo; entenda. *Portal G1*, São Paulo, 25 maio 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/lei-da-uniao-europeia-que-protege-dados-pessoais-entra-em-vigor-e-atinge-todo-o-mundo-entenda.ghtml>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- JO, H. M.; SILVA SOBRINHO, M. Soberania no direito internacional: evolução ou revolução? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, p. 7-30, jun./set. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/975/R163-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 7 out. 2017.
- KRASNER, S. D. *Problematic Sovereignty: contested rules and political possibilities*. New York: Columbia University Press, 2001.
- LESSIG, L. *Code*. Nova York: Basic Books, 2006.
- LOCKE, J. *The Works of John Locke in Nine Volumes*. 12th ed. London: Rivington, 1824. V. 4. Available from: <http://oll.libertyfund.org/titles/763>. Cited: 1º ago. 2015.
- MCCARTHY, T. How Russia used social media to divide Americans. *The Guardian*, Londres, 14 out. 2017. Available from: <https://www.theguardian.com/us-news/2017/oct/14/russia-us-politics-social-media-facebook>. Cited: 15 jun. 2018.
- NETMUNDIAL. *Declaração multissetorial do NETmundial é apresentada*. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://netmundial.br/pt/2014/05/07/declaracao-multissetorial-do-netmundial-e-apresentada/>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- NOCE, U. A. *O (des) interesse público e a intervenção estatal na economia: uma análise sob a ótica da nova racionalidade neoliberal*. Belo Horizonte, 2018. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.
- O ESCÂNDALO da espionagem dos EUA. *O Globo*, Rio de Janeiro, 28 set. 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/o-escandalo-da-espionagem-dos-eua-10191175>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *A Carta das Nações Unidas*. São Francisco, 1945.
- PEDROSA, L.; MATSUKI, E. Entenda o caso Snowden: Petrobrás também é alvo de espionagem. *Portal EBC*, Brasília, 28 ago. 2013. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/tecnologia/2013/08/web-vigiada-entenda-as-denuncias-de-edward-snowden>. Acesso em: 7 jun. 2018.
- PLATIAU, A.; VIEIRA, P. A legalidade da intervenção preventiva e a Carta das Nações Unidas. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, 49, p. 179-193, 2006. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/358/35849110/>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- ROUSSEAU, J. *O contrato social*. Oeiras: Ad astra et ultra, 2010.
- RUDZIT, G. ONU, ordem internacional e terrorismo. *Revista de Economia e Relações Internacionais*, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 57-68, jul. 2005. Disponível em: http://www.faapec.edu.br/revista_faap/rel_internacionais/pdf/revista_economia_07.pdf#page=57. Acesso em: 28 maio 2018.
- SANTOS, V. W. O. Governança da internet no Brasil e no mundo: a disputa em torno do conceito de neutralidade da rede. *Revista ComCiência*, Campinas, n. 158, maio 2014. Disponível em: http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542014000400009&lng=pt&nrm=isso. Acesso em: 25 jun. 2018.
- VAINFAS, R. *et al. História: volume único*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- WU, T.; GOLDSMITH, J. *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*. New York: Oxford University Press, 2006. Available from: <http://cryptome.org/2013/01/aaron-swartz/Who-Controls-Net.pdf>. Cited: 7 out. 2017.

A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO NAS MENSALIDADES DOS PLANOS DE SAÚDE EM RAZÃO DA IDADE NA JURISPRUDÊNCIA REPETITIVA DO STJ (RESP 1.568.244/RJ)

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.34-48>

Recebido em: 10/11/2018

Modificações requeridas em: 10/5/2019

Aceito em: 18/5/2019

Dennis Verbicaro

Doutorado em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestrado em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Pará-UFPA e do Centro Universitário do Pará-Cesupa. Procurador do Estado do Pará, Advogado e Diretor do Brasilcon. Líder de grupo de pesquisa (CNPq): Consumo e Cidadania. dennis@gavl.com.br

Sergie Gerrits Arruda

Mestrando em Gestão pela Universidade de Coimbra, em Portugal. Membro do Departamento de Marketing e Comunicação da Júnior Empresa de Estudantes da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (Jee-feuc). Graduação/Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Pará (Ufpa). Advogado. Participou do programa de intercâmbio TOP China 2016 na Peking University, financiado pelo Santander Universidades, ocasião em que foi premiado entre as melhores apresentações. Contemplado com o Prêmio Edson Luís de Excelência e Mérito em 2016. Contemplado com bolsa de estudos do DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst) para realizar curso de inverno (Winterkurs) na Universidade de Duisburg-Essen, na Alemanha, em 2017. Possui experiência na área de Marketing, Business Intelligence e Línguas Estrangeiras. sergiearruda@gmail.com

RESUMO

O presente artigo, por meio do método dedutivo e de pesquisa teórica e jurisprudencial, pretende demonstrar que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do tema repetitivo 952 e com base no REsp 1.568.244/RJ, a pretexto de padronizar a interpretação judicial acerca dos reajustes abusivos nas mensalidades dos planos de saúde do idoso, importou em grave retrocesso à tutela do consumidor, na medida em que supervalorizou o vetusto princípio do *pacta sunt servanda* nas relações de consumo e, ainda, atribuiu autoridade decisória irrecorrível à Agência Nacional de Saúde quanto ao reajuste das mensalidades, deixando para uma improvável revisão judicial o conceito de onerosidade excessiva na análise do caso concreto. Conclui-se que o precedente em referência ignora a condição de hipervulnerabilidade do consumidor idoso, favorecendo a transferência do risco da atividade econômica das Administradoras de Planos para a parte mais fraca na relação de consumo, comprometendo o próprio acesso à saúde.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Hipervulnerabilidade do idoso. Planos de saúde. REsp 1.568.244/RJ. Superior Tribunal de Justiça.

THE HYPERVULNERABILITY OF ELDERLY CONSUMER IN THE MONTHLY PAYMENT OF THE HEALTH PLANS IN REASON OF THE AGE IN THE REPETITIVE JURISPRUDENCE BY STJ (RESP 1.568.244/RJ)

ABSTRACT

This article, through the inductive method and theoretical and jurisprudential research, intends to demonstrate that the decision of the Superior Court of Law, in the judgement of the repetitive theme 952 and based on the REsp 1.568.244/RJ, under the pretext of standardizing the judicial interpretation about the abusive readjustments of the monthly payment of elderlies' health insurances, resulted in a severe regression in consumer protection, in so far as it overvalued the old principle of *pacta sunt servanda* in consumer relations and, moreover, provided unappealable decision-making authority to the National Health Agency regarding the readjustment of monthly fees, leaving to an unlikely judicial review the concept of excessive onerosity in the analysis of the concrete case. It is concluded that the mentioned decision ignores the condition of hypervulnerability of the elderly consumer, favoring the transfer of the risk of the economic activity of the Health Plans to the weaker part in the consumption relation, compromising the own access to health.

Keywords: Consumer law. Hypervulnerability of the elderly. Health Plans. REsp 1,568,244 / RJ. Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Novos paradigmas do direito privado. 3 A tutela do consumo e políticas de igualdade. 4 A hipervulnerabilidade da pessoa idosa. 5 A tutela jurídica dos planos de saúde no Brasil. 6 Uma análise reflexiva acerca dos impactos jurídicos do julgamento do Recurso especial repetitivo (REsp 1.568.244/RJ) pelo STJ acerca da elevação das mensalidades dos planos de saúde em razão da faixa etária. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito do consumidor contemporâneo é fruto das rápidas transformações sociais e econômicas dos tempos atuais, tempos estes marcados também pelo consumo predatório, transferência do risco empresarial aos vulneráveis e o crescente abstencionismo estatal. Tem-se atualmente verdadeiro momento de mudanças na tutela jurídica dos bens considerados importantes em cada sociedade. Em outras palavras, identifica-se um preocupante retrocesso em relação às grandes conquistas consumeristas de décadas atrás.

O pós-guerra do século passado resultou em maiores preocupações com o ser humano e na alteração de como o direito enxerga o homem. É nesse contexto que os principais ramos do direito passam a ser observados por uma perspectiva que valoriza menos aspectos materiais e mais as pessoas, buscando proteger o ser humano com base no princípio denominado dignidade da pessoa humana e tentando, desta forma, diluir a existência da indústria de danos presente (MORAES, 2003, p. 64-68).

Tal princípio ensejou maior cuidado com o ser humano nas relações jurídicas e passou a ser fundamento do ordenamento jurídico de diversos países, incluindo-se aí o Brasil, conforme preceitua o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, por conta de sua maior preocupação com os princípios fundamentais espalhados ao longo de seu texto e com maior destaque em seus primeiros títulos.

Esta premissa é exatamente o que norteou o direito do consumidor na forma como foi concebido no ordenamento jurídico brasileiro, objetivando promover, de forma eficaz, a tutela do consumidor, parte vulnerável da relação de consumo, ante as inúmeras práticas lesivas e demais abusos praticados pelos agentes econômicos, a partir de uma lógica de desigualdades jurídicas de tratamento.

Neste particular, o movimento consumerista apresentou-se como uma espécie de contrapoder em relação aos agentes econômicos do mercado, sobretudo nos países com elevado grau de desenvolvimento. O crescimento da produção, associado ao aumento da renda, fez com que se elevasse a capacidade de compra do cidadão. A despersonalização da atividade empresarial e a massificação do comércio, sobretudo no âmbito eletrônico, assim como a inserção das técnicas de convencimento publicitário e o marketing, favoreceram o surgimento de uma espécie de consciência defensiva perante os abusos do mercado.

Ademais, as exigências de segurança, boa-fé objetiva e transparência nas relações de consumo em meio a produtos e serviços com elevado grau de sofisticação, num mercado repleto de opções e informações deficientes, impuseram ao Estado e ao direito a criação de desigualdades jurídicas de tratamento, para amenizar as desigualdades fáticas do plano econômico entre consumidor e empresário.

Compreendeu-se que, ao exigir mais dos fornecedores quanto à qualidade e segurança dos bens de consumo, se estava favorecendo a própria profissionalização do mercado, elevando padrões de qualidade e garantindo melhores condições de competitividade, ou seja, todos ganhavam com o reconhecimento jurídico da nova categoria: o consumidor. Isso, mais tarde, visto sob uma perspectiva transindividual, consolidou a tutela dos interesses pertencentes a toda a coletividade.

A tutela jurídica dos interesses do consumidor no Brasil, portanto, expressou o rompimento com toda a tradição individualista do direito privado, ilustrou o compartilhamento da autoridade estatal com a sociedade civil, por meios da abertura e do estímulo à ocupação dos novos espaços políticos de deliberação, como também tentou reposicionar a liberdade decisória da coletividade de consumidores em relação aos detentores dos meios de produção, seja mediante a difusão de novos deveres éticos aos fornecedores de produtos e serviços, ou da menor influência sofrida pela indústria cultural (massificada pelas mídias e que corrói a identidade autônoma do sujeito), a partir dos instrumentos de proteção jurídico-políticos previstos na legislação. Isso tudo gerou um ciclo virtuoso de proteção jurídica do consumidor como categoria política, ou seja, o fortalecimento jurídico-político do consumidor fomentou a construção de um modelo mais amplo de cidadania numa democracia participativa.

Observa-se, entretanto, uma preocupante mudança de rumo, pois vive-se em tempos sombrios no âmbito das relações de consumo, posto que a precarização da tutela jurisdicional vem comprometendo a confiança no Judiciário e, ao mesmo tempo, passa a mensagem perigosa ao segmento empresarial de que compensa agir na infralegalidade, até porque o próprio Estado-Administração, em sua função regulatória dos serviços públicos, há muito, deixou de ser um mediador responsável no mercado de consumo, sobretudo no âmbito da saúde suplementar.

Outrossim, nota-se que certos grupos da sociedade ocupam posição de vulnerabilidade agravada nas relações de consumo, também denominada de hipervulnerabilidade. Nesse sentido, o presente artigo busca estudar a posição jurídica do consumidor idoso e o reconhecimento de sua hipervulnerabilidade quando da utilização de planos de saúde, objetivando identificar em que nível o desequilíbrio entre as partes contratantes deste serviço pode resultar no aprofundamento do abismo econômico entre os sujeitos.

Um Estado liberal e abstencionista não reconhece nitidamente todas as categorias sociais, principalmente aquelas com maior grau de debilidade econômica, por exemplo, os trabalhadores e os portadores de necessidades especiais, tampouco o consumidor, ainda mais quando idoso. Como também dependem das pretensas virtudes da representação política e como essa habitualmente despreza a minoria, as categorias citadas ficarão à margem de um reconhecimento mínimo quanto à sua expressão e direitos, mas, muitas vezes, por também se iludirem em relação à pseudoigualdade propagada, não percebem tal distorção no modelo democrático, muito menos se sentem impelidos a exigir mudanças.

O direito, sob o viés regulatório, é nitidamente individualista e, por supervalorizar a vontade como principal fonte obrigacional, não é capaz de reconhecer no plano normativo as desigualdades econômicas e sociais que impedem a manifestação de vontade verdadeiramente livre do consumidor, do trabalhador e de outras categorias marginais, que, em razão da coação econômica que sofrem, muito facilmente renunciam aos seus direitos mais básicos, sobretudo àqueles que guardam pertinência com sua dignidade e incolumidade.

Nesse sentido, para justificar a necessidade de mudança no perfil do direito, será preciso rever o conceito de coação econômica para incluir a exploração da vontade daquele que se encontra numa situação de vulnerabilidade e hipossuficiência e que, em razão de uma inexorável necessidade básica, se vê obrigado a ceder em suas expectativas, interesses e direitos para satisfazê-la e, o que é pior, sob o manto de uma pretensa legitimidade jurídica.

O presente artigo pretende demonstrar, usando o método indutivo e de pesquisa teórica e jurisprudencial, que a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do tema repetitivo 952 e com base no REsp 1.568.244/RJ, a pretexto de padronizar a interpretação judicial acerca dos reajustes abusivos nas mensalidades dos planos de saúde do idoso, importou em grave retrocesso à tutela do consumidor, na medida em que convalidou o vetusto princípio do *pacta sunt servanda* nas relações de consumo e, ainda, atribuiu autoridade decisória irrecorrível à Agência Nacional de Saúde (ANS) quanto ao reajuste das mensalidades, deixando para uma improvável revisão judicial o conceito de onerosidade excessiva na análise do caso concreto.

Para se alcançar a conclusão supra, o artigo foi dividido em sete capítulos, incluindo-se a introdução e a conclusão. No segundo capítulo é apresentada a transição de paradigmas no âmbito do direito privado, sobretudo pela assimilação de bases mais solidárias, em que haveria uma maior valorização do homem em substituição ao viés patrimonialista. No terceiro capítulo se falará da tutela normativa do consumidor e das diferentes acepções do princípio da igualdade nas relações de consumo, sobretudo da vedação ao tratamento discriminatório em relação ao idoso. No quarto capítulo será desenvolvida a ideia de hipervulnerabilidade (vulnerabilidade agravada) do idoso, a justificar uma proteção jurídica especial em seu favor. No quinto capítulo abordar-se-á o regramento dos planos de saúde no Brasil. No sexto capítulo serão analisados os impactos da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do REsp 1.568.244/RJ atinente aos critérios de reajuste nas mensalidades dos planos de saúde, em especial em relação ao consumidor idoso.

2 NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PRIVADO

A mudança no foco do direito em âmbito constitucional, que passou a cuidar mais da pessoa em detrimento dos bens, provocou notáveis reflexos no direito privado, agora influenciado por doutrinas derivadas de uma nova ótica que se centra na figura do ser humano, a qual busca na Constituição balizas e respostas para seus problemas (TEPEDINO, 2005, p. 2). Tal fato implicou uma poderosa mudança paradigmática no direito privado e em seus mais variados institutos.

O Código Civil de Beviláqua, de viés liberal-individualista, não mais era capaz de satisfazer os anseios de uma sociedade que almejava por proteção, sobretudo de um Estado que prometia bem-estar social e um maior comprometimento com políticas de igualdade e solidariedade, o que repercutiu numa feição mais plural do direito. Tal contexto foi justamente o que engendrou o paradigma contemporâneo do direito privado, calcado na tutela do ser humano, pelo humano e para o humano.

Chaves de Farias, Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 4-10) são claros ao denotar que os avanços sociais geraram uma verdadeira sociedade de risco, marcada por profundas incertezas, e, para conferir adequada proteção aos direitos de uma sociedade de risco, faz-se necessária uma responsabilidade civil que responda satisfatoriamente para esses novos riscos.

Nesse sentido, seriam princípios da responsabilidade civil: a Dignidade da Pessoa Humana, a solidariedade, a prevenção e a reparação integral. Em outras palavras, a responsabilidade civil contemporânea deve prezar pela resolução dos conflitos de modo que os direitos possuam uma ampla e completa tutela e a pessoa humana seja priorizada, prezando-se por políticas que assegurem a dissuasão e previnam a ocorrência de práticas lesivas aos mais diferentes bem jurídicos, buscando um direito privado solidário e sensível aos direitos, principalmente dos mais vulneráveis (CHAVES DE FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 16-31).

Na mesma linha de pensamento, Schreiber (2013, p. 227-229) reconhece o debate atual sobre prevenção e precaução na responsabilidade civil, pois tem-se que a ideia de evitar o dano gradativamente toma o lugar da ideia de repará-lo. Assim, a função clássica de compensação passa a perder o foco, deixando a clássica responsabilidade individualista de lado para se adotar uma responsabilidade social, calcada, sobretudo, na ideia de solidariedade. Para Cavalieri Filho (2012, p. 511),

A responsabilidade civil nas relações de consumo é a última etapa dessa longa evolução da responsabilidade civil. Para enfrentar a nova realidade decorrente da Revolução Industrial e do desenvolvimento tecnológico e científico, o Código do Consumidor engendrou um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revelara-se insuficiente para proteger o consumidor.

Foi como resposta a essas mudanças que o direito positivo empenhou esforços para se adequar, e é com base nestes ideais que as legislações de direito privado modernas surgem, como o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. Vive-se um momento em que se reconhece um verdadeiro direito civil-constitucional, pois a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganha amplo relevo e seus princípios passam a permear as relações privadas.

A Constituição Federal de 1988, em vários dos seus artigos, trouxe as primeiras regras de proteção ao consumidor. São eles: artigo 5º, inciso XXXII,¹ artigo 24, VIII,² artigo 150, § 5º,³ artigo 170, inciso V⁴ e artigo 175, parágrafo único, II⁵. Todas essas normas têm seu grau de relevância para a tutela consumerista, porém as que têm maior e mais direta inflexão sobre o fenômeno são os artigos 5º, XXXII e 170, V, porque são as normas de natureza principiológica. No primeiro caso, tem-se a proteção do consumidor como um dos direitos fundamentais do indivíduo. Já no capítulo da ordem econômica, vê-se a preocupação com o consumidor equiparada a outros princípios, como a livre-iniciativa e a livre-concorrência, na mesma condição de base fundamental dessa organização normativa.

¹ “Art. 5º[...]”

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do *consumidor*.”

² “Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao *consumidor*, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico e paisagístico; [...]” (grifo nosso).

³ “Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

§5º A lei determinará medidas para que os *consumidores* sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.”

⁴ “Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V – defesa do *consumidor*.” (grifo nosso).

⁵ “Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

[...]

II – os direitos dos usuários;”

Tem-se, portanto, o enquadramento da proteção do consumidor em duas situações diferenciadas: uma com a proteção individual e coletiva do consumidor, enquanto direito fundamental, e outra como um dos alicerces da própria ordem econômica. Neste particular, emerge uma indagação: Como é possível compatibilizar a proteção do consumidor com a livre-iniciativa, pois ambos têm a mesma hierarquia, estão enquadrados no mesmo dispositivo constitucional (art. 170), mas possuem conteúdos normativos aparentemente antagônicos?

A partir do momento em que o direito do consumidor consegue compatibilizar esses dois princípios, o legislador infraconstitucional se sentirá à vontade para criar um código, sistematizando toda essa proteção, surgindo, então, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/1990. Nesse sentido, é possível afirmar que o CDC surge a partir de uma necessidade de pragmatização dessa principiologia constitucional. Construiu-se, portanto, um direito privado solidário, empático e preocupado com as questões que podem impactar as camadas sociais, noção bem-desenvolvida pelo direito germânico com o termo *solidarprivatrecht*, ideal que deve acompanhar o direito privado em todos seus desdobramentos (MUCELIN, 2016, p. 137).

O comportamento errático do Estado na consecução das políticas públicas de proteção do consumidor e a postura desumanizada do Judiciário numa crescente banalização das pretensões consumeristas, entretanto, sinalizam no sentido inverso: de precarização da tutela jurídica do consumidor e num maior nível de indiferença em relação aos grupos hipervulneráveis, como o idoso, a despeito de sua dupla proteção pelo CDC e pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), conforme se verificou no julgamento do Recurso Especial (REsp 1.568.244/RJ).

3 A TUTELA DO CONSUMO E POLÍTICAS DE IGUALDADE

Conforme demonstrado supra, a proteção jurídica diferenciada do consumidor pauta-se justamente na relativização do princípio da igualdade e na necessária criação das desigualdades jurídicas de tratamento em razão de sua vulnerabilidade econômica ante os detentores dos meios de produção. Surge, também, como resposta aos novos paradigmas do direito privado, de modo a salvaguardar especificamente os direitos oriundos de uma sociedade assediada por um modelo de consumo predatório e insustentável.

A sociedade consumerista atual é fruto do largo desenvolvimento tecnológico dos meios de produção, transporte e comunicação, os quais possibilitaram a redução das fronteiras e a fruição da atividade comercial numa perspectiva transnacional. Consequentemente, o consumo também se tornou um meio pelo qual o risco da atividade econômica se propaga e, muitas vezes, é revertido em desfavor do consumidor.

Assim, o grande estímulo ao consumo desenfreado e o crescimento desregulado do capitalismo ensejou uma grande quantidade de danos dentro da sociedade, um fato jurídico sobre o qual o Direito não poderia se quedar inerte.

Com efeito, este panorama de consumo em escala global e indústria cultural dá azo a um cenário marcado pela figura do consumidor-comunidade global, caracterizando uma cultura do consumo que rompe os limites geográficos e dita os modelos estéticos e de comportamento em uma vasta gama de países, por mais diferentes que sejam histórica e economicamente.

O enraizamento do fenômeno é forte a ponto de influenciar a própria cultura de grupos sociais, estabelecendo hábitos e estimulando comportamentos, fenômeno esse particularmente visível ao se analisar o papel das tecnologias de comunicação na sociedade, quando o consumo de certos itens se torna um fator de interação e inclusão social, fazendo com que o indivíduo busque o reconhecimento e a inserção em um certo grupo por meio de determinadas formas de consumo que caracterizam o sentimento de pertencimento deste grupo (SOMMER, 2007, p. 17-18). A resposta dos Estados às práticas abusivas torna-se eficaz na medida em que a noção de solidariedade é incorporada aos institutos jurídicos.

A indústria cultural emerge do desenvolvimento de mecanismos de controle das consciências individuais e coletivas, exercidos pelos meios de comunicação em massa, tais como rádios, televisão, cinema, jornais, revistas, etc., os quais não se preocupam em reproduzir fidedignamente a cultura espontânea produzida na sociedade, mas, sim, padronizar e adaptar as massas aos valores capitalistas de consumo, criando, de for-

ma explícita ou subliminar, necessidades de consumo crescentes, por meio de um aprimorado processo de racionalização dos meios de produção, padronização, difusão e divulgação de bens de consumo como produtos culturais.

Revela-se como inegável, também, o fato de que o comércio em escala mundial se despersonalizou e os grandes grupos econômicos multinacionais desenvolveram melhores ferramentas para forjar necessidades de consumo globais, ou seja, para estimular e vincular psicologicamente o consumidor a adquirir novos bens de consumo, financiam uma indústria cultural concebida para moldar os gostos, predileções, senso estético e, por que não dizer, o “modelo ideal de qualidade de vida e realização pessoal” do consumidor para o mundo globalizado, habilidade essa tão bem desenvolvida que o grau de penetração dessa abordagem transnacional não discrimina países ocidentais de orientais, desenvolvidos de subdesenvolvidos, de economia liberal de intervencionistas, produzindo um diálogo universal em relação a todos. Daí exsurge a identidade fática desse novo conceito, pois toda a coletividade, mundialmente considerada, estará exposta, por intermédio do mesmo *marketing*, a iguais bens de consumo, nem sempre adequados, nem sempre seguros ou nem sempre vendidos em condições transparentes e equitativas ao consumidor.

A imposição de padrões culturais com forte apelo consumista em escala global é consequência lógica do advento da técnica na ciência moderna, uma vez que o desenvolvimento tecnológico trouxe a reboque a ruína progressiva da cultura teórica e da autorreflexão do pensamento, a autodestruição do esclarecimento e a consequente massificação de comportamentos de consumo erráticos e padronizados.

Modelos de consumo são apresentados no mercado a pretexto de representarem os reais anseios do grupo, mas que, na verdade, se justificam pela maior probabilidade de lucro e sucesso de vendas, jamais pela qualidade intrínseca do bem em seu valor funcional, segurança ou singularidade (SOMMER, 2007, p. 79-82).

Com o intuito de resolver a situação, os diplomas legais consumeristas, com amparo maior no texto constitucional vigente, buscam estipular medidas adequadas para tutelar o consumo e garantir ao mesmo tempo o exercício da atividade econômica e livre-iniciativa, tentando encontrar o equilíbrio com a proteção ao consumidor por meio de medidas restritivas e protecionistas.

Neste sentido, a Constituição Federal conferiu proteção particular aos direitos do consumidor, observados principalmente nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, os quais, sendo normas principiológicas, estipulam a defesa do consumidor como direito fundamental do indivíduo e fundamento da ordem econômica, respectivamente. Embora os interesses econômicos e sociais possam acabar por se antagonizarem em diversos momentos, o encontro devido do equilíbrio é fundamental e deve ser alvo do direito do consumidor, uma vez que tais interesses são considerados relevantes no ordenamento jurídico brasileiro (VERBICARO, 2009, p. 80-82).

O legislador brasileiro foi muito feliz ao elaborar um Código bastante analítico, ou seja, trata-se de uma lei que não se limita apenas a estabelecer normas de conduta. É uma norma que também forma princípios, conceitos e permite a fácil identificação dos elementos da relação jurídica de consumo, justamente para garantir sua maior amplitude e consequente eficácia social.

Caso fosse diferente, se o Código não estabelecesse quem seria o consumidor ou o fornecedor, ficaria muito mais fácil para este último criar mecanismos de exoneração ou limitação de responsabilidade, como também obstáculos ao seu enquadramento como tal. Nesse sentido, com a redação clara dada pelo CDC, essas dúvidas desaparecem. É certo que a função de um Código não é conceituar, mas o legislador brasileiro buscou essa conceituação, justamente para garantir a melhor eficácia da tutela em sua maior amplitude.

O poder de vinculação de uma norma de direito do consumidor é um dos mais contundentes, levando-se em conta que intervém na relação jurídica de que faz parte uma categoria específica, merecedora de tratamento jurídico diferenciado, apresentando uma validade cogente, que a faz prevalecer em relação às demais normas do sistema pelo próprio critério da *lex specialis* na solução de eventuais antinomias, até porque também há alicerce constitucional nessa tutela.

Destarte, quando se fala de consumidor, a primeira característica a se revelar no conceito é a vulnerabilidade, então entendida como uma presunção absoluta inerente a todo e qualquer consumidor, pautada na ideia de inferioridade econômica em relação ao fornecedor, por não dispor do controle dos meios de produção.

Alguns consumidores, além da vulnerabilidade, têm a hipossuficiência como característica, razão pela qual esta será entendida como um conceito relativo, na medida em que vai legitimar tratamento processual distinto em favor destes face a face com os fornecedores. Além do direito material, que já é especialmente prolífero em benefícios, há também uma proteção formal para garantir que esse direito material seja instrumentalizado por meio de um processo equilibrado e que democratize o acesso à justiça.

Não se pode perder de vista que, ao contrário do consumidor, o fornecedor é um litigante contumaz, que já está habituado a criar obstáculos processuais que inviabilizem e retardem a discussão judicial do conflito. Essa hipossuficiência, contudo, não se confunde com o caráter instrumental do processo, que vai estar presente em toda e qualquer relação de consumo, seja o consumidor hipossuficiente ou não, embora com tal instrumentalidade se relacione, na medida em que ambos buscarão a entrega da prestação jurisdicional de uma maneira célere e satisfatória ao consumidor.

O legislador brasileiro não se limitou a apresentar um único conceito de consumidor. A lei traz expressamente quatro, a saber: artigo 2º, *caput* (destinatário final), artigo 2º, parágrafo único (coletividade que haja intervindo nas relações de consumo e controle coletivo concreto), artigo 17 (vítima do evento/*bystander*) e artigo 29 (coletividade exposta às práticas empresariais abusivas). Esses conceitos vão englobar tanto pessoas físicas quanto jurídicas, disciplinando a relação jurídica do ponto de vista individual ou do ponto de vista coletivo, seja concreto, ou, até mesmo, abstrato, porque serão contemplados os direitos coletivos *stricto sensu*, individuais, homogêneos, difusos e há, inclusive, um conceito transnacional: consumidor comunidade-global. Tais conceitos favorecem a perfeita identificação, numa determinada relação jurídica, se determinada empresa, ou determinado indivíduo, poderá ou não utilizar o CDC para defender os seus interesses.

Como antecipado supra, haverá uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, atributo fundamental para a análise do problema discutido, sobretudo da promoção da igualdade, pois é o ponto de partida do tema e é precisamente de onde se irradiam muitos dos institutos do direito do consumidor.

Trata-se de presunção *jure et de jure*, ou seja, absoluta, de que o consumidor não dispõe de igualdade ao tratar com o fornecedor, uma vez que este último dispõe usualmente de grandes aparatos e meios financeiros, técnicos e jurídicos que o põem em posição de superioridade para resolver seus problemas, principalmente nos dias atuais, uma vez que existem empresas com tamanho poder que transcendem continentes e são mais poderosas que alguns Estados. Isso se evidencia claramente com a elaboração de contratos de adesão, quando o consumidor não discute suas cláusulas, cabendo apenas sua aceitação, ou, ainda, em matéria probatória sobre certos assuntos, pois resta evidente que são inúmeras as situações em que apenas a empresa possui condições de demonstrar determinados fatos (MUCELIN, 2016, p. 133-134).

No permanente processo de aprimoramento do direito do consumidor, identificou-se determinados grupos da sociedade em condição agravada de vulnerabilidade, condições peculiares que evidenciavam desvantagem acima da média por conta de características particulares intrínsecas, ou decorrentes de fatores extrínsecos.

No primeiro caso, é possível citar os idosos, as crianças, os deficientes, entre outros grupos, os quais se diferenciam pela presença de características intrínsecas, como a fragilidade física, emocional, desenvolvimento mental ou cognitivo incompleto, etc. No caso de fatores extrínsecos, tem-se a mulher como vítima do assédio discriminatório de gênero⁶ e o consumidor superendividado, ou mesmo a vulnerabilidade situacional do consumidor no âmbito do comércio eletrônico. A estes grupos atribuiu-se o termo hipervulnerabilidade, pois são consumidores que, pelas suas condições particulares, merecem tutela ainda mais diferenciada.

4 A HIPERVULNERABILIDADE DA PESSOA IDOSA

Dentro dos grupos de consumidores hipervulneráveis, merece especial atenção a figura do consumidor idoso. É fato indubitável que a condição de idoso é acompanhada de dificuldades no pleno exercício das faculdades, especialmente no que diz respeito às condições de saúde. A capacidade de raciocínio, locomoção,

⁶ Sobre o tema, sugere-se a leitura do artigo: VERBICARO, Dennis; ALCÂNTARA, Ana Beatriz. A percepção do sexismo face à cultura do consumo e a hipervulnerabilidade da mulher no âmbito do assédio discriminatório de gênero. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 11, n. 1, jan./jun. 2017.

labor e diversas outras são gradativamente afetadas pela inevitável degeneração causada pelo curso do tempo, fato jurídico a que todos estão sujeitos. Foi a partir dessas noções que surgiu o conceito de solidariedade intergeracional.

A proteção conferida ao idoso encontra vasta guarida no ordenamento jurídico nacional, ao iniciar pela Constituição Federal, segundo a qual, em seu título VIII, Capítulo VII, e em especial no artigo 230, determina que é dever da família, da sociedade e do Estado “amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. Com base neste norte, o Estatuto do Idoso surge como dispositivo legal para efetivar ainda mais os direitos da pessoa idosa.

Cabe destacar que um dos principais aspectos concernentes à vulnerabilidade do idoso é o aspecto psíquico. A indústria cultural desenvolveu-se de tal forma a criar um sistema nocivo de incentivo ao consumo desmedido, utilizando-se de artifícios, inclusive de natureza psicológica, para criar maior apelo a seus produtos e necessidades artificiais de consumo. Assim, a vulnerabilidade psíquica do idoso implica maior suscetibilidade aos apelos da indústria cultural, tornando-o mais vulnerável a comprar produtos, adquirir serviços, aderir a cláusulas que criam falsos benefícios, etc. (DIAS, 2015, p. 287-289). Todos estes fatos contribuem para outra dificuldade que assola a vida da pessoa idosa, que são as dificuldades financeiras e o superendividamento.

Tal análise torna-se particularmente importante quando se busca encontrar em que medida estes impactos econômicos podem se tornar juridicamente relevantes. Segundo dados do IBGE de 2015, nesse ano havia 29.374 idosos no país, o que representa 14,3% da população nacional, indicador que aponta um aumento de idosos, uma vez que em 2014 esses representavam 13,7%. A expressão de idosos no país pode ainda ser ressaltada com os dados da *World Health Organization (WHO)*, de 2016, a qual mostra que a expectativa de vida do brasileiro em 2015 foi de 75 anos de idade, denotando uma tendência de aumento.

Outros dados relevantes ao presente estudo dizem respeito aos aspectos financeiros dos idosos e seu papel atual no Brasil. Analisando a posição econômica do idoso, Santana e Lima (2012, p. 184-185), com apoio em diversos órgãos estatísticos, revelam que há um crescente papel do idoso como arrimo financeiro das famílias brasileiras, desempenhando atuação fundamental na renda familiar. De acordo com o estudo, em 2009 os idosos eram pessoas de referência no orçamento familiar em 64,1% dos domicílios em que residem. Prosseguem os autores com a análise de que o envelhecimento somente se torna fator relevante de afastamento da contribuição na renda familiar a partir dos 80 anos de idade. Areosa (2015, p. 174) ratifica o papel relevante da pessoa idosa nas finanças domésticas, destacando dados de que a proporção de famílias que possuem idosos como chefes e filhos morando juntos tem sido crescente, chegando a representar 45% em 2007.

Essa fragilidade financeira do idoso agrava sua vulnerabilidade diante de práticas abusivas e compromete a satisfação de suas necessidades existenciais. No Brasil, a pessoa idosa, diante das já apontadas formas de hipervulnerabilidade, é uma das principais vítimas do fenômeno do superendividamento, caracterizado pela impossibilidade de arcar com suas despesas atuais e futuras, gerando uma situação grave de inadimplemento, insolvência e uma sequência de dificuldades financeiras daí oriundas (FIGUEIREDO; SILVA JÚNIOR, 2012, p. 16-21). A partir deste ponto, inúmeras consequências, como o sentimento de vergonha e constrangimento, além das pressões familiares decorrentes do papel do idoso nas economias domésticas, geram um problema notório, situação agravada ainda pela dificuldade em lidar com os problemas inerentes à idade avançada.

A situação do consumidor idoso, portanto, é delicada e caracterizada por uma hipervulnerabilidade que precisa ser observada com cautela pelo Judiciário, sob risco de gerar fenômenos sociais com grandes repercussões negativas e danos em larga escala, sob a luz dos argumentos supraesposados.

5 A TUTELA JURÍDICA DOS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

Tecidas as considerações sobre a posição do idoso como indivíduo hipervulnerável nas relações de consumo em um contexto de direito privado solidário, passa-se a analisar a tutela normativa dos planos de saúde no Brasil.

Naturalmente, a idade avançada da pessoa idosa implica necessidade de maiores cuidados com sua saúde. Este é um período no ciclo da vida em que os componentes do corpo humano não mais desempenham suas funções como outrora, deixando o indivíduo fragilizado, com sua saúde muito mais sensível, motivo pelo qual a pessoa idosa passa a utilizar e depender de serviços de saúde mais do que em qualquer outro período da vida.

A tutela dos planos de saúde, contudo, frequentemente se mostra objeto de críticas e explicita uma falha a ser observada. Em estudo notável sobre a utilização de planos de saúde, Vieira Júnior (2013, p. 59-60) demonstra que, no período entre 2010 e 2012, na Região Sudeste do país, os índices de reclamações de planos de saúde são expressivamente maiores entre os beneficiários acima de 60 anos, chegando ao ponto de que o coeficiente de reclamações destes é quase o dobro em relação ao coeficiente dos que se encontram entre 20 e 59 anos de idade. Tais dados revelam a ideia de que a tutela do direito à saúde das pessoas idosas encontra dificuldades notórias no Brasil.

Ocorre ainda que a utilização destes serviços frequentemente se torna inviabilizada em razão da elevação abusiva dos valores de mensalidades de planos de saúde privados. Tem-se atualmente os direitos à vida, saúde, integridade psicofísica e outros direitos corolários como principais alicerces do direito solidário, o qual se busca atualmente, fato decorrente das evoluções históricas já apontadas. Nessa linha de pensamento, Branco (2009, p. 400) ensina que o direito à vida não compreende simplesmente o direito de viver, mas inclui o direito de viver dignamente, isto é, com todas as condições que permitam à pessoa em determinada sociedade exercer suas vontades e direitos, gozando de saúde, bem-estar e outras características necessárias para o bom desenvolvimento da vida, tudo de acordo com as peculiaridades desta sociedade. O autor (2009, p. 393) prossegue ainda com a ideia de que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.

Com base nessa ótica, entende-se que serviços de saúde privados, por tratarem de um aspecto tão fundamental que é a vida, jamais poderão se furtar de observar os preceitos sociais envolvidos em seu trabalho, ensejando sempre o cuidado apropriado com os direitos tutelados. Limita-se aqui a autonomia privada para se assegurar a efetivação do direito humano à vida. Este é o entendimento do artigo 51 e dispositivos seguintes do CDC, os quais determinam como nulas as cláusulas que impliquem prática abusiva e permitam a alteração unilateral de serviços.

A atuação do Judiciário demonstra-se fundamental para coibir a prática de atos ilícitos e garantir que um direito tão importante seja resguardado por meio do mais amplo leque de ferramentas possíveis, uma vez que outros órgãos, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que é responsável pela regulamentação do setor, já encontrou diversas falhas na matéria, como em casos de problemas de fiscalização (BRÊTAS, 2015; ANS, 2012), inadequação de medidas punitivas (PROTESTE, 2015), avaliações qualitativas falhas (CONSELHOS, 2012), entre outras.

O Judiciário, entretanto, não se preparou para a massificação das demandas de consumo, que são consequência natural da própria proliferação das práticas abusivas. As ações aventureiras são a exceção, mas tratadas como regra no processo de distanciamento do Estado jurisdicional em relação ao consumidor, agora visto como um litigante interesseiro,⁷ ou mera estatística de um julgamento desumanizado, e não como titular de direitos.

A fim de corroborar a afirmação supra, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emite um relatório anual sobre a atividade do Judiciário no Brasil: o relatório “Justiça em Números” (CNJ, 2016), dentre uma série de estatísticas analisadas e sistematizadas nos mais diversos níveis do Poder Judiciário brasileiro. Nesse contexto,

⁷ Sobre o preconceito sofrido pelo consumidor em suas demandas judiciais, vide: VERBICARO, Dennis; PENNA, João Vitor; LEAL, Pastora. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo judiciário brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 114, ano 26, p. 75-99, nov./dez. 2017.

exemplifica-se que as indenizações por dano moral no Direito do Consumidor correspondem ao quarto maior assunto em número de demandas em todo o Poder Judiciário brasileiro, correspondendo a 3,94% (1.667.654 de processos) de todos os processos ingressados no Poder Judiciário no ano de 2015.

Em que pese o crescimento dessas demandas, a resposta judicial tende a ser no sentido de aviltar as indenizações, ou mesmo ignorar a violação a bens jurídicos relevantes do consumidor sob o falso pretexto de se coibir a famigerada “indústria do dano moral”, fenômeno cuja inexistência se provou empiricamente a partir da pesquisa conduzida por Flavia Püschel (2011, p. 395), que concluiu:

Dentre as informações coletadas, constatou-se que as indenizações que ultrapassam o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) não passam de 3% de todos os casos coletados, tendência esta que se repete nos tribunais (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais) quando individualizados.

Interpretações pautadas no senso comum, exigências de produtividade e a falta de uma maior sensibilidade jurídica no julgamento das demandas de consumo, acabaram por desfigurar a atuação do Judiciário, precarizando o tratamento processual da parte vulnerável e, por consequência, menosprezando os bens jurídicos do consumidor, sobretudo quando identificada sua hipervulnerabilidade na dificuldade de fruição de serviços essenciais como aqueles prestados pelas administradoras de planos de saúde.

6 UMA ANÁLISE REFLEXIVA ACERCA DOS IMPACTOS JURÍDICOS DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO (RESP 1.568.244/RJ) PELO STJ ACERCA DA ELEVAÇÃO DAS MENSALIDADES DOS PLANOS DE SAÚDE EM RAZÃO DA FAIXA ETÁRIA

Com base na ótica até aqui exposta, o operador do direito deve ter cuidado ao analisar casos em que se depara com o aumento de valor de mensalidade em planos de saúde privados de idosos. O artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso, o qual veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, ensejou a criação de nova regulação acerca das faixas etárias nos planos por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar, inspirando sua Resolução Normativa 63/2003, que atualmente estipula a existência de 10 faixas etárias, sendo a maior a partir dos 59 anos, e determina algumas regras que acarretam aumentos desproporcionais, proibindo, assim, qualquer nova majoração a partir dos 60 anos.

Como observa Schmitt (2016, p. 1), o STJ possuía entendimentos amplamente divergentes, tanto no sentido de permitir quanto de negar a possibilidade de qualquer reajuste para os consumidores idosos, citando o REsp 809.329/RJ, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, entre os notáveis acórdãos que negavam a possibilidade de reajuste até mesmo de contratos anteriores ao Estatuto do Idoso. É importante salientar que a jurisprudência repudia também o aumento daqueles próximos de completar 60 anos, na faixa de 58 ou 59 anos (GALESCO, 2014, p. 1). Nessa mesma linha interpretativa, cite-se a Apelação Cível 2012213713/SE e o Agravo 3633816/PE.

Alguns julgados um pouco mais antigos são claros no que diz respeito à abusividade do reajuste de valor do plano em decorrência da mudança da faixa etária, citando, inclusive, posicionamento do STJ (BRASIL, 2011, grifo nosso):

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE PLANO DE SAÚDE – PRELIMINAR REJEITADA – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO – ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE – NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REAJUSTE DE VALORES DE PLANO DE SAÚDE EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA – APLICABILIDADE DO CDC, DA LEI 9.656/98 E DO ESTATUTO DO IDOSO – VEDADA A DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE – ABUSIVIDADE RECONHECIDA – PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CO-NHECIDO E IMPROVIDO (TJ-SE – AC: 2011214806 SE, Relator: DES. OSÓRIO DE ARAÚJO RAMOS FILHO, Data de Julgamento: 11/10/2011, 2ª CÂMARA CÍVEL).

A jurisprudência recente do STJ, entretanto, invertendo a perspectiva de julgamento até então construída, adotou perigosa linha de interpretação em desfavor do consumidor idoso.

A grande quantidade de recursos repetitivos versando sobre o assunto, levou ao tema repetitivo 952, com base no REsp 1.568.244/RJ,⁸ o qual buscou encerrar a discussão, decidindo no sentido de que é possível o referido aumento em planos de saúde individuais ou familiares desde que presentes três elementos: 1) previsão contratual; 2) observação das normas dos órgãos governamentais reguladores; 3) ausência de percentuais desarrazoados ou aleatórios que onerem excessivamente o consumidor e discriminem o idoso. Destaca-se que, apesar da tentativa do STJ de coibir reajustes abusivos, o caso em tela teve o reajuste de 88% considerado legítimo. Casos como o destacado devem estar acompanhados de cautela pelo motivo de que o aumento desarrazoado não resulta simplesmente no impedimento da fruição de um serviço dentro da relação consumerista, mas acarreta também no próprio impedimento ao exercício do direito fundamental à saúde do idoso, dada a natureza desta relação, o que inviabilizaria sua própria permanência no plano, sobretudo quando já houvera contribuído por toda a vida e agora dele mais precisasse. As ideias de onerosidade excessiva e desvantagem exagerada previstas no parágrafo 1º do artigo 51 do CDC são aqui evidenciadas.

⁸ EMENTA: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO. 1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma Documento: 66173014 – EMENTA/ACORDÃO – Site certificado – DJe: 19/12/2016 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998). 2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos. 3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde. 4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado). 5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção). 6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”, apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato. 7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais: a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS. b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos. c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas. 8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado. 9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença. 10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso. 11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de “cláusula de barreira” com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora. 12. Recurso especial não provido (BRASIL, 2016).

Em outras palavras, como o risco da administradora elevou-se em razão da idade, é chegada a hora de transferi-lo ao segurado por meio da elevação abusiva do valor da parcela e, caso não o suporte, poderá ser excluído da cobertura, até mesmo porque na análise da equação do custo e benefício sua permanência não seria mais interessante financeiramente para a administradora.

Em que pese a fundamentação do Superior Tribunal de Justiça no caso posto em tela, o precedente caracteriza grande risco ao consumidor idoso na medida em que a tênue linha do que é considerado “percentual desarrazoado ou aleatório” pode facilmente resultar em casos nos quais aumentos considerados legais acarretarão em desequilíbrios econômico-financeiros e inviabilizarão a manutenção do contrato, inviabilizando ainda o próprio direito à vida, conforme exposto alhures.

Por mais que se busque possibilitar o exercício da atividade empresarial, determinadas medidas, como os aumentos abusivos dos valores das mensalidades, vão de encontro à função social dos respectivos contratos de plano de saúde, apenas alimentando uma perversa lógica capitalista.

Ademais, a decisão em referência resgatou o vetusto princípio do *pacta sunt servanda* para a relação de consumo, subvertendo a premissa importante de que, na relação de consumo, a autonomia da vontade, sobretudo quando identificada a hipervulnerabilidade do segurado idoso nos contratos de planos de saúde, será sempre relativa, pelo reconhecimento da coação econômica do mesmo.

Da mesma forma, a decisão em comento convalidou uma espécie de autoridade decisória, quase que irrecorrível, da Agência Nacional de Saúde (ANS), que teria competência de avaliar os critérios de reajustamento dos planos de saúde por parte das operadoras privadas, deixando para uma pouco provável revisão judicial o reconhecimento de suposta onerosidade excessiva no caso concreto, subjetivando uma interpretação que deveria ser objetiva para o consumidor idoso em geral.

Não reconhecer a abusividade no aumento dos planos de saúde em razão da faixa etária pode significar também não reconhecer o direito à vida como valor sagrado no sistema jurídico e não conferir a proteção que necessita para coibir abusos e outras práticas nocivas.

Tais fatos levam à conclusão de que a decisão do STJ apresenta sério risco em termos de retrocesso jurisprudencial, pois tende a convalidar práticas empresariais dissonantes em relação aos ditames previstos no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Brasileira.

7 CONCLUSÃO

A decisão paradigmática do STJ no tema repetitivo 952, por meio do Acórdão proferido no REsp 1.568.244/RJ, seguiu na contramão do dirigismo contratual proposto pela Lei 8.078/90 (CDC), dando azo para a possível ocorrência de danos ao consumidor idoso, uma vez que sobrevalorizou a autonomia da vontade em detrimento do controle legal das cláusulas abusivas em contratos com administradoras de planos de saúde, que teriam maior liberdade no reajustamento das mensalidades conforme a variação da faixa etária do consumidor.

Outrossim, a decisão confere eficácia quase que absoluta às normas expedidas pela ANS quanto aos parâmetros técnicos para a aferição de eventual abusividade no aumento das mensalidades, enfraquecendo a possibilidade de discussão judicial de eventuais controvérsias.

Há um clima de desconfiança quanto à função mediadora do Estado no âmbito da Política Nacional das Relações de Consumo, pois tem dado claros sinais de que está num processo de distanciamento em relação ao consumidor,⁹ o que se comprova pela precarização da atuação administrativa das agências reguladoras, pela diminuição de suas competências, a influência política em decisões que deveriam se pautar exclusivamente por critérios técnicos, a falta de incentivos à atuação qualificada da sociedade civil na ocupação dos espaços políticos de deliberação, a fragmentação orçamentária dos órgãos de defesa do consumidor, etc.

⁹ Nesse particular, o atual diretor de Desenvolvimento setorial da ANS, Rodrigo Aguiar, em recente declaração em entrevista ao jornal “O Globo” (UOL, 2018), afirmou que a agência tem o dever de proteger o sistema de saúde, e não apenas o consumidor.

Conferir à Agência Nacional de Saúde (ANS) a prerrogativa de conduzir o debate jurídico qualificado quanto à avaliação da onerosidade excessiva dos planos de saúde, elevaria a desconfiança dos usuários do serviço, em especial dos consumidores idosos, reconhecidos como hipervulneráveis.

A transformação do direito a partir de uma base solidária, sobretudo do direito privado, resulta na adoção de uma forma de se humanizar o titular de interesses marginalizados pela opressão econômica, e de, efetivamente, promover as desigualdades jurídicas de tratamento, fundamentais na relativização de dogmas, como o da liberdade contratual, implicitamente fortalecido pela nova interpretação do STJ no julgamento em análise, sob o pretexto de justificar o equilíbrio econômico-financeiro das administradoras privadas.

Identificadas as dificuldades da pessoa idosa como consumidora, observa-se a necessidade de sopesar a maior densidade dos direitos em debate ao se analisar o acesso à saúde desta categoria de consumidores e os interesses econômicos das administradoras de planos de saúde.

Inviabilizar a revisão judicial dos contratos a partir da lógica de que a Agência Nacional de Saúde exerceria adequadamente sua função regulatória na análise dos aumentos reputados como abusivos, importaria em grave ameaça à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, trazendo a real possibilidade de ruptura forçada do vínculo contratual em franco prejuízo do consumidor.

É necessário reconhecer a ausência de liberdade decisória do consumidor quanto à contratação do plano de saúde privado, sua hipervulnerabilidade no momento de arcar com o aumento abusivo das prestações em razão do avanço de sua idade, a transferência do risco da atividade ao consumidor pelo desinteresse da operadora em manter segurados idosos em sua carteira de clientes, a involução da proteção administrativa ao usuário de serviços públicos e, agora, a interpretação do STJ que impede, *a priori*, a revisão judicial dos critérios de reajustamento das mensalidades dos planos de saúde por variação de faixa etária.

Precedentes como o decorrente do julgamento do REsp 1.568.244/RJ podem engendrar consequências negativas para o consumidor idoso, seja de ordem financeira (oneração excessiva das mensalidades e inadimplência), social (discriminação e marginalização) ou mesmo quanto à preservação de sua saúde, decorrente da suspensão dos serviços e, conseqüentemente, extinção do vínculo contratual.

A posição peculiar do idoso na sociedade brasileira o torna digno de uma tutela especial na ordem jurídica do consumo, sobretudo quando se reconhece que o próprio o direito à vida, consagrado como fundamental, somente pode ser efetivado ao idoso quando lhe são providas as condições de saúde necessárias para sua fruição adequada, algo inerente à própria função social do contrato aqui discutido.

8 REFERÊNCIAS

ANS admite falhas na fiscalização de planos de saúde: falhas na fiscalização ou na regulação? *ASSETANS*. 2 dez. 2012. Disponível em: <http://www.assetans.org.br/redesocial/file/view/15712/ans-admite-falhas-na-fiscalizacao-de-planos-de-saude-falhas-na-fiscalizacao-ou-na-regulacao>. Acesso em: 20 abr. 2017.

AREOSA, Silvia Virginia Coutinho. *Idosos provedores: a importância dos recursos da aposentadoria para as famílias brasileiras*. 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/5527/5244>. Acesso em: 26 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. *Apelação cível nº 2011214806*. 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Osório de Araújo Ramos Filho. Data de julgamento: 11 out. 2011. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial repetitivo nº 1.568.244*. 2ª Seção. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 14 dez. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600571401&dt_publicacao=16/12/2016. Acesso em: 7 jun. 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRÊTAS, Pollyanna. MPF apura omissão da ANS sobre problemas financeiros da Unimed-Rio. *Jornal Extra*. 29 out. 2015. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/economia/mpf-apura-omissao-da-ans-sobre-problemas-financeiros-da-unimed-rio-17908316.html>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

- CONSELHOS de medicina apontam falhas da ANS na avaliação da qualidade de prestadores de serviços e de planos de saúde. *Sociedade Brasileira de Clínica Médica – SBCM*. 2012. Disponível em: <http://www.sbcm.org.br/v2/index.php/noticias/noticias-da-saude/2980-conselhos-de-medicina-apontam-falhas-da-ans-na-avaliacao-da-qualidade-de-prestadores-de-servicos-e-de-planos-de-saude>. Acesso em: 20 abr. 2017.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 20 abr. 2017.
- DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. Publicidade e hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular? *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, ano 24, p. 285-305, maio/jun. 2015.
- FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; SILVA JÚNIOR, Pedro Paulo Vieira da. *A tutela do idoso frente às publicidades que incentivam o consumo de crédito*. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0efe32849d230d7f>. Acesso em: 27 dez. 2016.
- GALESCO, Felipe Gustavo. *Operadoras não podem aumentar o valor do plano de saúde aos maiores de 60 anos de idade*. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI196306,11049-operadoras+nao+podem+aumentar+o+valor+do+plano+de+saude+aos+maiores>. Acesso em: 1º mar. 2017.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Anual*. 2015. Disponível em: http://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2015/Sintese_Indicadores/Indicadores/01gerais_xls.zip. Acesso em: 22 dez. 2016.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MUCELIN, Guilherme Antônio Balczarek. A hipervulnerabilidade do consumidor deficiente no direito privado solidário: considerações iniciais sobre o diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; CARVALHO, Diógenes Faria de; SANTOS, Nivaldo (org.). *Sociedade de consumo*. Pesquisas em direito do consumidor. 2. ed. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2016.
- PROTESTE cobra da ANS solução para problemas de planos de saúde. *PROTESTE – a nossa voz impõe respeito*. 14 set. 2015. Disponível em: <https://www.proteste.org.br/saude-e-bem-estar/plano-de-saude/noticia/proteste-cobra-da-ans-solucao-para-problemas-de-planos-de-saude>. Acesso em: 20 abr. 2017.
- PÜSCHEL, Flavia Portella et al. A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência. *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 37, 2011. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando_Direito1.pdf. Acesso em: 2 fev. 2017.
- SANTANA, Nívia Cardoso Guirra; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. *A nova velhice do provedor*. 2012. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewFile/14029/11840>. Acesso em: 27 dez. 2016.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. *O problema do reajuste de plano de saúde por mudança de faixa*. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-14/garantias-consumo-problema-reajuste-plano-saude-mudanca-faixa>. Acesso em: 1º mar. 2017.
- SOMMER, Rudolf. *Consumer's Mind – Die Psychologie des Verbrauchers*. Frankfurt am Main: Deutscher Fachverlag GmbH, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 24, 2005, Editorial. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.024.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.
- UOL. *Não somos órgão de defesa do consumidor*, diz diretor da ANS. 18 jul. 2018. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/07/18/ans-consumidor-plano-de-saude-franquia-coparticipacao-regras-stf.htm?cmpid>. Acesso em: 19 jul. 2018.
- VERBICARO, Dennis. Consumo e cidadania. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (org.). *Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade*. São Paulo e Belém: Método e Cesupa, 2009. p. 67-95.
- VERBICARO, Dennis; ALCÂNTARA, Ana Beatriz. A percepção do sexismo face à cultura do consumo e a hipervulnerabilidade da mulher no âmbito do assédio discriminatório de gênero. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, vol. 11, n. 1, jan./jun. 2017.
- VERBICARO, Dennis; PENNA João Vitor; LEAL, Pastora. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo judiciário brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 114, ano 26, p. 75-99, nov./dez. 2017.
- VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. A indústria cultural e o caráter fictício da individualidade na definição de consumidor-comunidade global. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 17, n. 1, jan./abr. 2017.

VIEIRA JUNIOR, Wilson Marques. *Idosos e planos de saúde no Brasil: análise das reclamações recebidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar*. 2013. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/dissertacao-vieira-junior-idosos-e-planos-de-saude-no-brasil.pdf. Acesso em: 23 dez. 2016.

WHO. World Health Organization. *Monitoring the health goal – indicators of overall progress*. 2016. Available from: http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2016/EN_WHS2016_Chapter3.pdf?ua=1. Cited: 25 dez. 2016.

PSICOPATIA: Dosimetria da Pena Sob a Análise da Personalidade do Agente

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.49-60>

Recebido em: 22/11/2017

Aceito em: 27/11/2018

Diogo Caetano Santana

Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca-Unifavip/Wyden. Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior da Advocacia Professor Ruy Antunes, ESA-PE. diogocaetano123@hotmail.com

Raissa Braga Campelo

Aluna especial no Doutorado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2016). Mestre em gestão empresarial pela Faculdade de Boa Viagem – FBV DeVry (2015). Especialista em Ciências Criminais pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus (2011). Graduada em Direito pela Associação Caruaruense de Ensino Superior – Asces (2009) e em Pedagogia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru – Fafica (2003). Advogada. Professora universitária no curso de Direito da Universidade Unifavip DeVry. Professora universitária do curso de Direito na Faculdade de Direito de Garanhuns – Aesga. Professora universitária na UPE Garanhuns – Campus Arcoverde. Coordenadora do Projuris – Projeto de extensão do Tribunal do Júri pelo Unifavip DeVry, Membro do ICP – Instituto de Criminologia de Pernambuco. raissabraga@msn.com

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a personalidade do agente delituoso psicopata no que diz respeito a sua personalidade peculiar sob o manto da imputabilidade penal, discorrendo sobre a posição da doutrina psicológica na possível configuração de uma doença mental ou loucura, bem como os sentimentos intrínsecos de tal agente e seus sentimentos nas relações interpessoais, criando-se um paralelo com quem é o psicopata e quem é o serial killer. Na sequência, a partir da análise da personalidade do agente psicopata, o texto elenca um estudo acerca das circunstâncias do crime diante das peculiaridades da personalidade do psicopata, propiciando também uma análise das circunstâncias do crime, suas características e seus aspectos legais no tocante ao direito penal brasileiro, bem como a análise da personalidade na fase de dosimetria da pena e qual valoração esta personalidade vai ter nessa fase, assim, tais discussões irão oportunizar uma visão acerca da imputação da pena base prevista no artigo 59 do Código Penal, e as circunstâncias judiciais dispostas no artigo em epígrafe, bem como as espécies que trazem em seu bojo, analisadas de forma individual. Além da análise da dosimetria da pena e a personalidade do agente psicopata ante a uma dupla dosagem de pena, analisa-se se existe uma afronta ao princípio do *non bis in idem*, para, ao final, verificar de que forma a primeira fase da pena será dosada, considerando a personalidade do agente independente das circunstâncias do crime.

Palavras-chave: Psicopatia. Dosimetria da pena. Personalidade. Pena base.

PSYCHOPATHY: DOSIMETRY OF THE PENALTY UNDER THE ANALYSIS OF THE PERSONALITY OF THE AGENT

ABSTRACT

The present work aims to analyze the personality of the criminal psychopathic agent in relation to his peculiar personality, under the guise of criminal imputability, discussing the position of the psychological doctrine on the possible configuration of a mental illness or madness, as well as the feelings intrinsic to such an agent and his feelings in interpersonal relationships, and thus by creating a parallel with who is the psychopath and who is the serial killer, following from the personality analysis of psychopathic agent the text get a study about the circumstances of the crime before the peculiarities of the personality of the psychopath, also providing an analysis of the circumstances of the crime its characteristics and its legal aspects regarding Brazilian criminal law, as well as the analysis of the personality in the dosimetry phase of the sentence and what the valuation this personality will be in the dosimetry phase of the sentence, so such discussions the discussion on the attribution of the basic sentence provided for in Article 59 of the Criminal Code, and the judicial circumstances set out in the above article, as well as the species that are analyzed individually, and the analysis of the dosimetry of the punishment and the personality of the psychopathic agent in face of a double dose of punishment, analyzing whether there is an affront to the principle of *non bis in idem*, in order to verify how the first phase of the sentence will be measured considering the personality of the agent independent of the circumstances of the crime.

Keywords: Psychopathy. Feather dosimetry. Personality. Base penalty.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A personalidade do psicopata ou serial killer sob o manto da imputabilidade penal. 2.1 A posição da doutrina psicológica no que diz respeito à psicopatia e à configuração da possível doença mental. 2.2 A personalidade psicopática. 2.3 Os sentimentos interpessoais psicopáticos. 2.4 Psicopata ou serial killer? 3 As circunstâncias do crime diante da personalidade peculiar do agente delituoso psicopata. 3.1 As circunstâncias do crime para o direito penal brasileiro. 3.2 Características e aspectos legais das circunstâncias do crime. 3.3 A personalidade dos agentes delituosos e a dosimetria da pena. 3.4 Valorações da personalidade inserida na ação criminosa. 4 A imputação da pena base com previsão do artigo 59 do Código Penal brasileiro. 4.1 Circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal brasileiro. 4.2 As circunstâncias judiciais em espécie do artigo 59 do Código Penal brasileiro. 4.3 Dosimetria da pena e a personalidade do agente psicopata ante a dupla dosagem da pena: afronta ao princípio do *non bis in idem*? 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A psicopatia gera muitas dúvidas, uma vez que se tem o entendimento de que é um estado patológico, dando a entender que o agente delituoso psicopata é portador de doença mental ou loucura. O próprio termo psicopatia leva a este erro, posto que o termo psicopata significa doente mental (do grego *psyche* – mente, e *pathos* – doença). Para Silva (2014), os psicopatas, de forma geral, são indivíduos de personalidade fria, calculista, inescrupulosa, dissimulada e sedutora, que visam a apenas os próprios benefícios, incapazes de estabelecer vínculos afetivos. São desprovidos de sentimento de culpa e exímios atores, podendo ser encontrados em todos os segmentos sociais; por onde passam deixam um rastro de perdas e destruições. As circunstâncias do crime, segundo Capez (2014), são os elementos estranhos ao fato típico que são utilizados para agravar ou abrandar as sanções, que não devem ser confundidos com os elementos intrínsecos do tipo penal. As circunstâncias, quanto a sua aplicabilidade, podem ser entendidas como judiciais e legais. As judiciais não estão elencadas na lei e são de cunho subjetivo, relacionando-se ao agente, e as legais estão discriminadas na lei e são relacionadas ao fato concreto, dizendo respeito a elementos de cunho objetivo.

O magistrado, ao julgar o agente delituoso, deve observar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. De acordo com Capez (2014), as circunstâncias são dados secundários e eventuais agregados à figura típica, e têm a função de agravar ou abrandar a sanção penal, visando a, desta forma, prevenir ou reprovar a conduta. Tais circunstâncias judiciais são de caráter subjetivo ou pessoais, ou seja, relacionadas ao agente, e são utilizadas na dosimetria da pena na fixação da pena base.

Assim, o trabalho, baseado em tais entendimentos, busca responder o seguinte problema de pesquisa: De que forma a primeira fase da dosimetria da pena será dosada diante da personalidade peculiar do agente psicopata, independentemente das circunstâncias que envolvam o crime? Para isso, foram utilizados materiais bibliográficos como teses dissertações, artigos, monografias e outros de cunho científico, dando cientificidade à presente pesquisa.

Desta forma, o presente trabalho visa a verificar de que forma a primeira fase da dosimetria da pena será dosada diante da personalidade peculiar do agente psicopata, independentemente das circunstâncias que envolvam o crime, mediante os seguintes objetivos específicos: Descrever a personalidade do agente delituoso psicopata ou serial killer, sob o manto da imputabilidade penal; Discutir as circunstâncias do crime diante da personalidade peculiar do agente psicopata; Discutir a imputação da pena base com previsão do artigo 59 do Código Penal brasileiro ao psicopata.

A presente pesquisa justifica-se pelo fato de proporcionar a possibilidade de uma nova discussão acerca da psicopatia, tendo em vista que o tema já foi discutido sob as seguintes óticas: personalidade do psicopata e imputabilidade; medida de segurança; psicopatia no sistema penal brasileiro, imputabilidade e ressocialização; imputabilidade dos serial killers, entre outras. A proposta deste estudo é discutir a personalidade do agente delituoso psicopata, debatendo sua personalidade de forma a confrontar as circunstâncias do crime à luz do artigo 59 do Código Penal brasileiro, que analisa a personalidade do agente delituoso, para aplicação da pena base, assunto ainda não pesquisado até o momento.

Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa está pautada no método dialético, tendo em vista que, a partir da análise da personalidade psicopática, obteve-se novas indagações, dando início a um novo processo, ou seja, o caráter inacabado das coisas. As discussões deste trabalho estão pautadas a partir das análises das fontes secundárias, explicando os porquês das situações que problematizam a pesquisa. O trabalho em questão também está diante de uma pesquisa voltada à natureza do eixo temático, objetivando, assim, propiciar discussões e novas interpretações, sem qualquer análise de caráter numérico, mas, sim, da natureza da personalidade do psicopata, ou seja, uma pesquisa qualitativa.

As discussões do presente texto são pautadas a partir das análises das fontes secundárias, ou seja, por não se tratar de tema inédito nunca antes falado, que é a primariedade, o trabalho, por abordar elementos já discutidos, é de fonte secundária. Dessa forma, utiliza-se materiais bibliográficos que explanam a respeito do tema. Tal fato não retira a originalidade da pesquisa, posto que trouxe discussões e conclusões novas. O seu respaldo teórico trará ao fenômeno pesquisado elementos já entendidos e consolidados, levando, assim, a novas considerações, explicando os porquês das situações que problematizam a pesquisa. Como o eixo temático já foi estudado em outras pesquisas, a coleta dos dados se dará a partir de fontes secundárias, como teses dissertações, monografias, livros e outras, embasando, assim, as resoluções das problemáticas norteadoras da pesquisa, permitindo que haja uma investigação mais ampla do que já foi estudado a respeito do tema.

Desse modo, propiciará novas e mais robustas conclusões a respeito, trazendo um novo olhar ao assunto. O conteúdo foi analisado, visando a um melhor tratamento aos materiais utilizados na formulação da pesquisa, por meio do fenômeno da categorização, que melhor irá atender os objetivos-norte da pesquisa, ou seja, com uma descrição pormenorizada, analisando, então, de forma mais completa.

O artigo está dividido em três seções assim dispostas: na primeira seção é desenvolvido o referencial teórico da pesquisa, apresentando a personalidade do psicopata ou serial killer sob o manto da imputabilidade (1.1). A segunda seção apresenta as circunstâncias do crime diante da personalidade peculiar do agente delituoso psicopata (1.2). Em seguida, na terceira seção, apresenta-se a imputação da pena base do artigo 59 do Código Penal ao agente delituoso psicopata, em que o último tópico da seção apresenta-se os resultados da presente pesquisa. A conclusão faz uma síntese da discussão desenvolvida, sugerindo a resolução do problema que norteia a pesquisa.

2 A PERSONALIDADE DO PSICOPATA OU SERIAL KILLER SOB O MANTO DA IMPUTABILIDADE PENAL

Os psicopatas são pessoas fisicamente normais e habitam regularmente nosso convívio social. O que lhes distingue das demais pessoas é a ausência do sentimento de consciência. São seres extremamente arditos, maléficos, que nos fazem acreditar na sua condição de ser humano dotado de bons sentimentos de tão perfeito atores. Como afirma Silva (2014), são atores realistas que passam veracidade em seus discursos, mentindo com a mais cristalina convicção. Os psicopatas deixam seus reais sentimentos imperceptíveis ao olhar humano, que não consegue enxergar sua total falta de consciência. A autora aponta a consciência como um atributo que se desloca entre a sensibilidade e a racionalidade, ou seja, é algo que se sente. Dessa forma, a personalidade psicopata é pautada na ausência do sentimento de consciência, o que lhe torna um ser extremamente desumano, sem sensibilidade, com mais de um agir social que lhe torna um ser de aparência normal no meio social. Segundo Dalgarrondo (2008), os psicopatas são pessoas incapazes de uma interação afetiva verdadeira, pautada em laços amorosos, inexistindo compaixão; são trapaceiros e possuem tantas outras características já supramencionadas.

A partir das afirmativas antes elaboradas, deve-se analisar o que é a imputabilidade no sistema penal brasileiro, propiciando, assim, o confronto das ideias que são postuladas. A imputabilidade no ordenamento jurídico brasileiro compreende-se como a capacidade de entender a ilicitude da sua conduta, e comporta-se de acordo com tal entendimento, ou seja, conforme o entendimento de licitude e ilicitude de seus atos. Para Capez (2014), o agente delituoso deve ter capacidade física, psicológica, moral e mental para entender que está cometendo ato ilícito. Mirabete e Fabbrini (2007), complementando a ideia trazida por Capez (2014), afirmam que a conduta somente irá ser reprovável se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica, permitindo-lhe entender da ilicitude do fato, ou seja, adequando a conduta a sua capacidade de consciência de ilicitude do fato. Assim, para imputar conduta ilícita ao agente delituoso, para Damásio de Jesus (2008), é necessário a plena consciência da ilicitude da conduta.

A imputabilidade não pode ser entendida apenas como a capacidade de entender a ilicitude de sua conduta. Sanzo Brondt (1996 *apud* Greco, 2013) aduz que a imputabilidade é formada de dois elementos: o intelectual e o volitivo. A capacidade intelectual é a imputabilidade de forma genérica, que é o entender a ilicitude de seu ato. Já Capez (2014) afirma que a capacidade intelectual é entender o ilícito, enquanto a capacidade volitiva é o agir de acordo com o entendimento da ilicitude. Entende-se como o controlar e comandar a vontade no tocante ao cometimento da conduta ilícita. Dessa forma, a imputabilidade é formada de dois elementos: um constituído pelo entendimento da ilicitude do ato de controlar, e o outro do comando da vontade de cometer tal conduta. Diante da personalidade peculiar do psicopata, poderá ser observado que o cometimento de conduta ilícita está pautado em sua personalidade, e sua ausência de controle no cometimento de ilícitos está ligado à sua personalidade transgressora.

2.1 A posição da doutrina psicológica no que diz respeito à psicopatia e à configuração da possível doença mental

O psicopata poder ser identificado por muitas nomenclaturas. Como afirma Silva (2014), podem ser assim ser identificados: sociopatas, com personalidade antissocial, personalidade psicopática, personalidade dissocial e tantas outras. Como se trata de algo muito subjetivo, por essa pluralidade de nomenclaturas, e não tendo um consenso da nomenclatura correta, a personalidade psicopática é algo extremamente subjetivo, dificultando, desse modo, a criação de um termo específico para classificar o psicopata.

O termo psicopatia é desacertado. Conforme aduz Silva (2014), tal nomenclatura dá a ideia de que o agente delituoso psicopata se trata de um doente mental ou louco, posto que o termo psicopatia tem origem do grego e significa doença da mente (*psyche*, que significa mente e *pathos* que significa doença). Para o entendimento médico-psiquiátrico, a psicopatia não deve ser entendida como uma doença mental, considerando que os agentes psicopatas não são loucos ou são portadores de alguma desorientação mental, de delírios, alucinações, são pessoas esquizofrênicas ou tem a mente perturbada por sofrimento, como os depressivos, portadores da síndrome do pânico, ou seja, o psicopata não pode ser entendido como louco ou doente mental, tampouco portador de qualquer distúrbio mental, mas, sim, um indivíduo dotado de uma personalidade transgressora, regida pela ausência de consciência e sentimentos essenciais à personalidade humana.

Alguns pesquisadores acreditam e defendem a psicopatia como uma patologia, seja por elementos científicos ou pela própria nomenclatura, como se pode observar pelo conceito trazido por Gomes e Almeida (2010), quando afirmam que a psicopatia é um estado patológico mental que se caracteriza, principalmente, pelo desvio de caráter, podendo desencadear em comportamentos antissociais. Ainda para as autoras, esse desvio começa a se estruturar, ou seja, a se formar, na infância, e vai se desenvolvendo no decorrer dos anos. Dessa forma, a psicopatia, para o entendimento das autoras, trata-se de uma patologia, que com o decorrer dos anos, se agravaria. A respeito de tal discussão, assevera Dalgalarro (2008) que é polêmico e sempre discutível, pois a psicopatia pode ser uma variação da normalidade, uma doença ou até mesmo uma categoria médica, mas tal questão ainda está em aberto. Desse modo, diante da discussão, fica impossível se ter uma resposta conclusiva, em virtude da subjetividade do tema. A ilicitude das condutas do agente delituoso psicopata não se origina de doença mental. Como afirma Silva (2014), as condutas ilícitas não são originadas de uma mente adoecida, mas, sim, de uma personalidade marcada pela frieza, por ter uma personalidade extremamente calculista e ausência de trato com as outras pessoas.

O psicopata não tem cor, raça, etnia ou credo, e está presente em todas as sociedades, independentemente de sexo ou nível financeiro. Ele está em qualquer meio social, podendo ser executivos, líderes, pais, mães, políticos, ou seja, o psicopata está presente em todos os meios sociais, independente de características físicas e sociais. São indivíduos charmosos, muito atraentes, mas sua personalidade é marcada pelo rastro de destruição e perdas. Conforme afirma Silva (2014), sua marca é a ausência de consciência na relação interpessoal nos diversos tipos de convívio social humano, como a afetividade, a profissão, a família e a relação com a sociedade. Sua personalidade é pautada na autopromoção às custas do sofrimento dos outros, sendo capazes de fazer de tudo para atropelar todos para chegar onde querem, com egoísmo e indiferença, ou seja, os psicopatas são pessoas marcadas por causar dor e destruição, não conseguem ter sentimentos, fazem de tudo para chegar a seus objetivos, destruindo e passando por cima de tudo para alcançá-los.

O método mais confiável na identificação do psicopata é oriundo dos estudos de Robert Hare, que se baseou nos estudos de Hervey Cleckley, o qual se dá a partir de um sofisticado questionário intitulado escala Hare, também conhecido como *psychopathy checklist* ou *PCL*. Segundo Silva (2014), o instrumento ganhou uma ferramenta autêntica que deve ser aplicada por profissionais da área da saúde mental devidamente treinados, que se dá pela análise minuciosa dos vários aspectos da personalidade psicopática, análise associada aos sentimentos interpessoais do agente delituoso psicopata, a seu estilo de vida, sua personalidade e seus comportamentos que evidenciam seu temperamento antissocial e suas transgressões. Sendo assim, o PCL é o instrumento mais fidedigno para identificação do psicopata, e deve ser realizado por profissionais treinados e instituições qualificadas para tal. Por se tratar de análise complexa, Gomes e Almeida (2010) ressaltam que, por ser um transtorno ligado à personalidade, o psicopata somente irá poder ser diagnosticado a partir dos 18 anos, pois, por se tratar de algo complexo para se diagnosticar, é necessário uma idade mais avançada para poder se analisar e chegar a resultados concisos.

2.2 A personalidade psicopática

O agente delituoso psicopata tem sua personalidade, de modo geral, marcada por uma personalidade fria, inescrupulosa, dissimulada, calculista, mentirosa, extremamente egoísta; não é capaz de estabelecer qualquer vínculo afetivo ou emocional, ou se sensibilizar e se colocar no lugar de outro; inexistente qualquer sentimento de culpa. Dependendo da gravidade do grau de psicopatia, pode se revelar agressivo e violento,

podendo ser predador social, como afirma Silva (2014). Dessa forma, o psicopata tem sua personalidade marcada por um mix de sentimentos perversos que o torna um ser incapaz de ter qualquer relação social com o outro indivíduo, dependendo do grau de crueldade, podendo ser violento e agressivo.

Segundo Silva (2014), alguns aspectos ligados aos sentimentos e relacionamentos interpessoais. A superficialidade e a eloquência costumam ser muito bem articuladas. Conversam divertidamente e de forma bem agradável; são egocêntricos e megalomaníacos; têm uma visão narcisista e supervalorizam seus valores; se veem como centro do universo, o que faz com que sejam arrogantes e muito autoconfiantes; têm mania de grandeza e fascínio pelo poder. Em razão da ausência do sentimento de culpa dos efeitos devastadores dos seus atos, no seu raciocínio a culpa não passa de uma ilusão usada para controlar as pessoas. São seres capazes de verbalizar remorso somente para demonstrar sentimento. São totalmente ausentes de empatia e não conseguem respeitar os sentimentos alheios. Não se colocam no lugar do outro, ou seja, cada elemento da personalidade psicopata se completa na formação de um indivíduo monstruoso, sem sentimentos.

Os psicopatas, como denota Silva (2014), são mentirosos, trapaceiros e extremamente manipuladores. Os psicopatas mentem com muita competência, de forma fria e calculista, olhando nos olhos de suas vítimas como um predador, chegando a enganar profissionais da área com vasta experiência. A mentira, para os psicopatas, é seu instrumento de trabalho, e é usada para ludibriar e enganar suas vítimas. Tal traço característico pode ser, nas maiorias das vezes, potencializado pelo uso teatral da linguagem verbal e corporal. Tal característica é entrelaçada com a total e plena incapacidade de sentir qualquer tipo de sentimento, visto sua personalidade teatral. O psicopata pode demonstrar falsas emoções, tentando ludibriar suas vítimas; emoções essas que podem ser entendidas nas falas da autora em epígrafe como protoemoções, uma resposta à necessidade imediata. Dessa forma, diante de um exímio ator, combinado com uma plena capacidade de mentir e trapacear, com uma mente ardilosamente manipuladora, nos deparamos com um ser ainda pior que o imaginável.

2.3 Os sentimentos interpessoais psicopáticos

O comportamento transgressor e antissocial também é marcado por aspectos muito peculiares que fomentam ainda mais sua personalidade maquiavélica e seu comportamento interpessoal. Para Silva (2014), são aspectos do comportamento antissocial e transgressor. A impulsividade está estritamente ligada ao momento presente, o aqui e o agora. Tal aspecto une-se à satisfação imediata, sem pensar em uma perspectiva futura. Esse aspecto completa-se com a ausência de controle, pois os psicopatas são explosivos, são “pavio curto”, ou seja, entrelaçados à impulsividade e à falta de controle, como uma bomba relógio que a qualquer tempo pode detonar e destruir tudo. Os psicopatas são intolerantes à rotina; precisam estar em constantes situações que os excite, por isso, para Silva (2014), os psicopatas estão sempre em busca de condutas perigosas e arriscadas pela extrema necessidade de viver no limite, estritamente ligados com um comportamento irresponsável em qualquer área de sua vida. Desta forma, a personalidade psicopática se completa com elementos que se coadunam numa personalidade extremamente difícil, e que gera resultados terríveis nas vítimas desses seres.

2.4 Psicopata ou serial killer?

É importante frisar que os psicopatas não são necessariamente assassinos; eles são envoltos em muitas transgressões, mas não se pode generalizar que todo psicopata é assassino. Muitos psicopatas cometem atos ilícitos diferentes daqueles contados em filmes. A maioria são traficantes de drogas, se envolvem em furtos e roubos, estelionatos, fraudes, violência sexual e no trânsito, em condutas de menor potencial. Nesse sentido, Silva (2014) afirma que a maioria dos psicopatas são perigosos, sendo tão insensíveis com a vida humana que são capazes de condutas criminosas de uma crueldade inimaginável, e são considerados assassinos em série ou serial killer.

O serial killer é um termo extremamente novo, oriundo da língua inglesa. Para Monteiro (2016), a tradução literal deste termo é suficiente para discutir a sua presença na nossa realidade sociocultural. Segundo Casoy (2014a), a definição de serial killer consiste em indivíduos que cometem homicídios durante certo lapso temporal, com intervalo entre tais condutas; tal lapso entre os homicídios pode indicar se o agente é um serial killer ou um homicida qualquer. Dessa forma, o serial killer pode ser entendido como o indivíduo que comete homicídios em série e em determinadas situações.

O serial killer pode ser dividido em quatro espécies, conforme Casoy (2014a), podendo ser (a) visionário, que são indivíduos completamente insanos e psicóticos e não trazem características físicas de seus ideais, mas em seu interior tem a sede de livrar-se do que acha imoral, (b) indigno, esse tipo de homicida em série é marcado por cometer homicídio contra determinados grupos, como lésbicas, prostitutas ou qualquer outro grupo que considere indigno, (c) emotivo, que tira a vida alheia por diversão, quando seu prazer é matar a vítima, utilizando-se de meios cruéis ou sádicos, obtendo prazer no planejamento o crime, e, por fim, (d) sádico, é o assassino sexual, que mata por puro desejo, e seu prazer está ligado ao sofrimento causado por tortura; são traços de suas condutas as mutilações e as torturas; a morte lhe traz prazer sexual; são tipos dessa espécie os necrófilos e canibais, ou seja, o assassino em série tem traços peculiares que o distingue nas suas condutas, além de sua personalidade, que é marcante.

Pode ser organizado ou desorganizado, ou seja, o assassino serial organizado, segundo Casoy (2014a), é um indivíduo solitário, egocêntrico, narcisista, na sua visão o crime é um jogo, planeja suas condutas, leva os materiais usados em suas fantasias, gratifica-se com o estupro e a tortura de suas vítimas, deixa poucas evidências dos seus crimes, geralmente queima e oculta o cadáver, gosta de levar um objeto da vítima como troféu, diferente do desorganizado, que é impulsivo, usa armas ou instrumentos encontrados no local, comumente faz anotações sobre as vítimas, frequentemente segue a carreira militar, nas qual não é bem-sucedidos, quase nunca tem contato com a vítima, age com brutalidade, a gratificação é o estupro, faz mutilações *post mortem*, deixando evidências nos locais das condutas ilícitas, ou seja, conforme Monteiro (2016), o assassino serial desorganizado é aquele que comete crimes em série sem muitas técnicas. Dessa forma, a organização ou desorganização do assassino serial indica traços de sua personalidade, e uma característica de seu ato criminoso é deixar sua assinatura na conduta.

3 AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DIANTE DA PERSONALIDADE PECULIAR DO AGENTE DELITUOSO PSICOPATA

A seção tem como objetivo demonstrar o papel das circunstâncias no direito penal entrelaçado com a análise de circunstância específica, que é a personalidade do agente delituoso, é observada e utilizada na dosimetria da pena, da primeira fase à aplicação da pena base, posto que o agente delituoso que motiva essa pesquisa tem uma personalidade marcada por traços peculiares, não apenas nas suas relações interpessoais, mas em toda conduta criminosa, oriunda de sua personalidade extremamente peculiar.

As circunstâncias, para Capez (2014), são elementos secundários utilizados como instrumentos para agravar ou abrandar a pena, não devendo ser confundida com a elementar do tipo. Tal conceito será aprofundado, bem como a análise de uma circunstância específica que é a personalidade, a seguir. Para Bitencourt (2013), as circunstâncias tratam da concentração das qualidades sociais e morais do indivíduo. Assim, nos tópicos seguintes serão confrontadas as circunstâncias para o direito penal e a especificidade de uma circunstância diante da personalidade do agente delituoso psicopata, que é marcada por peculiaridades.

3.1 As circunstâncias do crime para o Direito penal brasileiro

A conduta criminosa, para o direito, deve ser punida e prevenida, evitando-se, assim, que novas condutas ilícitas sejam cometidas. Deste modo, este ato é nomeado de sanção penal *a priori* que, para Capez (2014), deve ser entendida como as penas e a medida de segurança, assim todo e qualquer ato ilícito deve ser prevenido e punido pelo poder estatal.

A pena deve ser entendida como a sanção estatal de caráter aflitivo, imputada ao autor de infração penal, que, segundo Capez (2014), deve consistir na restrição ou até mesmo na privação de um bem jurídico, visando, assim, à retribuição punitiva da conduta ilícita, promovendo a readaptação e a prevenção de novas transgressões. Dessa maneira, diante da atividade punitiva estatal, visa-se prevenir e punir as condutas ilícitas.

Ao aplicar as sanções, o magistrado deve observar as circunstâncias, que é elemento norteador na dosimetria da pena. Assim, as circunstâncias, segundo Capez (2014), devem ser entendidas como elemento secundário que, aliado à conduta típica, pode agravar ou abrandar a sanção imposta pelo poder estatal. Destarte, é o externo que pode contribuir de forma a reduzir ou majorar a sanção que pode ser atribuída ao agente delituoso. Aníbal Bruno (1967 *apud* BITENCOURT, 2013) aduz o conceito já exposto de maneira mais didática, ao afirmar que as circunstâncias são condições acessórias que acompanham a conduta punível, mas que

não fazem parte de sua estrutura conceitual, ou seja, não fazem parte do tipo penal que constitui a conduta, apenas acrescentam ao tipo, já configurado, impondo-lhe uma maior ou menor reprovabilidade a conduta. Bitencourt (2013) assevera que as circunstâncias são dados, fatos, peculiaridades e elementos que abraçam a conduta ilícita principal, e que não são intrínsecos do tipo penal, mas contribuem para seu aumento ou diminuição, ou seja, as circunstâncias são os elementos que podem aumentar ou diminuir a gravidade do fato típico, mas não são características formadoras do fato típico.

Diante do conceito exposto do que são as circunstâncias, faz-se necessário a diferenciação do que é circunstância elementar do tipo, pois são institutos distintos, mas de fácil confusão, enquanto as circunstâncias, segundo Capez (2014), são elementos secundários que podem aumentar ou diminuir a sanção penal. Para Bitencourt (2013), as elementares do tipo consistem na descrição dos elementos essenciais, integrando, assim, a descrição da conduta típica, ou seja, enquanto as circunstâncias são elementos secundários, as elementares são elementos formadores do tipo, ou seja, primários, constituindo, assim, o tipo penal diferentemente das circunstâncias, que são elementos externos que aumentam ou diminuem a sanção imposta pelo ente estatal.

3.2 Características e aspectos legais das circunstâncias do crime

As circunstâncias, como já demonstrado anteriormente, de acordo com Capez (2014), são elementos secundários que não fazem parte do tipo penal, mas que podem aumentar ou diminuir a sanção penal, mas as circunstâncias, segundo sua natureza, podem ser entendidas de duas formas, objetiva e subjetiva; assim, as circunstâncias serão analisadas por ópticas diferentes.

Conforme ensina Capez (2014), as circunstâncias objetivas estão associadas ao fato típico, ou seja, a conduta ilícita, como o lugar do crime, os meios e modos em que se deu a execução, os meios relacionados ao delito, diferentemente das circunstâncias subjetivas, que estão estritamente ligadas ao agente e não ao fato típico, ou seja, são os elementos intrínsecos do agente, de sua personalidade, como a sua conduta social e os motivos do crime.

A aplicação desses meios dá-se de duas formas: legais e judiciais. Segundo Capez (2014), as circunstâncias legais são aquelas expressamente trazidas por lei, vinculando o magistrado a sua aplicação, isto é, são circunstâncias que abrandam ou agravam, trazidas no próprio corpo do tipo penal, e estão associadas às elementares do tipo, agregando argumentos que aumentam ou diminuem as sanções oriundas da conduta expressa no tipo penal. Ainda para Capez (2014), são exemplos de tais circunstâncias as agravantes disciplinadas nos artigos 61 e 62 do Código Penal Brasileiro, além das atenuantes causas de aumento e diminuição de pena do mesmo diploma e outras espécies.

As circunstâncias judiciais, para Bitencourt (2013), são as circunstâncias que o tipo penal incriminador não define, deixando de forma discricionária ao julgador de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 59 do Código Penal Brasileiro. Assim, a aplicação das circunstâncias pode ser feita de duas formas: uma observando os elementos estabelecidos no próprio tipo e outra pautada na subjetividade da personalidade do agente dentro de parâmetros estabelecidos no artigo 59 do Código Penal.

3.3 A personalidade dos agentes delituosos e a dosimetria da pena

As circunstâncias, quanto a sua aplicabilidade, podem ser entendidas em dois eixos: as circunstâncias judiciais e as legais. Consoante Capez (2014), as circunstâncias legais são aquelas esboçadas no próprio tipo penal, sendo intrínsecas dessa conduta ilícita, diferentemente das circunstâncias judiciais, que não são elementares do tipo, mas que trazem elementos secundários que podem aumentar ou diminuir a sanção.

As circunstâncias judiciais são associadas à personalidade do agente, ou seja, são de natureza subjetiva. Segundo Capez (2014), são as circunstâncias associadas ao agente, e não ao fato típico, isto é, a análise do indivíduo e de seus elementos formadores, como sua personalidade, seus antecedentes, motivos do crime; assim, a personalidade do agente delituoso é analisada de maneira subjetiva, e são observadas e aplicadas pelo magistrado, sendo fixada de maneira discricionária, mas de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 59 do Código Penal. Desta forma, a personalidade e seus elementos formadores são adotados na

dosimetria da pena quando da aplicação da pena base. Prevendo o artigo 59 às seguintes circunstâncias: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e consequências do crime e o comportamento da vítima.

3.4 Valoração da personalidade inserida na ação criminosa

A personalidade é analisada pelo magistrado ao fixar a pena base, que é uma das circunstâncias judiciais, prevendo o artigo 59 do Código Penal um rol de circunstância de caráter subjetivo, pautado no agente delituoso. Uma dessas circunstâncias é a personalidade, que é objeto de estudo deste trabalho. A personalidade, presente nas circunstâncias do artigo 59, no entendimento de Bitencourt (2013), é entendida como a qualidade moral e social do agente; Trata-se, assim, da índole do indivíduo ou seu perfil moral, entrelaçado a sua característica psicológica. Capez (2014) afirma que tal conceito não pertence ao campo jurídico, mas, sim, à psiquiatria e à psicologia. Ainda nesse sentido, Greco (2013) colabora com tal premissa, ao afirmar que o magistrado não possui capacidade técnica para aferir a personalidade do agente, posto que tal assunto não é de sua área técnica, não tendo, assim, condição de, tecnicamente, fazer tal avaliação.

Desse modo, a personalidade é valorada a partir da análise subjetiva, quando se observam elementos que priorizem as características penais dos autores de infrações, para que se possa fixar a pena base, que é a primeira fase da dosimetria da pena.

4 A IMPUTAÇÃO DA PENA BASE COM PREVISÃO DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Preleciona o artigo 59 do Código Penal sobre a fixação da pena base, tendo em vista que tal diploma legal abraçou o critério trifásico para a aplicação da pena. Segundo Capez (2014), tal critério trifásico é oriundo do pensamento de Néelson Hungria, sustentando que a aplicação da pena deve ser desdobrada em três etapas, que são: a aplicação da pena base, observando as circunstâncias judiciais, as circunstâncias que agravem ou que atenuem e, por fim, as causas de aumento ou diminuição de pena. Desta forma, a aplicação da pena deve seguir uma sequência de três fases que, logicamente, trazem elementos desde a análise da personalidade do indivíduo até elementos intrínsecos do próprio tipo penal.

Estabelecendo o dispositivo, há elementos para a fixação da pena base; elementos esses que são as circunstâncias judiciais. Deste modo, tais circunstâncias devem ser analisadas e observadas pelo magistrado quando for aplicar a pena base, atendendo, assim, outro disposto no artigo 68 do Código Penal, que explica como deve se dar o cálculo da pena, atendendo à individualização da pena trazida pela Magna Carta de 1988.

As circunstâncias devem ser entendidas como elementos que podem agravar ou abrandar a imputação da sanção. Para Capez (2014), as circunstâncias são elementos secundários e eventuais, agregadas ao ato ilícito, que não influenciam na existência do mesmo e podem abrandar ou agravar a conduta. Bitencourt (2013) afirma que as circunstâncias são diretrizes, aspectos que traçam um roteiro, elemento orientador de caminhos a serem seguidos na hora da subsunção do fato à pena do autor da conduta. Sendo assim, as circunstâncias são elementos norteadores que direcionam a aplicação da pena base.

4.1 Circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal brasileiro

Segundo Bitencourt (2013), as circunstâncias judiciais não são definidas em lei, mas deixadas nas mãos dos magistrados sua identificação e mensuração, ou seja, a lei não preleciona tais aspectos para agravar ou abrandar a sanção, deixa de forma discricionária e ao mesmo tempo vinculada ao julgador a sua identificação e aplicação, seguindo os critérios trazidos no bojo do artigo 59 do Código Penal. Sendo assim, a aplicabilidade das circunstâncias se dá por um critério subjetivo, que é apenas norteado pelo disposto no artigo 59 do código penal, deixando a sua aplicabilidade e convencimento ao magistrado.

Prevê o artigo 59 do Código Penal um rol que serve de parâmetro para fixação da pena base, rol esse que não é elencado em lei diversa esparsa, e limitando o arbitramento da pena. Consoante Capez (2014), as circunstâncias judiciais são conhecidas como circunstâncias uninominadas, que não são previstas por lei; são parâmetros para que o magistrado, de forma discricionária, analise diante de determinadas características do

agente e dentro do caso em si, de forma que a legislação penal não estabeleceu elementos legais para servir de base mas, sim, critérios subjetivos pautados na discricionariedade do julgador, que devem ser observados e fundamentados para a aplicação da pena base.

Cada circunstância, conforme Greco (2013), deve ser analisada e valorizada de forma peculiar, não devendo o magistrado apenas mencioná-la de forma superficial para fixação da pena base, pois tal análise desonra a sentença, posto que as partes precisam da justificativa para o entendimento dos motivos pelos quais o magistrado fixou o *quantum* da pena. Dessa forma, o juiz deve fundamentar cada circunstância como garantia de seu total conhecimento dos motivos que se utilizou para fixação da pena.

4.2 As circunstâncias judiciais em espécie do artigo 59 do Código Penal brasileiro

Nos termos do artigo 59 do Código Penal, o magistrado, ao fixar a pena base, deve levar em consideração as seguintes circunstâncias, emboçadas no dispositivo em epígrafe: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, os motivos do crime, a circunstância do crime, consequências do crime e o comportamento da vítima. Dessa forma, tais elementos são norteadores para a fixação da pena base, devendo ser observadas, aplicadas e fundamentadas pelo magistrado.

A culpabilidade deve ser entendida como o juízo de reprovabilidade da conduta ilícita. Para Capez (2014), o termo culpabilidade não é feliz, uma vez que denota a ideia de que é um elemento para que o sujeito seja condenado ou não; não como um critério para que se possa dosar a pena, pois a culpabilidade traz em seu bojo um juízo de reprovação da conduta e não elemento para fixação de condenação. Outra circunstância são os antecedentes. Na lição de Bitencourt (2013), os antecedentes devem ser entendidos como os fatos anteriores praticados pelo agente delituoso, que podem ser bons ou maus. Ainda nesse sentido, o autor mostra que a finalidade da circunstância é demonstrar a afinidade ou não do agente delituoso com condutas delituosas; assim, os antecedentes são uma análise da vida pregressa do agente delituoso, vendo sua relação com condutas ilícitas.

A personalidade é outra circunstância trazida pelo diploma legal em análise para aplicação da pena. A personalidade, ensina Capez (2014), é entendida como o perfil psicológico e moral, ou seja, a índole é um conceito que não pertence ao conhecimento jurídico, mas, sim, a áreas como a psicologia, psiquiatria, antropologia, verificada a necessidade de uma análise mais profunda desde a infância. Nesse sentido se posiciona Greco (2013), afirmando que o julgador é tecnicamente incapacitado para a análise de personalidade, posto que os profissionais da saúde têm melhores condições de fazer a análise. A personalidade, então, é elemento subjetivo, tratando-se de seu perfil moral e psicológico, e o magistrado não é tecnicamente preparado para a aplicação.

A conduta social é também uma das circunstâncias judiciais. Para Mirabete e Fabbrini (2007), conduta social é a participação desempenhada na comunidade, ou seja, seu papel no trabalho e a vida familiar na sociedade de forma geral. Nesse sentido também entende Greco (2013), ao afirmar que a conduta social que a lei transpassa é de que se trata do comportamento do agente perante a sociedade, visando a pesquisar o seu temperamento, se existe algum vício, tentando observar se seu comportamento teria influenciado para cometer a conduta ilícita. Assim, a conduta social é uma análise de seu comportamento em sociedade, visando a saber se seu comportamento influenciou no cometimento da conduta ilícita.

O motivo é uma das circunstâncias judiciais. Para Greco (2013), os motivos são as razões que antecedem os fatos e levam o agente a cometer a conduta ilícita. Complementando essa ideia, Capez (2014) afirma que os motivos são os elementos psicológicos que impulsionam o cometimento da conduta. Dessa forma, os motivos são entendidos como os elementos psicológicos que antecederam a conduta e influenciaram no cometimento da ação delituosa.

As circunstâncias e consequências do crime são elementos pautados em caráter objetivo e subjetivo. Na concepção de Capez (2014), as circunstâncias dizem respeito à conduta ilícita, como os meios utilizados, a duração e os sentimentos do autor, como a frieza e a insensibilidade do agente, ou seja, pautado na conduta, enquanto as consequências estão ligadas à extensão, isto é, o tamanho do dano, ressalvada a hipótese de que essa consequência possa configurar uma circunstância legal. Assim sendo, as circunstâncias dizem respeito aos elementos do tipo, como se deu o mesmo, à medida que as consequências analisam o resultado causado pela conduta ilícita.

Outra circunstância abraçada pelo diploma em análise é o comportamento da vítima. Na legislação penal inexistente a compensação de culpas, ou seja, uma culpa não irá compensar a outra, ambas devem ser punidas. De acordo com o que ensina Capez (2014), o comportamento da vítima indica como analisar se ela contribuiu para a ocorrência de tal fato delitivo. Sendo assim, tal circunstância pode agravar ou abrandar a pena. Nesse sentido, os autores Mirabete e Fabbrini (2007), de forma sintetizada, arrematam a ideia ao afirmarem que estudos relacionados à vitimologia mostram que as vítimas, muitas vezes, contribuem para os atos criminosos, isto é, o magistrado deve observar se a vítima tem contribuição no ato ilícito, se de alguma forma contribuiu para o cometimento do ilícito.

Como já citado anteriormente, cabe ao magistrado analisar e empregar tais circunstâncias à aplicação da pena base, devendo também o magistrado justificar cada uma delas na sentença, de forma individualizada, sendo vedada a utilização de uma mesma circunstância para majorar outra, sob pena de afrontar ao princípio do *non bis in idem*, ou seja, o juiz não pode se utilizar da mesma circunstância para agravar as demais, pois cada uma deve ser individualizada.

4.3 Dosimetria da pena e a personalidade do agente psicopata ante a dupla dosagem da pena: afronta ao princípio do *non bis in idem*?

O princípio do *non bis in idem*, nas palavras de Damásio de Jesus (2008), consiste no fato de ninguém ser punido duas vezes pela mesma conduta, possuindo dois sentidos: o penal material e o processual. O primeiro está ligado à ideia de que ninguém pode ser apenado duas vezes pela mesma conduta, enquanto o segundo está ligado ao fato de não ser processado duas vezes pelo mesmo fato, respectivamente; assim, o *non bis in idem* entende-se como a incidência de um ato sobre duas coisas, dessa forma não podendo ser processado e apenado duas vezes pela mesma conduta.

Diante de uma personalidade marcada por sua peculiaridade, marcas de crueldade e ausências de sentimentos, como fundamentar a pena base de um psicopata? Perante as características elencadas no artigo 59 do Código Penal? Seguido o rito da dosimetria da pena tais elementos intrínsecos de sua personalidade voltarão à tona e serão utilizados para majorar e agravar ainda mais a pena? Assim, existirá uma dupla dosagem da pena? Afrontará o princípio do *non bis in idem*? Como a imputabilidade se concretiza diante da personalidade psicopática? Como saber quem é o psicopata diante da subjetividade do termo psicopata? Como saber quem é o psicopata ou serial killer diante do senso comum? O magistrado tem capacidade técnica para valorar a personalidade peculiar do psicopata?

O psicopata é envolto de uma pluralidade de termos que os designa, que leva a uma série de dificuldades para seu estudo, visto a sua subjetividade, e é um objeto de estudo infundável sem muitas conclusões, levando as pessoas a erro pela pluralidade de sinônimos e pelo próprio significado do termo. Outro ponto que gera confusão é a questão de senso comum de associar o psicopata ao serial killer, como se ambos fossem o mesmo agente delituoso. O psicopata é um indivíduo com transgressão de personalidade e com ausência de qualquer tipo de sentimento com relação ao próximo, enquanto os serial killers são assassinos que cometem homicídios durante certo lapso temporal; assim, não se pode afirmar que todo psicopata é um assassino em série, posto que o psicopata não é apenas assassino, ele está envolto de outras condutas delitivas, e nem todo assassino em série é psicopata, pois o agente delituoso pode sofrer alguma desorientação mental, ter a mente perturbada por sofrimento, depressão e outras patologias de cunho psiquiátrico. Desta forma, conclui-se que nem todo serial killer é psicopata e que nem todo psicopata deve ser entendido como serial killer.

Nessa direção, a personalidade peculiar dará ao crime circunstâncias que, pela análise do tipo penal incriminador, ensejará em uma dupla dosagem de pena. Sua personalidade em sede de pena base gera elevada pena, que será agravada ainda mais ao se observar as circunstâncias que envolvem o crime, gerando-se, por consequência de sua personalidade, uma dupla ou até tripla dosagem na sua pena, posto que tanto as circunstâncias judiciais, que são de caráter subjetivo, ou seja, de análise do agente, quanto as legais vão estar ligadas à peculiaridade de sua personalidade, isto é, a personalidade peculiar do agente influenciará na aplicação da pena base, uma vez que se analisa o agente em si, que, diante de suas características peculiares, terá sua pena muito elevada quando da aplicação das demais fases da dosimetria da pena. Essas mesmas peculiaridades de sua personalidade influenciarão no *modus operandi* de sua conduta, que, por consequência, vão estar expressas como circunstâncias elementares do tipo. Assim, a personalidade será observada tanto em sede de pena base quanto em circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como nas causas de aumento de

pena, figurando uma dupla dosagem de pena, pois em dois ou até três momentos o mesmo fato será usado para majorar a pena, afrontando o princípio do *non bis in idem*, em razão de que o mesmo elemento, no caso a personalidade, será usado para majorar a sanção, prejudicando, então, o réu.

Outro ponto a ser discutido é a questão da ausência de conhecimento técnico em psicologia ou psiquiatria do magistrado para observar e mensurar a valoração do grau de reprovabilidade ou análise da subjetividade da personalidade do agente delituoso. Assim, o magistrado não tem tecnicidade para fazer tal aferição, uma vez que tem conhecimento técnico jurídico, o que não é suficiente para fazer aferição de elemento subjetivo da personalidade humana. Conclui-se, então, que o magistrado, ao fundamentar a pena base, deve respalda-se de fundamentos técnicos amparados por especialistas e não se utilizar de mesmo critério para aplicar circunstâncias que agravem ou causem aumento de pena.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A psicopatia é um termo muito polêmico, posto que existe um duplo entendimento acerca de sua existência, ou seja, parte da doutrina entende que se trata de um transtorno de personalidade, enquanto outra parte entende como patologia, isto é, doença mental ou um estado de loucura. O próprio termo gera tal dúvida, considerando que significa doença mental (do grego *psyche* – mente, e *pathos* – doença). Segundo Silva (2014), para o entendimento médico psiquiátrico a psicopatia não deve ser entendida como uma doença mental, pois as condutas criminosas do agente delituoso psicopata não são oriundas de uma mente perturbada por alguma patologia psiquiátrica, mas, sim, de um raciocínio frio e calculista, que se entrelaça à incapacidade de trato com outros indivíduos, racionais e dotados de sentimentos. Segundo Silva (2014), o agente delituoso psicopata tem sua personalidade marcada pela frieza e dissimulação, são calculistas e muito sedutores, visando apenas a si e seus benefícios próprios; são incapazes de estabelecer vínculos de cunho afetivo em razão de serem desprovidos de sentimento de culpa, e são atores exímios. O psicopata está presente em todos os grupos e classes sociais. Por onde esses indivíduos passam deixam um rastro de destruição e perdas.

Diante da análise da personalidade se faz necessário um estudo sobre a imputabilidade. Segundo Capez (2014), a imputabilidade entende-se como a capacidade de conhecer e compreender a ilicitude do fato, agindo, assim, com o entendimento de ilicitude dos atos. Mirabete e Fabbrini (2007) colaboram com tal entendimento ao afirmar que a conduta somente é reprovável se o sujeito tem capacidade psíquica, o que lhe permite entender a ilicitude de seus atos e condutas. Denota Capez (2014) que não é apenas o entendimento da ilicitude do ato, mas o comando da vontade de acordo com o entendimento de ilicitude do ato. Desta forma, o psicopata, em decorrência de sua personalidade peculiar, tem o conhecimento da ilicitude de seus atos, porém não tem sentimento de culpa, ou seja, ele não tem controle da vontade, uma vez que os danos e o sofrimento lhe instigam, estimulando-o. Em síntese, ele conhece a ilicitude de sua conduta, e a dor e o sofrimento que seus atos ilícitos causam, é estimulante, o que faz com que não tenha controle sobre sua vontade.

O juiz, ao julgar, deve observar as circunstâncias do crime para aplicação da pena base. No entendimento de Capez (2014), são elementos de caráter secundário que são utilizados para agravar ou abrandar as sanções impostas ao agente delituoso, diferenciando-se de elementares do tipo, que são elementos intrínsecos ao tipo penal. A aplicação das circunstâncias se dá de duas formas: as judiciais e as legais. As circunstâncias judiciais, para Capez (2014), são relacionadas ao agente delituoso e são de cunho subjetivo, enquanto as circunstâncias legais são situações que têm sua discriminação dada em lei e diz respeito a conduta, tendo cunho objetivo. Assim, o julgador deve observar tais circunstâncias ao aplicar as sanções. As circunstâncias judiciais estão esboçadas no artigo 59 do Código Penal brasileiro, utilizado na aplicação da pena base.

Uma nova discussão acerca da psicopatia faz com que o trabalho tenha um cunho inovador, em virtude de que a psicopatia já foi amplamente discutida sob os seguintes aspectos: personalidade do psicopata; imputabilidade; medida de segurança; psicopatia no sistema penal brasileiro; imputabilidade e ressocialização; imputabilidade dos *serial killers*, entre outras. Assim, a discussão da personalidade do agente delituoso psicopata, debatendo sua personalidade de forma a confrontar a imputabilidade e as circunstâncias do crime esboçadas no artigo 59 do Código Penal brasileiro, que analisa a personalidade do agente delituoso para aplicação da pena base, não foi pesquisado até o momento, trazendo um debate novo e indagações sobre o eixo temático desta pesquisa, demonstrando à sociedade o caráter de perpetuidade da pena aplicada ao agente delituoso psicopata quanto às sanções que lhe são aplicadas e a sua falta de finalidade, seja ela pedagógica ou punitiva, posto que a finalidade da pena não vai surtir efeito diante da personalidade do agente, em razão da ausência de sentimentos e de sensibilidade quanto ao delito cometido e punição aplicada, além de uma dupla dosagem na aplicação das sanções.

Após o presente estudo, pode-se concluir que a classificação e estudos acerca de quem é o psicopata passam por uma dificuldade de caráter subjetivo, considerando a subjetividade do indivíduo e a pluralidade de nomenclaturas, tornando o objeto de estudo vasto e infundável. A sociedade, a partir do senso comum, acaba por associar o psicopata e o serial killer a um mesmo indivíduo, mas o que não se pode fazer é tal associação de modo generalizado, uma vez que o psicopata é um indivíduo com transgressão de personalidade e ausente de qualquer tipo de sentimento com relação ao próximo, enquanto o serial killer é homicida ligado a uma certa quantidade de assassinato em determinado lapso temporal. Assim, o psicopata não é apenas assassino, ele está envolto em outras condutas delitivas, e nem todo assassino em série é psicopata, pois o agente delituoso pode sofrer de alguma desorientação de cunho psicológico, ter a mente perturbada por sofrimento, depressões ou outras patologias de cunho psiquiátrico. Deste modo, *a priori*, pode-se concluir que nem todo serial killer é psicopata e que nem todo psicopata deve ser entendido como serial killer.

O psicopata, como denotado em todo o trabalho, tem uma personalidade peculiar. Tal personalidade dará à conduta delitiva uma assinatura, e a personalidade peculiar dará ao crime circunstâncias, que, ao analisa o tipo penal incriminador, ensejará em uma dupla dosagem de pena, posto que o magistrado, ao aplicar a pena base, irá observar as circunstâncias judiciais, que, por sua análise subjetiva, será alta, em razão de sua personalidade peculiar. Seguindo o rito da dosimetria, sua personalidade também influenciará nas circunstâncias que agravem e que aumentem a pena, por que o *modus operandi* do agente psicopata ensejará em crimes com alta dosagem de pena, e a sua personalidade influenciará tanto na aplicação da pena base quanto nas demais fases da dosimetria da pena, ocorrendo uma dupla ou até mesmo uma tripla dosagem de pena, ou seja, figurando uma dupla dosagem de pena, pois em dois ou até três momentos o mesmo fato será usado para majorar a pena, afrontando o princípio do *non bis in idem*, em razão de que o mesmo elemento, no caso a personalidade, será usado para majorar a sanção, prejudicando, então, o réu.

Tal discussão fundamenta-se pela ausência de conhecimento técnico do julgador, ligado à psicologia ou à psiquiatria para a aferição e mensuração de valores ligados à subjetividade do agente delituoso, esboçado no artigo 59 do Código Penal. Assim, o julgador não tem tecnicidade para fazer tal aferição; ele tem conhecimento jurídico que é auxiliar essa aferição, mas não psiquiátrico, para aferir elementos subjetivos da personalidade humana.

6 REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 449-499, 766-783.
- BRASIL. *Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 mar. 2017.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, volume 1, parte geral: (art. 1º a 120º). 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CASOY, Ilana. *Serial Killers: louco ou cruel?* Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2014a.
- CASOY, Ilana. *Serial Killers: made in Brazil*. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2014b.
- CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- DAMÁSIO DE JESUS, E. *Direito penal*, volume 1: parte geral. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 453-470, 497-503, 549-554.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projeto de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GOMES, Cema Cardona; ALMEIDA, Rosa Maria. Psicopatia em homens e mulheres. *Arq. Bras. Psicol.*, Rio de Janeiro, vol. 62, n. 1, abr. 2010.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no Curso de Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamento de metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2010.
- MIRA Y LÓPEZ, Emílio. *Manual de psicologia jurídica*. 2. ed. Campinas, SP: LZN, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume 1, arts. 1º a 120. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MONTEIRO, Marcela. *Assassinos seriais: o poder da sideração e do superego arcaico*. 1. ed. Curitiba: Editora Prisma, 2016. p. 21-31.
- SILVA, Ana Beatriz. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.
- VERGARA Sylvania Constant. *Métodos de pesquisa em administração*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl; PIERANGELI José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro 1: parte geral*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

A VULNERABILIDADE DAS MULHERES ENCARCERADAS E A JUSTIÇA SOCIAL: O Importante Papel da Educação na Efetividade no Processo de Ressocialização

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.61-77>

Recebido em: 13/4/2019

Modificações requeridas em: 28/4/2019

Aceito em: 21/5/2019

Dirceu Pereira Siqueira

Coordenador e professor permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar). Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutorado e Mestrado em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Especialização em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto. Pesquisador Bolsista Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor – PPD – Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (Iceti). Professor nos cursos de Graduação em Direito da Universidade de Araraquara (Uniar), do Centro Universitário Unifafibe (Unifafibe) e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (Unifeb). Professor convidado do Programa de Mestrado em “Gestão Estratégica de Empresas – Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)”. Consultor jurídico. Advogado. dpsiqueira@uol.com.br

Sabrina Medina Andrecioli

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar de Maringá (Unicesumar). Pós-Graduação em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – Emap. Advogada. sah_andri@hotmail.com

RESUMO

Diante de um cenário de enormes violações de direitos que a população carcerária feminina vivencia, verifica-se a real importância de se tratar da temática e dos direitos dessa população. *Este trabalho, portanto, tem por objetivo retratar as violações das mulheres em situação de cárcere a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, como valor fundante de todo o sistema jurídico-social brasileiro. Assim, procurou-se analisar o conceito de vulnerabilidade social, minorias e grupos vulneráveis, qualificando a mulher encarcerada como grupo vulnerável, precisamente no sentido de dar condição de igualdade em relação aos demais indivíduos da sociedade. Para a efetiva concretização dos direitos sociais, por meio das ações positivas por parte do Estado e sociedade que promovam a dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo vital, deve-se passar pela adequada consideração do âmbito da norma, isto é, de seu suporte fático concreto e abstrato. Este trabalho, entretanto, tem por objetivo retratar as violações das mulheres presas, os desafios enfrentados pelo Estado na efetivação dos direitos sociais e a relevância do direito à educação para a fática ressociação. Empregou-se, para tanto, o método dedutivo de abordagem com o intuito de levantamento de hipóteses reflexivas sobre a temática do cárcere brasileiro e seus problemas, especificamente o encarceramento feminino e as violações de direitos sofridas pelas mulheres. Quanto aos métodos de investigação, utiliza-se o bibliográfico, a partir de uma revisão de literatura de obras, artigos de periódicos e documentos eletrônicos oficiais.*

Palavras-chave: Direitos sociais. Educação. Justiça social. Mulheres presas. Vulnerabilidade.

THE VULNERABILITY OF JAILED WOMEN AND SOCIAL JUSTICE: THE IMPORTANT ROLE OF EDUCATION IN EFFECTIVENESS IN THE RESSOCIALIZATION PROCESS

ABSTRACT

Faced with a scenario of enormous violations of rights that the female prison population experiences is that the real importance of dealing with the issue and the rights of this population is verified. Therefore, this work aims to portray the violations of women in prison, based on the principle of the dignity of the human person as a founding value of the entire Brazilian legal-social system. Thus, it was worried to analyze the concept of social vulnerability, minorities and vulnerable groups, qualifying the imprisoned woman as a vulnerable group, precisely in the sense of giving equality status to other individuals in society. For the effective realization of social rights, through positive actions by the State and society that promote the dignity of the human person and guarantee the vital minimum, one must take the proper consideration of the scope of the norm, that is, of its support concrete and abstract. Therefore, this paper aims to portray the violations of women prisoners, the challenges faced by the state in the implementation of social rights and relevance of the right to education for factual re-socialization. The deductive method of approach was used to investigate the hypotheses about the Brazilian prison and its problems, specifically the female incarceration and the violations of rights suffered by women. And, how many to the methods of investigation, the bibliographical one is used from a review of literature of works, articles of periodicals and official electronic documents.

Keywords: Social rights. Education. Social justice. Women prey. Vulnerability.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Da vulnerabilidade social e igualdade. 2.1 Das minorias e grupos vulneráveis. 3 Dos desafios enfrentados pelo Estado na efetivação dos direitos sociais. 4 Da ressociação da mulher presa e a efetiva justiça social. 4.1 Da justiça social. 4.2 Da ressociação da mulher presa e os direitos sociais à educação. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Ser mulher parece ser também uma condenação a um “lugar”, que é o de inferioridade, do menosprezo e da irracionalidade. Este é o lugar precípuo que a construção social de gênero destina às mulheres. Não é necessário estar em uma prisão para saber disto, mas é na prisão que todos esses estereótipos sobre o feminino afloram como uma ferida purulenta e fétida, sem tratamento que possa amenizar a dor de ser o que se é: uma mulher criminosa.

O crescimento do encarceramento feminino é um fenômeno que tem se acentuado nos últimos anos. Os dados oficiais trazidos pelo Infopen¹ demonstram que o número de pessoas presas cresceu 707% em relação ao total registrado no início da década de 90. Apesar do grande aumento do percentual da população feminina no sistema prisional brasileiro, ainda se verifica um número de mulheres presas bastante inferior ao de homens. Fato utilizado para justificar a secundarização das necessidades específicas e para a quase inexistência de política penitenciária que atenda o gênero feminino.

Os presídios afiguram-se como verdadeiros depósitos humanos e palcos das maiores violações aos direitos fundamentais do homem. Na sentença penal não somente há o cerceamento da liberdade do cidadão, mas de outros direitos essenciais que parecem invisíveis para o Estado, como a educação, a honra, a privacidade, a liberdade sexual e a assistência jurídica. O afastamento entre a vontade da lei e a realidade do sistema carcerário nacional é acentuado e decorre da falta de vontade política do Estado em tutelar uma minoria impopular. A começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, III), é demarcado um campo de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais, e isso evidencia que a falta de condições materiais mínimas ao homem retira da pessoa o seu desenvolvimento físico e psíquico, gerando a injustiça.

Com relação às mulheres encarceradas, objeto de estudo deste trabalho, verifica-se diversos problemas e questões delicadas do cárcere feminino, como a situação da maternidade no cárcere, a gravidez, a extensão dos efeitos do cárcere aos filhos, a manutenção de vínculos familiares e afetivos, a efetivação do direito à visita íntima, a concessão de prisão domiciliar diante de instalações improvisadas nos presídios destinados a abrigar mulheres, dentre outros problemas institucionais.

O cenário do encarceramento feminino brasileiro evidencia, portanto, ausência de tutela do Estado com relação a esse grupo vulnerável da população e o desrespeito com os direitos fundamentais e de personalidade dos apenados com fins de res(socialização). A vulnerabilidade deste grupo de indivíduos reflete a desigualdade existente, a qual deveria ser tratada com a importância devida.

Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, partindo de teorias gerais para a ocorrência de fenômenos particulares na busca do derradeiro objetivo representado na identificação sujeito-objeto do estudo e seus direitos, sendo realizada uma análise reflexiva. Aliado à abordagem dedutiva, será utilizado o método dialético, sob o ponto de vista hegeliano, na tentativa de apresentar argumentos e contra-argumentos sólidos sobre a hipótese inicialmente levantada, a fim de apurar suas possíveis contradições. Já como método de procedimento, utiliza-se o estatístico e o funcional, consistindo em analisar o todo do ponto de vista da função de suas unidades. Por fim, quanto aos métodos de investigação, emprega-se o bibliográfico e o documental, realizado por meio de consulta de obras, artigos de periódicos e documentos eletrônicos.

Para tanto, o estudo foi dividido em três seções. Na primeira, analisar-se-á o conceito de vulnerabilidade social e igualdade, demonstrando a importância destas questões introdutórias para se captar a essência da fragilidade social dos grupos vulneráveis e minorias sociais, dando enfoque à vulnerabilidade da mulher em situação de cárcere. Assim, far-se-á um breve exame dos conceitos de minorias e grupos vulneráveis, estabelecendo os pontos em comum, bem como os pontos de divergências, buscando elucidar a importância da distinção entre eles para a adequada concretização dos direitos fundamentais. A segunda seção vai se preocupar

¹ Infopen consiste em um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004 e sintetizando informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 14 fev. 2019.

em analisar os desafios enfrentados pelo Estado na efetivação dos direitos sociais, quando se enfatizará que a eficiência dos direitos sociais depende diretamente da correta compreensão dos seus destinatários, com suas respectivas peculiaridades, e dos fatores que geram suas vulnerabilidades diante do caso concreto.

Por fim, a terceira parte investigará o fenômeno ressocialização da mulher presa para a efetiva justiça social, trazendo a relevância do direito à educação no atual cenário jurídico-social brasileiro e as necessidades de perspectivas diferenciadas no tratamento da temática. Seguindo essa visão, será enfatizada a necessidade da imposição de políticas públicas destinadas a melhorar a educação de jovens do sexo feminino, tendo em vista a notoriedade dos reflexos diretos que a precariedade da educação do Estado brasileiro gera em outras áreas, como a da saúde, índices de mortalidade e, principalmente, no sistema carcerário.

2 DA VULNERABILIDADE SOCIAL E IGUALDADE

Há uma impossibilidade de subsistência dos direitos fundamentais, quando a igualdade é cerceada pela vulnerabilidade que ataca determinados grupos ou pessoas. Nesse sentido, a igualdade é uma ideia a ser construída, ou seja, que precisa ser obtida por meio de reivindicações e conquistas, especialmente porque a desigualdade tem potencial de prejudicar toda a sociedade (ROTHENBURG, 2008, p. 78-79).

Em termos jurídicos, a igualdade expressa-se sob a forma de norma da espécie princípio; e como princípio é considerado parte da estrutura do sistema constitucional global. Assim, Canotilho e Moreira (2007, p. 3) aduzem:

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social.

Exatamente por ser um princípio jurídico, a igualdade tem sua aplicação condicionada por outras normas. Conforme Alexy (1993, p. 86), os princípios podem ser aplicados em maior ou menor medida, sendo “mandatos de optimización” (ordens de confiança), isto é, caracterizam-se pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e na medida devida de seu cumprimento, dependendo de possibilidades jurídicas e reais.

O princípio fundamental da igualdade deve-se também se expressar em regras (normas mais específicas), que caracterizam concretizações da igualdade em diversos níveis (ROTHENBURG, 2008, p. 80). Vislumbra-se, assim, a importância desse princípio em virtude de seu valor central no direito contemporâneo, e por estar presente desde as primeiras declarações de direitos. Para Comparato (2014, p. 62), o artigo I da Declaração da Independência Americana é o registro de nascimento dos Direitos Humanos na história, vindo a consolidar a ideia de igualdade entre os homens, também presente na Declaração do Homem e do Cidadão de 1789.

Após as duas grandes guerras mundiais tornou-se necessário o reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana como uma conquista de razão ético-jurídica. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, tinha, assim, requisito único para a titularidade de direitos e a própria condição humana; a dignidade humana passa a ser incorporada por todos os outros tratados e declarações de direitos humanos que passaram a integrar o Direito Internacional (PIOVESAN, 2013, p. 210).

A dignidade da pessoa humana desempenha um grande papel nessa teoria jurídica repaginada, no qual a interpretação da norma é marcadamente motivada por valores éticos e fatos sociais. Nessa esteira, diante da reconstrução do mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, Luís Roberto Barroso (2013, p. 18-19) aduz:

[...] A dignidade humana foi incorporada ao discurso político dos vitoriosos como uma das bases para uma longa e aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos. A dignidade humana foi então importada para o discurso jurídico devido a dois fatores principais. O primeiro deles foi a inclusão em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais, de referências textuais à dignidade humana. O segundo fator corresponde a um fenômeno mais sutil, que se tornou mais visível com o passar do tempo: a ascensão de uma cultura jurídica, pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 objetivou delinear uma ordem pública fundada no respeito à dignidade humana, e, ao consagrar valores básicos universais, consagrou a dignidade da pessoa. Deste modo, a dignidade humana tornou-se o valor fundante do sistema dos direitos fundamentais e se converteu no patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampada nos direitos subjetivos incorporados e assegurados pelo sistema constitucional. Foi a partir desse momento histórico, iniciando-se pela própria Declaração de 1948, que o princípio da igualdade passou a constar no sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Desta feita, a Constituição Brasileira de 1988 é um espelho da metamorfose paradigmática da lente *ex parte principis* para a *ex parte populi*, ou seja, não é mais sob a perspectiva do Estado que se afirma o direito, e sim sob a perspectiva dos direitos que se afirma o Estado (PIOVESAN, 2013, p. 96). A dignidade da pessoa humana é a norma irradiadora que instrui o constitucionalismo contemporâneo, princípio em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados (BONAVIDES, 2001, p. 233).

Dentro do cenário atual da afirmação da dignidade humana, tendo a igualdade como um de seus corolários, o que se levanta é que não basta simplesmente aduzir que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, conforme leciona o artigo 5º da Constituição brasileira, e torna-se essencial, também, trabalhar com soluções para casos concretos.

Os indivíduos são essencialmente diferentes, devendo ser protegidos na medida de suas diferenças. O conceito de igualdade de Boaventura Souza Santos (2003, p. 106) enquadra perfeitamente a importância de se entender a igualdade por intermédio da luz da diferença. Segundo ele, “[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”.

O princípio da igualdade implica proibição de discriminações indevidas. Nesse sentido, Rothenburg (2008, p. 82) trabalha sobre a igualdade formal e material:

O combate à discriminação, como dimensão “negativa” (de viés repressor) da igualdade, pode assumir formulações mais específicas, com vistas à proteção de determinadas pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade. Assim, para além da igualdade formal, normas jurídicas de proibição podem traduzir o anseio por igualdade material.

Importante, então, se faz a distinção entre igualdade material e formal. Segundo Miguel Carbonell (2003, p. 13), a igualdade material exige dos poderes públicos atos de remoção dos obstáculos que impedem a efetivação de uma igualdade de fato, inclusive podendo demandar o estabelecimento de medidas de discriminação inversa. Já a igualdade formal é dirigida principalmente aos legisladores. É aquela constante nas declarações e constituições que afirmam que todos são iguais perante a lei; assim, a igualdade formal, por si só, passava uma ideia de proteção geral e abstrata, revelando ser insuficiente (REZEC NETO; BORCAT, 2015, p. 107).

Verifica-se em Sarlet (2012, p. 78) a existência de duas dimensões da igualdade: a objetiva e a subjetiva. A objetiva é contemplada como valor e princípio fundamental do direito constitucional, sendo base do Estado Democrático e Social de Direito, ensejando o dever do Estado de proteger as pessoas e combater os atos discriminatórios. Já a igualdade subjetiva seria, basicamente, um ponto de defesa e um aspecto prestacional (negativo e positivo).

Quanto aos destinatários do direito da igualdade, o mesmo autor assevera que seriam os órgãos estatais, em primeira linha, vinculando todos os órgãos, funções e ações estatais para a plena aplicabilidade. O direito à igualdade abrange toda a ordem privada, mediada pelo legislador na sua projeção e nas suas cláusulas especiais (SARLET, 2012, p. 80-81).

É nesse espaço que as minorias e grupos vulneráveis passam a ser vistas nas especificidades de sua condição social; as diferenças devem ser respeitadas, passando do nicho da igualdade formal para a material. Desse modo, quando a igualdade é violada, a consequência natural é considerar o surgimento de uma desigualdade. A desigualdade, assim, seria a origem da vulnerabilidade social de grupos ou diversas pessoas. Miriam Abramovay *et al.* (2002, p. 29) assevera sobre a consequência negativa originada da relação estabelecida entre disponibilidade dos recursos materiais e/ou simbólicos dos indivíduos ou grupos, e o acesso à estrutura de oportunidades sociais, econômicas e culturais provenientes do Estado, mercado e sociedade.

Sintetizando, a vulnerabilidade fundamenta-se em três elementos básicos para sua caracterização: os recursos materiais ou simbólicos, as estruturas de oportunidades que são oferecidas pelo Estado, sociedade e mercado e as estratégias de uso de ativos.

Nesse sentido, é mais vulnerável um grupo ou indivíduo que, por diferentes razões, tem sua capacidade de acessar direitos ou de se defender reduzida. Segundo Castro *et al.* (2002, p. 30), vulnerabilidade se traduz como:

[...] situação em que o conjunto de características, recursos e habilidades inerentes a um dado grupo social se revelam insuficientes, inadequados ou difíceis para lidar com o sistema de oportunidades oferecido pela sociedade, de forma a ascender a maiores níveis de bem-estar ou diminuir probabilidades de deterioração das condições de vida de determinados atores sociais.

Isto posto, políticas públicas como ações afirmativas neutralizam os efeitos da discriminação e também apresentam um conteúdo de transformação social. As desigualdades de gênero determinam a condição de vulnerabilidade das mulheres presas, pois estão sujeitas a vulnerabilidades e riscos que incluem a violação de direitos humanos e sociais, tais como o direito à vida, à saúde e à educação, conforme será abordado mais detalhadamente nos próximos tópicos.

2.1 Das minorias e grupos vulneráveis

Feita a análise, mesmo que breve, sobre o conceito de igualdade e da ideia de vulnerabilidade, passa-se a distinguir minorias de grupos vulneráveis tendo em vista que a correta compreensão desses conceitos é de essencial importância para o estudo dos direitos sociais e, conseqüentemente, na execução de políticas públicas eficientes e adequadas a cada destinatário, concernentes às suas características próprias. Assim, a diferenciação dos conceitos é essencial para que as ações afirmativas efetivamente propostas e executadas atinjam seus reais objetivos.

Destaca-se, primeiramente, a importância da análise dos conceitos de grupos vulneráveis e minorias, na medida em que em diversos estudos essas terminologias têm sido empregadas, muitas vezes, como sinônimos, não havendo muita precisão (ANJOS FILHO, 2010, p. 342).

Conforme o exposto anteriormente, a não exclusão das minorias e grupos vulneráveis vai depender que exista mais do que a igualdade formal, posto que esta não impreterivelmente indica uma aplicação efetiva do princípio da igualdade, uma vez que “[...] para tal concretização será necessária uma atividade jurídica que contemple uma verdadeira interpretação dos dispositivos legais de modo a atender as minorias” (SIQUEIRA; MINHOTO, 2012, p. 14).

No âmbito internacional, as Nações Unidas, no ano de 1950, por meio da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de Minorias, sugeriu o seguinte conceito de minorias:

I – o termo minoria inclui, dentro do conjunto da população, apenas aqueles grupos não dominantes, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou lingüísticas estáveis, marcadamente distintas daquelas do resto da população; II – tais minorias devem propriamente incluir um número de pessoas suficiente em si mesmo para preservar tais tradições e características e III – tais minorias devem ser leais ao Estado dos quais sejam nacionais.

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,² de 1966, elenca algumas dessas características no seu artigo 27.³ Da mesma forma, a Organização das Nações Unidas define que:

A descrição mais habitualmente utilizada de uma minoria num dado Estado pode ser resumida como um grupo não dominante de indivíduos que partilham certas características nacionais, étnicas, religiosas ou lingüísticas, diferentes das características da maioria da população (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 18).

² Ratificado pelo Brasil em 1992 por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html. Acesso em: 10 jun. 2018.

³ Artigo 27 – Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Como se pode notar, a identificação das minorias não possui um conceito universal definido, e a ONU não institui um conceito fechado. Segundo Robério Nunes Anjos Filho (2010, p. 351), podem, normalmente, ser apontados quatro elementos caracterizadores das minorias: o diferenciador, o quantitativo, o de nacionalidade e o de não dominância, agregando-se, ainda, um outro elemento de natureza subjetiva – o da solidariedade.

O primeiro elemento – o diferenciador – exige a presença, de forma estável, em cada membro do grupo de uma “determinada característica, que o distinga do restante da população”, sendo ainda necessária a presença dos demais elementos para caracterizar o grupo minoritário (ANJOS FILHO, 2010, p. 351). Já com relação ao segundo elemento – o quantitativo –, Anjos Filho (2010, p. 352) entende que essa questão quantitativa revela a concepção de que “um grupo numericamente majoritário em uma sociedade não pode ser considerado minoria”.

Quanto ao critério numérico, importa mencionar o entendimento de Lopes (2006, p. 55), que partilha que existem determinadas minorias que são maiorias numéricas; o exemplo utilizado para elucidar é o tempo do *Apartheid* na África do Sul. O critério mais adequado para a autora seria o da exclusão social e a falta de participação nas decisões políticas. Propõe, assim, que “[...] todo grupo humano, cujos membros tenham direitos limitados ou negados apenas pelo fato de pertencerem a esse grupo, deve ser considerado um grupo minoritário” (LOPES, 2006, p. 55-56).

O outro elemento caracterizador das minorias seria o da nacionalidade. A tendência atual é de reconhecer a existência de obrigações dos Estados para a minoria presente nos limites territoriais, independente de as pessoas serem nacionais ou não (ANJOS FILHO, 2010, p. 353).

Neste viés, importa mencionar J. J. G. Canotilho (1993), que, se referindo ao atual modelo do Estado Democrático de Direito, aduz:

A democracia tem como suporte ineliminável o princípio majoritário, mas isso não significa qualquer “absolutismo da maioria” e, muito menos, o domínio da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias (p. 456).

Apesar da não dominância dificultar a elaboração de políticas públicas de reconhecimento ou de identidade, este não pode ser um obstáculo para a sua consecução, dado que o elemento norteador dos atos do Estado é o princípio da dignidade da pessoa humana, indissociável da igualdade.

Por fim, o elemento subjetivo da solidariedade, segundo Anjos Filho (2010, p. 354), refere-se à vontade dos indivíduos em manter as características que os distinguem do restante da sociedade. Em síntese, a partir do reconhecimento do grupo minoritário, o sujeito irá simetricamente necessitar de um tratamento diferenciado para garantir o seu enquadramento à sociedade.

Embora grupos minoritários e vulneráveis apresentem semelhanças (como a incidência de vulnerabilidade e o fato de não serem grupos dominantes), possuem elementos distintivos que não podem ser desconsiderados pelo intérprete e aplicador da norma, sob pena de gerar uma desigualdade, com grande perda normativa do texto dos direitos sociais fundamentais.

Assim, a discussão em torno da necessária distinção entre minoria e grupos vulneráveis tem espaço crescente na sociedade, principalmente no que diz respeito a aspectos jurídicos dos termos (SIQUEIRA, 2013, p. 188). Nessa esteira, Anjos Filho (2010, p. 356) denota a existência desta distinção, podendo se falar em grupos de vulneráveis *lato sensu* e grupos de vulneráveis *stricto sensu*; o primeiro constitui gênero ao qual pertencem, de acordo com o contexto do Estado, “pessoas portadoras de necessidades especiais físicas ou mentais, idosos, mulheres, favelados, crianças, minorias étnicas, religiosas e linguísticas, índios, descendentes de quilombos, ribeirinhos, trabalhadores rurais, sem-terra, dentre outros”.

As minorias se enquadram na ideia de grupos vulneráveis em sentido amplo, mas não no conceito em sentido estrito. O autor fundamenta na E/CN.4/Sub.2/1993/34, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que o parágrafo 31 afirma existir “minorias” e “situação minoritária” (ANJOS FILHO, 2010, p. 356). Neste diapasão, existem três elementos diferenciadores básicos entre minorias e grupos vulneráveis, que seriam: o critério numérico, o diferenciador e, por último, o da solidariedade.

O primeiro critério distingue a minoria como grupo numericamente inferior ao restante da população, e o grupo de vulneráveis, em sentido estrito, pode ser numericamente majoritário. Já o diferenciador refere-se aos traços étnicos, religiosos e linguísticos,⁴ ou seja, o ponto principal é o elemento cultural, pois as minorias possuem um liame que imprime uma identidade cultural ao grupo (ANJOS FILHO, 2010, p. 360). Por fim, o critério da solidariedade refere-se ao desejo de manutenção dos traços diferenciadores; essa exigência não se faz nos grupos vulneráveis em sentido estrito (SIQUEIRA, 2013, p. 190).

O que se extrai de todo o exposto é que a condição de vulnerabilidade está atrelada à identificação de carências discriminadoras, sejam elas pertinentes às minorias ou aos grupos vulneráveis propriamente ditos (CAYRES; CIDADE, 2015, p. 174).

No que se refere à proteção das minorias no âmbito da Constituição Federal de 1988, o artigo 3º preconiza os objetivos fundamentais da República Federativa,⁵ e se identifica a erradicação das desigualdades sociais como base do Estado democrático de direito, o que implica reconhecer respeito e tratamento materialmente igual à todas as pessoas no que concerne à dignidade, com respeito, assim, à manutenção das características das minorias, por intermédio do desenvolvimento da tolerância e da solidariedade. Além disso, a Constituição é permeada de outros institutos que reforçam os objetivos gerais da República; em destaque seriam os próprios direitos fundamentais propriamente ditos (artigos 5º e 6º). É necessário, portanto, que o Estado promova uma efetiva proteção das minorias, levando em conta suas especificidades, com observância as suas especiais vulnerabilidades de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna. Ressalta-se o enquadramento das mulheres em situação de cárcere no conceito de grupo vulnerável, devendo os direitos subjetivos deste grupo serem observados, tendo em vista constituírem direitos fundamentais e gozarem, portanto, de universalidade, irrenunciabilidade e historicidade, demandando medidas redutoras de desigualdade.

Ao exercer concretamente a punibilidade, o Estado tem cerceado não somente a liberdade do cidadão/cidadã, mas também outros direitos fundamentais não abrangidos pela sentença: honra; privacidade; intimidade; liberdade sexual; saúde; educação; assistência jurídica; alimentação; higiene pessoal. Estes são elementos que parecem invisíveis ao Estado, pois vivencia-se um sistema longe de servir de instrumento de ressocialização (ÁVILA; SANTOS, 2017, p. 269). É nessa direção que se enquadra a temática do encarceramento brasileiro, diante de um cenário de invisibilidade, violência e descaso em que estão inseridos os homens e as mulheres presos; a situação nacional revela fragilidades das políticas criminais e sociais no que concerne à redução das desigualdades e ao fortalecimento da cidadania dessas mulheres e suas famílias.

Segundo dados do último diagnóstico de pessoas presas no Brasil, elaborado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF –, o cenário é desesperador, o que leva a acreditar que o atual sistema prisional brasileiro parece desconhecer ou desprestigiar os princípios basilares da Constituição. O quadro indica violação do princípio da dignidade da pessoa humana, da proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante e das sanções cruéis, do cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado, do respeito à integridade física e moral dos presos, da presunção de não culpabilidade, dos direitos fundamentais à saúde, à educação, à alimentação apropriada e do acesso à Justiça.

O total desrespeito dos direitos fundamentais é revelado de forma inequívoca no retrato brasileiro do cárcere, e esta realidade é consideravelmente intensificada nas prisões de mulheres. As necessidades e experiências femininas devem ser reconhecidas de acordo com o universo feminino e não simplesmente adaptadas aos moldes masculinos (MENDES, 2017, p. 215). Assim, o tema acerca das mulheres encarceradas, objeto de estudo deste trabalho, apresenta diversos problemas e questões delicadas do cárcere feminino, como a situação da maternidade no cárcere, a gravidez, o uso de algemas durante o parto, extensão dos efeitos do cárcere aos filhos, a manutenção de vínculos familiares e afetivos, a efetivação do direito à visita íntima, a concessão de prisão domiciliar diante de instalações improvisadas nos presídios destinados a abrigar mulheres, dentre outros problemas institucionais.

⁴ De acordo com SIQUEIRA (2013, p. 190), incluir-se-ia, ainda, os hábitos alimentares, “os quais compõem a identidade cultural do grupo e necessitam ser protegido para a preservação da dignidade daquelas pessoas”.

⁵ I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O cenário do encarceramento feminino brasileiro evidencia ausência de tutela do Estado com relação a esse grupo vulnerável da população e o desrespeito com os direitos fundamentais e de personalidade dos apenados com fins de res(socialização). A vulnerabilidade deste grupo de indivíduos reflete a desigualdade existente, a qual deveria ser tratada com a importância devida. É muito importante a discussão sobre a indispensabilidade de uma análise epistemológica feminista para a verdadeira compreensão do grande aprisionamento feminino vivenciado na atualidade. Uma criminologia feminista autônoma, comprometida com a situação de vulnerabilidade das mulheres encarceradas, quando se busca compreender os processos sociais e históricos que contribuem para o encarceramento de determinada parcela das mulheres, e os imperativos da seletividade e do controle social que caracterizam o sistema penal.

3 DOS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

É diante de um cenário de invisibilidade, violência e descaso em que estão inseridos os homens e as mulheres presos, que a situação nacional revela fragilidades das políticas criminais e sociais no que concerne à redução das desigualdades e ao fortalecimento da cidadania dessas mulheres e suas famílias. Ante a essa realidade, pode-se perguntar onde o problema reside e se há carência de leis. São 32 disposições somente no artigo 5º do texto Constitucional, destinadas à proteção, direta ou indireta, das garantias da pessoa privada de liberdade, revelando um compromisso aparente do Estado. Além disso, a Lei de Execução Penal brasileira encampa rol extenso de direitos e deveres do preso, objetivando a humanização do cumprimento da pena.

Ou seja, o Brasil não carece de leis, mas, sim, de ausência de interesse político em envolver uma minoria lamentavelmente invisível aos olhos da sociedade e, especialmente, do Parlamento. As políticas públicas relacionadas ao cárcere não são populares e dificilmente encontram respaldo dos congressistas (ÁVILA; SANTOS, 2017, p. 274). Além do mais, vivencia-se uma cultura punitiva diante do quadro da violação constante a direitos fundamentais e falência de políticas públicas que definem a mentalidade de grande parte da população. É mais fácil ignorar esses problemas sociais do que reconhecer parcela de culpa da sociedade pela deterioração do tecido social.

A resposta simbólica ao problema da criminalidade concentra-se nos efeitos do delito, deixando de voltar suas propostas para as raízes estruturais (econômicas e sociais) e político-ideológicas da questão (ARGUELLO, 2005, p. 2). Assim, a política de enfrentamento do crime é endereçada àquelas pessoas seletivamente consideradas como “criminosas” pelo controle formal, em vez de atacar a violência estrutural na qual estão inseridas (pobreza, exclusão e desigualdade social). A partir dessa ideologia, o Estado passa a adotar políticas criminais e penitenciárias com o pragmatismo utilitarista que se impôs na legislação penal, aproveitando as demandas simbólicas para maior intervenção do aparato penal. O Estado assume a sua incapacitação seletiva e cria respostas rápidas para anseios e medos da sociedade, por meio do mecanismo mais simples de retórica política, a saber: “a expressão de sentimentos punitivos” (FONSECA, 2012, p. 319).

A Constituição Federal de 1988, no que se refere à proteção dos direitos sociais, traz um avanço em relação às antigas constituições do Brasil. Antigamente os direitos sociais eram tratados dentro do título “Da ordem econômica e social”, mas no novo modelo os direitos sociais são tratados como direitos fundamentais. Sarlet (2009), assim como outros autores, concebe a existência de uma dignidade comum a todos os seres humanos, fomentada no respeito e na satisfação de uma série de direitos indispensáveis para a garantia de uma vida digna, o que, conseqüentemente, justificaria a universalização dos direitos fundamentais (p. 69).

Com grande nitidez, Arango (2005, p. 37) esclarece sobre a fundamentalidade dos direitos sociais:

Según su genus proximum, los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales, es decir, derechos subjetivos con un alto grado de importancia. Pero lo que distingue a los derechos sociales fundamentales de otros derechos fundamentales (diferencia específica) es que son “derechos de prestación en su sentido estrecho”, es decir, derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado.

Assim, os direitos sociais positivados constituem-se em obrigações positivas, conferindo característica de exigibilidade (KELLER, 2007, p. 232). O estado democrático de direito está conectado de forma indissolúvel à realização dos direitos fundamentais, e é como decorrência dessa prestação positiva que vem a questão da previsão de recursos suficientes ao seu total atendimento.

O que se constata é uma dificuldade na efetivação dos direitos sociais em razão de problemas de ordem política, social, administrativa e jurídica. A concepção da garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente a um grau zero de garantia (CANOTILHO, 1993, p. 450).

Os motivos para reduzir direitos a uma mera garantia inacessível são, em primeiro lugar, referentes aos custos dos direitos sociais, aderindo rapidamente à construção da dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos sociais somente existem quando existir dinheiro nos cofres públicos (CANOTILHO, 1993, p. 451). O grande problema é que a reserva do possível foi pensada para ser um instituto excepcional no nosso ordenamento, porém de exceção virou regra. Temos, na prática, a reserva do possível sendo alegada de maneira indiscriminada.

É exatamente para proteger o cidadão de bem dessa alegação indiscriminada que se começou a utilizar a tese do mínimo existencial, salvaguardando uma esfera última de direitos; direitos estes contra os quais nenhuma tese de insuficiência financeira estatal poderá ser alegada. Diante dessa situação Canotilho (1993, p. 451) leciona no sentido de que “[...] um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.

Nesse sentido, a impressão que se tem quando se estuda esse assunto é que existe uma máxima que permeia no poder público, na direção de que o orçamento é insuficiente e, de certa forma, realmente o rol de garantias e direitos sociais é extenso e mais custoso que o direito de liberdade, por exemplo.

O óbice orçamentário ou reserva do possível, porém, não passa de mera retórica diante da concepção da garantia jurídica-constitucional (KELLER, 2007, p. 264). Enquanto outros países estão trabalhando para maximizar, o Brasil ainda está brigando pelo mínimo, mesmo sendo um país de carga tributária elevadíssima.

Seria uma metodologia interessante estabelecer critérios objetivos para evitar decisões judiciais tão contraditórias, além da necessidade de se discutir o orçamento público por meio de audiências públicas, utilizando as redes de tecnologia de informação para que, assim, clareie se é efetivamente um problema de restrição orçamentária naquele dado concreto ou é um mero problema de eficiência.

É nessa perspectiva que a sociedade deve agir em parceria com o Estado na reorganização da sociedade. O importante é criar um movimento de solidariedade capaz de envolver a todos, visando a alcançar as mudanças almeçadas, inclusive na ordem jurídica (KELLER, 2007, p. 274).

Assim, a inclusão social somente irá efetivamente acontecer por meio da prestação de serviços públicos com a participação efetiva da cidadania e da sociedade civil. É diante do fato de os direitos sociais serem normas de eficácia plena e imediata, impondo obrigação positiva do Estado, que se verifica a importância da compreensão adequada de quem são os destinatários, pois a questão da titularidade dos direitos fundamentais tem íntima ligação com a característica jurídica do sujeito de direitos.

Por esse ângulo, Flavia Piovesan (2004, p. 29) enfatiza que “A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas também específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão”. A eficiência dos direitos sociais, portanto, depende diretamente da correta compreensão dos seus destinatários, com suas respectivas peculiaridades, e dos fatores que geram suas vulnerabilidades diante do caso concreto.

No que concerne às mulheres em situação de cárcere, consideradas grupo vulnerável, se exige medidas positivas estatais e da sociedade na promoção dos direitos sociais, que venham a incluir este segmento de pessoas tão invisíveis da sociedade. A mulher presa quer ser incluída na sociedade enquanto pessoa que é, dotada de direitos e dignidade.

4 DA RESSOCIALIZAÇÃO DA MULHER PRESA E A EFETIVA JUSTIÇA SOCIAL

Diante da invisibilidade das mulheres inseridas no sistema prisional brasileiro, até mesmo pelos estudos de criminologia, torna-se essencial traçar alguns pontos para explicar como é o perfil dessas pessoas e a regulamentação do atual cenário jurídico brasileiro.

Inicia-se trazendo dados oficiais de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro – o Infopen.⁶ As estatísticas demonstram que o número de pessoas presas cresceu 707% em relação ao total registrado no início da década de 90 (BRASIL, 2017a); já com relação à população carcerária feminina, o aumento exponencial chega a 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, enquanto na masculina o percentual foi de 293% no mesmo período (BRASIL, 2017b). O que ainda se denota do levantamento é a assustadora porcentagem de 45% que se refere à população carcerária feminina presa provisoriamente; um aumento com relação a primeira edição do Infopen mulheres de junho de 2014, que mostrava 30,1% nessa condição (BRASIL, 2017b).

Quanto ao perfil das mulheres privadas de liberdade, as estatísticas revelam a vulnerabilidade e exclusão social, tendo em vista que, em sua larga maioria, têm origem em classes populares, com baixa instrução e exclusão do mercado formal de trabalho. Dados elucidam que a maioria das mulheres presas é negra (62%), jovem (o maior índice de presas está na faixa etária de 18 a 29 anos) e com pouco ou nenhum estudo. Cerca de 66% da população prisional feminina ainda não acessou o Ensino Médio, tendo concluído, no máximo, o Ensino Fundamental, e apenas 15% da população prisional feminina concluiu o Ensino Médio (2017b, p. 40).

Sobre a educação da mulher, o Relatório do Desenvolvimento Humano 2013, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD),⁷ enfatiza a importância da educação da mãe no desenvolvimento, e na própria sobrevivência da criança, mais do que o rendimento familiar propriamente dito, o que evidencia a necessidade de realizar políticas públicas destinadas a melhorar a educação de jovens do sexo feminino (PNUD, 2013, p. 6).

A atuação seletiva do sistema de justiça penal ocasiona muitas violações e institui uma forma paradoxal de enfrentar a criminalidade feminina. Os dados atuais mostram que esmagadora maioria dos detentos do sistema penitenciário brasileiro hoje é oriunda da parcela mais vulnerável da população. No caso das mulheres, as pesquisas indicam que a maioria encontra-se no sistema penitenciário em razão de envolvimento com o tráfico de drogas. Cerca de 62%, ou seja, 3 em cada 5 mulheres do sistema prisional, respondem por crimes ligados ao tráfico (BRASIL, 2017b). Embora o crime de tráfico seja expressivo na comunidade carcerária masculina, existe uma grande diferença quando tal estatística é confrontada com os dados referentes às penitenciarías femininas.

Para compreender como, onde e por que o crime de tráfico ocorre, não são suficientes perguntas epistemologicamente construídas a partir da condição socioeconômica dessa parcela das mulheres. As pesquisas sobre o controle social, como é o caso das mulheres criminalizadas e vitimizadas, precisam ultrapassar uma visão instrumentalista e funcionalista do mesmo, buscando formas multidimensionais de pensar o problema, tendo em vista os complexos mecanismos que produzem comportamentos considerados adequados ou não com relação à determinada norma ou instituição social (ALVAREZ, 2004, p. 175).

Esse não é apenas um retrato do Brasil; caracteriza também o perfil de outros países. Davis e Dent (2003, p. 527), conhecidas internacionalmente por seu engajamento no combate a todas as formas de opressão nos Estados Unidos e em outros países, afirmam que suas visitas às prisões ao redor do mundo, principalmente às prisões femininas, constataram uma importante similaridade no perfil das presas. Segundo ela, essa similitude das prisões femininas precisa ser estudada com relação ao quanto é importante para o feminismo desprender-se da noção de que existe uma qualidade universal que podemos chamar de mulher.

Essa similaridade entre as instituições prisionais, portanto, pode exemplificar um importante indicativo do uso das prisões como instituição historicamente contingente, que denota as intersecções entre sistemas punitivos, econômicos, sexistas e racistas na modernidade nos diversos lugares do mundo (DAVIS; DENT, 2003, p. 527). Assim, estudos sobre as prisões é uma pesquisa sobre a própria sociedade, sobre o poder e mecanismos opressivos que perpetuam práticas de restrições, subordinações e múltiplas privações (CARVALHO; MAYORGA, 2017, p. 102).

⁶ O Infopen é atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, sintetizando informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁷ O Relatório do Desenvolvimento Humano “A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado” de 2013, avalia igualdade de gênero, extrema pobreza e desigualdades no Índice de Desenvolvimento Humano, e analisa as questões e tendências emergentes, bem como os novos atores que moldam o panorama do desenvolvimento. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr13_summary_pt_web.pdf. Acesso em: 5 jun. 2018.

As mulheres encarceradas estão em situação de vulnerabilidade social, e isso quer dizer que estão em uma situação em que o conjunto de recursos e habilidades inerentes a um dado grupo social se revela insuficiente para lidar com o sistema de oportunidades oferecido pela sociedade. Assim, a prisão opera de modo extremamente funcional ao selecionar a população que se encontra na marginalidade social. O que se visualiza é um sistema penal que se configura como uma instância do controle social, que nada mais é do que uma contínua seleção e reprodução das relações de desigualdade de produção, em conjunto com outras formas de controle social formal e informal (ÁVILA, 2013, p. 206).

A seletividade é a função real e a lógica estrutural de funcionamento do sistema de justiça criminal, comum às sociedades patriarcais e capitalistas. O que mais evidencia essa seletividade é a própria clientela da prisão, ao revelar que a construção simbólica e instrumental da criminalidade incide estigmatizantemente sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente masculina e residualmente feminina, apesar de nesta última se verificar um crescimento vertiginoso (ANDRADE, 2007, p. 81).

Logo, o sistema de justiça criminal funciona como um mecanismo público integrativo do controle informal dirigido à mulher, reforçando o controle patriarcal, a estrutura e o simbolismo de gênero, ao criminalizar a mulher em algumas situações específicas e, principalmente, por reconduzi-la ao lugar de vítima, ou seja, “mantendo a coisa em seu lugar passivo” (ANDRADE, 2007, p. 89).

Atualmente fala-se muito sobre a feminização da pobreza, ou seja, da consideração estatístico-social de que a pobreza tem atingido de forma significativa as mulheres e orientado suas escolhas de vida. Os fatores socioeconômicos fundamentam a feminização da pobreza e podem ser considerados os aspectos fundamentais para a compreensão do crescente aumento de mulheres no mercado ilícito das drogas e a sua criminalização, enquanto lógica seletiva do sistema penal. O conceito de “feminização da pobreza” foi introduzido por Diane Pearce em 1978 (BUVINIC; GUPTA, 1994, p. 24), e seu pressuposto era o de que a pobreza está rapidamente se tornando um problema feminino, e associa este processo de empobrecimento das mulheres ao aumento na proporção de famílias pobres chefiadas por mulher.

Em síntese, Pearce (1978, p. 35) leciona que a pobreza masculina e a pobreza feminina são problemas diferentes, que requerem soluções diferentes. Para os homens, a questão principal é uma maior carga de dependência (vários estudos indicam que o número de filhos nas famílias nucleares é maior do que nas de chefia feminina). Para as mulheres, a questão principal é o mercado de trabalho. Inicialmente, os estudos sobre feminização da pobreza, seguindo o desenho de Pearce, tomam como foco a renda. Posteriormente, foi introduzida a preocupação com a transmissão intergeracional da pobreza. Segundo Novellino (2004, p. 9),

Nos anos 90, medir a pobreza feminina somente pela renda passa a ser considerado como insuficiente. Começa-se, então, a analisar o consumo domiciliar, comparando-os de duas maneiras diferentes: (a) dentro de cada domicílio, desagregando os dados por sexo (principalmente dos filhos, para verificar diferenças ou preferências); e (b) entre os domicílios de chefia feminina/masculina.

Um aspecto importante é o fato de muitas mulheres formarem famílias monoparentais, não contando, assim, com a corresponsabilidade do pai. Em uma cultura baseada na ética do cuidado como parte da condição feminina, resulta na diretriz de que as mulheres são consideradas as responsáveis diretas pelo cuidado e sustento dos filhos, tornando-se chefes de família (MACEDO, 2008, p. 396), não existindo a cooperação do outro para compor a renda familiar e nem para compartilhar a responsabilidade pelo cuidado dos filhos.

A maior parte das políticas públicas de gênero são de cunho assistencialista e voltadas para a família, assumindo a maternidade como o papel mais importante para as mulheres, e isso é gerador de dependência destas, ou seja, essas políticas públicas não reconhecem as especificidades de gênero relacionadas ao planejamento de políticas para as mulheres, focando sua preocupação em atender às necessidades práticas da mulher relacionadas às funções reprodutivas (NOVELLINO, 2004, p. 11).

As mulheres em situação de cárcere representam uma parcela da sociedade vulnerável, que sofreu sob os ciclos de reprodução de discriminação, exclusão e violência, carecendo, por sua vez, de políticas públicas emergenciais efetivas para o exercício pleno da cidadania. Para melhor compreensão do que seja uma política pública, Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) utiliza-se das seguintes palavras:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Com efeito, por intermédio das políticas públicas, o Estado deve garantir a efetividade e o cumprimento dos direitos previstos no ordenamento jurídico, de maneira sistemática e abrangente, seguindo uma prioridade elencada das necessidades. Assim, para que ocorra o rompimento dos padrões de discriminação e desigualdade que relegam as mulheres à exclusão social, é essencial a construção de políticas públicas transversais mentalizadas e aplicadas a partir do referencial feminino.

Desse modo, compreender o aumento do encarceramento feminino por intermédio da perspectiva feminista permitirá o entendimento sobre os imperativos de seletividade e controle que configura o sistema penal, sistema esse que obscurece processos sociais e históricos que contribuem para o encarceramento de certa parcela de mulheres. Para isso, é essencial se construir uma análise histórica das mulheres ante o poder punitivo e o processo de criminalização e vitimização das mulheres sob uma perspectiva de gênero, por meio da compreensão de como historicamente o poder patriarcal e o poder punitivo articularam-se para sua custódia pelo Estado, pela família e na sociedade (MENDES, 2017, p. 14).

Os levantamentos oficiais informam uma situação de grave crise do sistema penitenciário brasileiro, principalmente no que se refere à capacidade de realizar a pretensa ressocialização dos sujeitos apenados e dar a eles melhores condições de retorno social após o período de restrição de liberdade, do que aquela que detinham antes de seu ingresso nesse sistema. Conforme Greco (2011, p. 191), as prisões são “masmorras que ainda resistem ao século XXI, abrigam, como regra, somente um grupo determinado de pessoas, vale dizer, os miseráveis, os abandonados pelo Estado”.

Em suma, verifica-se a real importância do processo de reeducação e de reinserção social, e que estes passem obrigatoriamente pelo respeito incondicionado à dignidade humana do preso(a) e à sua personalidade (CERVINI, 1995, p. 46).

Tendo feito brevemente uma contextualização da situação prisional brasileira e do perfil das mulheres em situação de cárcere, se passará à análise com relação à justiça social perante as pessoas consideradas desprovidas de legitimidade, e mesmo de direitos, como as pessoas presas.

4.1 Da justiça social

Um dos principais fundadores teóricos sobre o conceito de justiça no debate contemporâneo é John Rawls. Para ele, a justiça é a escolha justa dos princípios que governam a distribuição de bens primários (FRASER, 2001, p. 249). Segundo o teórico, uma sociedade justa é aquela capaz de criar mecanismos, compensatórios e/ou regulatórios, que minimizem as desigualdades econômicas com base em uma noção de equidade.

Assim, para Rawls (2003, p. 249), justiça como equidade é composta de duas partes: “(1) uma interpretação de uma situação inicial e do problema da escolha colocada naquele momento, e (2) um conjunto de princípios que, segundo se procura demonstrar, seriam aceitos consensualmente.” Denota-se que o pensamento rawlsiano está voltado para delimitar a deliberação e a cooperação social, de tal modo que o diálogo entre representantes de diferentes grupos ou doutrinas abrangentes razoáveis conduza a decisões que atendam às partes envolvidas, sendo resultado de um acordo que seja equitativo (RAWLS, 2003, p. 22-23).

Não se nega o grande marco representativo que é a teoria de justiça de J. Rawls, porém sua teoria não nos oferece uma diretriz, ou resposta direta, às reivindicações das minorias e/ou grupos vulneráveis; isso porque o teórico propõe uma teoria ideal, traçando as linhas gerais para uma democracia liberal baseada em uma justiça equitativa (SANTOS, 2011, p. 167).

Com o objetivo de aprofundar sobre a temática da justiça social, traz-se em tela a proposta teórica de Nancy Fraser. A crítica de Fraser (2009, p. 12) consiste na problematização da justiça social como mecanismos que garantam distribuição e reconhecimento, tendo em vista que as fontes de desigualdade podem ser resultado de um acesso desigual dos bens e serviços quanto ao reconhecimento de suas identidades de grupo.

Conforme leciona Fraser (2009), é de essencial importância a organização da sociedade. Em suas palavras:

As pessoas podem ser impedidas da plena participação por estruturas econômicas que lhes negam os recursos necessários para interagirem com os demais na condição de pares, neste caso, elas sofrem injustiça distributiva ou má distribuição; por outro lado, as pessoas também podem ser coibidas de interagirem em termos de paridade por hierarquias institucionalizadas de valoração cultural que lhes negam o status necessário; neste caso elas sofrem de desigualdade de status ou falso reconhecimento. [...] Se a representação é a questão definidora do político, então a característica política da injustiça é a falsa representação (p. 21).

Assim, de que maneira pode-se garantir uma efetiva justiça social com relação à parcela da sociedade referente às mulheres em situação de cárcere, ou seja, pessoas desprovidas de legitimidade e mesmo de direitos?

Nega-se a esses indivíduos acesso aos diversos direitos fundamentais, como educação, trabalho e moradia. Isso tudo se dá por meio de uma distribuição desigual da precariedade da vida. Quanto ao direito à educação, são notórios os reflexos diretos que a precariedade da educação brasileira gera em outras áreas, como a da saúde, índices de mortalidade e, principalmente, no sistema carcerário.

Desta maneira, se faz importante ressaltar, sobre a temática de justiça social, a contribuição teórica de Jurgen Habermas (2002), ao discutir que a existência das minorias inatas são invisibilizadas pelo ideal liberal da autodeterminação. Vale mencionar suas palavras:

O problema [das minorias inatas] também surge em sociedades democráticas, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida, negando assim aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos (p. 170).

É imperioso garantir a legitimidade das minorias, sendo assegurada, por meio do reconhecimento da diversidade, a igualdade política dos cidadãos. Em suma, carreado os aspectos teóricos de justiça social, verifica-se a imprescindibilidade deste reconhecimento e o respeito ao diferente para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Impõe-se a necessidade nos órgãos competentes de um trabalho institucional de apoio e assistência às mulheres encarceradas e aos seus familiares, tendo em vista que a sociedade continua presa ao passado, fundindo o presente de experiências fracassadas, sem a devida reinserção da pessoa presa à sociedade.

4.2 Da ressocialização da mulher presa e os direitos sociais à educação

O universo interior do sistema prisional é reflexo de uma sociedade que revela suas fissuras em relação à justiça social e distribuição de renda. A baixa escolaridade da população carcerária feminina, verificada pelos dados oficiais anteriormente expostos, nos remete a ponderar sobre o importante papel da educação e qual sua efetividade no processo de ressocialização.

Sobre a ressocialização, Bitencourt (2004, p. 132) professa que:

O conceito de ressocialização deve ser submetido necessariamente a novos debates e a novas definições. É preciso reconhecer que a pena privativa de liberdade é um instrumento, talvez dos mais graves, com que conta o Estado para preservar a vida social de um grupo determinado. Este tipo de pena, contudo, não resolveu o problema da ressocialização do delinquente: a prisão não ressocializa. As tentativas para eliminar as penas privativas de liberdade continuam. A pretendida ressocialização deve sofrer profunda revisão.

Nesse sentido, de acordo com Santos (2011, p. 45), os indicadores do sistema penitenciário nacional escancara a ineficácia dos argumentos de reintegração social contraditoriamente ao seu papel segregador e vulnerabilizador de determinadas parcelas da sociedade; ocorre, assim, um verdadeiro processo de criminalização da pobreza.

Referente aos danos que as instituições prisionais podem causar na vida de quem a elas são submetidas, Roberta da Silva (1997, p. 176) aduz que “[...] os efeitos mais duradouros de processo de institucionalização são os danos à constituição da identidade, a afirmação do ‘estigma’, a incorporação do sentimento de inferioridade e a redução significativa da autoestima”.

Esses efeitos danosos do sistema são intensificados no que diz respeito ao universo feminino no contexto de reintegração social, uma vez que o processo de estigmatização se exacerba quando somado ao sexismo vivenciado por estas em suas relações sociais rotineiras. Assim, o processo de ressocialização deve necessariamente abarcar os aspectos que envolvem a construção da imagem da mulher, o papel da educação, do trabalho e da qualificação no cárcere.

É nesse contexto que se visualiza a importância do direito à educação e suas consequências no plano jurídico e social. O artigo 6º da Constituição Brasileira explicitamente elenca a educação como direito no capítulo destinado ao rol de direitos sociais. Compõe-se em verdadeira clausula pétrea e, nesse diapasão, encontra-se protegido pelo disposto no artigo 60 § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988.

Aliás, como alerta Motauri Ciochetti de Souza (2010):

[...] a igualdade de oportunidades e a asseguaração do mínimo existencial somente poderão surgir se a todos for assegurado o direito a processo educacional adequado. Nessa quadra, difere a educação de outros direitos sociais e fraternos, igualmente consagrados pela Magna Carta: a educação é premissa – e não proposta.

O Relatório do Desenvolvimento Humano de 2013, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD),⁸ enfatiza a importância da educação da mãe no desenvolvimento, e na própria sobrevivência da criança, mais do que o rendimento familiar propriamente dito, o que evidencia a necessidade de realizar políticas públicas destinadas a melhorar a educação de jovens do sexo feminino (PNUD, 2013, p. 6).

Segundo dados trazidos por Cunha (2010, p. 170) de sua pesquisa de Doutorado sobre o Centro de Resocialização Feminino (CRF) de Araraquara, a realidade educacional das mulheres que cumprem pena no CRF reflete a situação das demais instituições prisionais brasileiras. Segundo a autora, na Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso, em novembro de 2005, “[...] 47,53% da população carcerária trabalhavam e 17,02% estudavam, em dezembro do mesmo ano, cerca de 78% da população masculina e 69% da população feminina eram analfabetas ou possuíam ensino fundamental incompleto”.

Conforme aduz Baratta (2002), há um fator social que se relaciona às chances de alguém ser selecionado como criminoso e preso, reiterando e perpetuando desigualdades e exclusões já presentes antes do encarceramento. Segundo suas palavras, a criminalidade se revela com:

[...] um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas (p. 161).

Vale enfatizar que, no caso das mulheres em situação de cárcere, há uma dupla violação, uma dupla criminalização, a ideia que faz referência à criminalização normal a quem comete um delito, mas também a uma “criminalização sem tipo penal” (CASTILHO, 2008, p. 121), aquela que reflete a reprovação social originada de um preconceito de gênero, cabendo, ainda, um extra de sofrimento na prisão pelo fato de ser mulher porque há sempre o outro, do lado de fora, que a cobra, fere, abandona, estigmatiza e culpabiliza, não somente pelo delito, mas pela violação do papel social. Esse outro é nada mais nada menos que nós, todos nós, quando desprovidos de empatia pelo sofrimento delas e de tantas outras.

⁸ O Relatório do Desenvolvimento Humano “A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado” de 2013, avalia igualdade de gênero, extrema pobreza e desigualdades no Índice de Desenvolvimento Humano, e analisa as questões e tendências emergentes, bem como os novos atores que moldam o panorama do desenvolvimento. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr13_summary_pt_web.pdf. Acesso em: 5 jun. 2018.

Os estigmas operam como uma marca socialmente construída em relação às pessoas presas e abrem pouca possibilidade à mudança, posto que reforçam o que é negativo e o que se espera destas em suas relações sociais e até na possível influência em relação ao seu entorno. Conforme Goffman (1975, p. 57), “[...] uma pessoa com ordem de prisão pode contaminar legalmente qualquer um que seja visto em sua companhia, expondo-o à prisão como suspeito”.

O acesso ao direito à educação é um fator que pode promover a proteção e a redução de vulnerabilidades sociais no retorno à vida em sociedade, marcada por disputas e desigualdades na busca e direito por trabalho e renda. No contexto da prisão, a adesão das pessoas privadas de liberdade às atividades educacionais, notadamente as escolares, ainda é muito relacionada à ocupação do tempo livre ou à redução de parte da pena, por meio da remição. Infelizmente, ela não se encontra relacionada ao exercício de um direito ou ao acesso ao conhecimento e aumento da escolaridade.

Evidencia-se que o direito à educação carrega em si as características dos direitos fundamentais, ou seja, não se sujeita à vontade do legislador ou à boa vontade do Estado. Surge, assim, o dever de atuar positivamente, seja criando condições normativas adequadas ao exercício do direito, seja na criação de condições reais, como estruturas, instituições e recursos humanos, principalmente dentro do regime prisional, tendo em vista a realidade carente da população carcerária. A escolarização dentro da prisão tem como finalidade a formação das presas nos Ensinos Fundamental e Médio e sua ressocialização do ponto de vista moral, ético e social. O aumento do nível escolar é imprescindível para que as mulheres presas consigam melhores oportunidades de trabalho e inserção social após o período de cárcere.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema do presente estudo consistia em dar visibilidade a uma parcela da sociedade muito estigmatizada, esquecida e em situação de extrema vulnerabilidade: as mulheres encarceradas pelo sistema prisional brasileiro. Buscou-se, assim, ir além dos muros penitenciários para se compreender o aprisionamento feminino, tendo em vista que a grande parte das mulheres em situação de cárcere vive em um cenário de descaso.

Procurou-se, portanto, traçar o perfil das mulheres presas, como vivem e quais são as maiores deficiências deste grupo de vulneráveis. Comprovou-se que a eficiência dos direitos sociais depende umbilicalmente da correta compreensão dos seus destinatários, com suas respectivas peculiaridades, e dos fatores que geram suas vulnerabilidades. Assim, o estudo quedou-se claro que é por intermédio das políticas públicas que o Estado deve garantir a efetividade e cumprimento dos direitos essenciais dessa parcela da população, seguindo uma prioridade elencada das necessidades.

Nesta oportunidade, para que ocorra o rompimento dos padrões de discriminação e desigualdade que relegam as mulheres à exclusão social, se verificou ser essencial a construção de políticas públicas transversais mentalizadas e aplicadas a partir do referencial feminino, tendo em vista que as ações institucionais se desenvolvem sem mero planejamento, não trazendo em consideração a humanização da execução penal, principalmente referente à falta de perspectiva de uma verdadeira ressocialização por meio da educação e de oportunidades de ingressar no mercado de trabalho, levando à reincidência nas práticas delituosas, principalmente no mercado das drogas.

Concluiu-se que, apesar da existência de uma Constituição garantidora de direitos e aderência em pactos humanos internacionais, não há correspondência entre o expresso nos instrumentos legais e normativos e a realidade que vivencia a mulher encarcerada, revelando a necessidade de estabelecimento de políticas públicas específicas para a realidade prisional feminina, tendo a educação como premissa para a real justiça social.

6 REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Miriam *et al.* *Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas*. Brasília: Unesco; BID. 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVAREZ, Marcos César. Controle social: notas em torno de uma noção polêmica. *São Paulo Perspec*, v. 18, n. 1, mar. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010288392004000100020%Ing=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jun. 2019.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra mulher. *Revista de Direito Público*, n. 17, jul.-set./2007.

- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha (org.). *Direitos humanos: estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 405-432. V. 1.
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Buenos Aires: Legis, 2005.
- ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*. 1º Congresso Paranaense de Criminologia: Londrina, 2005. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Artigo-Katie.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.
- ÁVILA, Gustavo Noronha; SANTOS, Marcel Ferreira. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 136, p. 267-291, 2017.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 jun. 2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen*. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 5 jun. 2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Diretrizes para a convivência mãe-filho/a no sistema prisional*. 2016. Disponível em: www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/normativos. Acesso em: 6 jun. 2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. Brasília, DF, 2017b. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 5 jun. 2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUVINIC, M.; GUPTA, G. R. *Targeting poor woman-headed households and womenmaintained families in developing countries: views on a policy dilemma*. Washington, DC: International Center for Research on Women and the Population Council, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- CARBONELL, Miguel. Estudio Preliminar. La Igualdad y los Derechos Humanos. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *El Principio Constitucional de Igualdad: Lecturas de Introducción*. México, D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- CARVALHO, Daniela Tiffany Prado; MAYORGA, Claudia. Contribuições feministas para os estudos acerca do aprisionamento de mulheres. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 25, n. 1, p. 99-116, abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2017000100099&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jun. 2019.
- CASTILHO, Ela Wiecko Vollmer de. A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero. *Cadernos Pagu*, n. 31, p. 101-123, jul./dez. 2008.
- CASTRO, Mary Garcia et al. *Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas*. Brasília: Unesco; BID, 2002. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127138por.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- CAYRES, G. R. M.; CIDADE, R. B. As minorias, a condição de vulnerável e ações afirmativas. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; VITA, Jonathan Barros; SILVEIRA, Helena Colodetti Gonçalves (org.). *Direitos e garantias fundamentais II*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 162-181.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT, 1995.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CUNHA, Elizangela Lelis da. Ressocialização: o desafio da educação no sistema prisional feminino. *Cad. Cedes*, Campinas, v. 30, n. 81, p. 157-178, ago. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010132622010000200003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2018.
- DAVIS, Angela; DENT, Gina. A prisão como fronteira: uma conversa sobre gênero, globalização e punição. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 11, n. 2, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2003000200011&lng=pt&nrm=iso&lng=pt. Acesso em: 10 jun. 2019.
- FONSECA, David S. Assumindo riscos: a importação de estratégias de punição e controle social no Brasil. In: CÂNEDO, Carlos; FONSECA, David F. (org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.
- FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, v. 77, p. 11-39, 2/2009.

- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UnB, 2001.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.
- GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à provação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HABERMAS, Jurgen. Inserção – inclusão ou confinamento? In: HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- KELLER, Arno Arnaldo. *A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres. *Revista Pensar*, Fortaleza: Universidade de Fortaleza, v. 11, fev. 2006.
- MACEDO, Márcia dos Santos. Mulheres chefes de família e a perspectiva de gênero: trajetória de um tema e a crítica sobre a feminização da pobreza. *Caderno CRH*, v. 21, n. 53, p. 385-399, ago. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792008000200013&script=sci_arttext. Acesso em: 12 jun. 2019.
- MACHADO, Robson Aparecido. A realidade do egresso: plano normativo da lei de execução penal versus reintegração social. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Unifafibe, v. 3, n. 1, 2015.
- MENDES, S. R. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 215.
- NAÇÕES UNIDAS. *Os Direitos das minorias*. Tradução Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Ficha informativa n. 18. Lisboa, out. 2008. Disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_18.pdf. Acesso em: 10 jun. 2018.
- NOVELLINO, Maria Salet Ferreira. *Os estudos sobre feminização da pobreza e políticas públicas para mulheres*. ENCONTRO DA ABEP, 14., 2004. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=2017a+2017b&oq=2017a+2017b&aqs=chrome..69i57j0l3.5611j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- PEARCE, Diane. The feminization of poverty: women, work and welfare. *Urban and Social Change Review*, v. 11, p. 28-36, 1978.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Human Rights University Network – SUR, ano 1, n. 1, p. 21-47, 2004.
- PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013*. A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado. 2013. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200012.html>.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: M. Fontes. 2003.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REZEC NETO, C.; BORCAT, J. C. Direito fundamental da igualdade: hipótese de atuação material da dignidade da pessoa humana. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL Sérgio Tibiriça do (org.). *Democracia, liberdade e justiça social: fundamentos para uma teoria jurídica do reconhecimento?* 1. ed. Birigui: Boreal, 2015. V. 1.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, Brasília, 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos Estudos jurídicos*, Itajaí: Univali, v. 13, n. 2, p. 77-92, jul./dez. 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, C. A. Há um lugar para as reivindicações das minorias na sociedade Rawlsiana. *Ítaca (UFRJ)*, v. 16, p. 152-169, 2011.
- SANTOS, Raquel Costa de Souza. *Maternidade no cárcere: reflexões sobre o sistema penitenciário feminino*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5170/tde-11052017-140243/publico/PriscillaFeresSpinola.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Igualdade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988: aspectos gerais e algumas aproximações ao caso das pessoas com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SILVA, R. *Os filhos do governo*. São Paulo: Ática, 1997. (Fundamentos, 137).
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Igualdade, minorias e legitimidade. In: SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (org.). *Estudos contemporâneos de Hermenêutica*. Birigui: Editora Boreal, 2012.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação*. Biguiri: Boreal, 2013.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Unifafibe, v. 5, n. 1, 2017.
- SOUZA, Motauri Ciochetti de. Direito da Educação. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

O ENSINO JURÍDICO E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO PÓS-INDEPENDÊNCIA: Das Academias ao Poder

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.78-87>

Recebido em: 30/1/2019

Modificações requeridas em: 26/5/2019

Aceito em: 5/6/2019

Fernando Fortes Said Filho

Doutorando em Direito Constitucional pela Unifor. Mestre em Direito Público pela Unisinos. Professor do Instituto Federal do Piauí (IFPI). Advogado. ffsaidfilho@hotmail.com

RESUMO

Os primeiros cursos jurídicos no Brasil foram criados em 1827, com a instalação das faculdades de Direito de São Paulo e Olinda (esta última transferida para Recife em 1854). Essas Academias desempenharam relevante papel no projeto de desenvolvimento do país no período pós-independência, pois formaram inúmeros bacharéis que até hoje são lembrados por suas notáveis contribuições na história brasileira, apesar de poucos terem se destacado por sua atuação na área jurídica. Mediante uma pesquisa bibliográfica realizada pelo levantamento de referências teóricas na literatura brasileira, além da análise de documentos históricos, o presente artigo tem por objetivo analisar o que se ensinava nas tradicionais faculdades de Direito do Brasil nas primeiras décadas da criação dos cursos superiores. Nesse sentido, chegou-se à conclusão que os cursos de direito, mais do que a produção do conhecimento jurídico, estavam voltados à formação de uma elite ideologicamente integrada de acordo com os interesses do modelo político-liberal que se pretendia estabelecer, servindo as Academias como centro de recrutamento de profissionais para a composição dos quadros da burocracia estatal, incluindo o Poder Judiciário. Em outros termos, era por meio das faculdades de São Paulo e Olinda/Recife que se forjava o bacharel responsável pela formatação da organização política e econômica então desejada pela elite dominante à época.

Palavras-chave: Cursos jurídicos. Pós independência. Bacharel. Burocracia estatal.

LEGAL EDUCATION AND THE CONSTRUCTION OF THE BRAZILIAN STATE AFTER INDEPENDENCE: FROM ACADEMIES TO POWER

ABSTRACT

The first legal courses in Brazil were created in 1827, with the installation of the law faculties of São Paulo and Olinda (the latter transferred to Recife in 1854). These Academies played a significant role in the development of the country in the post-independence period, since they formed numerous bachelors that until today are remembered for their remarkable contributions in Brazilian history, although few have stood out for their work in the legal area. Through a bibliographical research carried out by the survey of theoretical references in the Brazilian literature, besides the analysis of historical documents, this article aims to analyze what was taught in the traditional Brazilian law schools in the first decades of the creation of higher education. In this sense, it was concluded that the law courses, rather than the production of legal knowledge, were aimed at the formation of an ideologically integrated elite according to the interests of the political-liberal model that was intended to be established, serving the Academies as a recruitment center of professionals for the composition of the cadres of the state bureaucracy, including the Judiciary. In other words, it was through the faculties of São Paulo and Olinda/Recife that the bachelors responsible for the format of the political and economic organization then desired by the dominant elite at the time were forged.

Keywords: Legal courses Post independence. Bachelor. State bureaucracy.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A criação dos cursos jurídicos no Brasil: que tipo de bacharel se formava. 3 A construção do Estado brasileiro pela elite: o papel do ensino jurídico na formação ideológica dos burocratas. 4 Reflexos da burocracia no Poder Judiciário brasileiro. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Num país onde significativa parte da população era pobre e analfabeta, muito em razão da falta de interesse da Corte em equipar a colônia com um sistema educacional eficiente, o Ensino Superior era acessível apenas a determinadas famílias que podiam arcar com os custos da formação dos seus filhos em Coimbra. Esse caráter excludente da educação brasileira foi mantido no período pós-independência, quando, a despeito dos debates na Assembleia Constituinte a partir de 1823 acerca do ensino nacional, as elites políticas optaram pela criação de cursos superiores em detrimento de escolas básicas, estas últimas mais apropriadas à realidade de um Estado ainda em formação.

Foi apenas no ano de 1827 que surgiram os primeiros cursos de direito no Brasil, com a criação das faculdades de São Paulo e Olinda (posteriormente transferida para Recife). Esses dois cursos, no entanto, desde o seu nascedouro, foram alvo de constantes críticas acerca da qualidade do ensino que propunham. De fato, diversas foram as constatações acerca da precariedade das instalações destinadas às academias, a falta de compromisso de considerável parte dos professores e o desempenho dos alunos que, de certa forma, pouco se mostravam interessados no aprendizado jurídico.

Ainda assim, não se pode desprezar que os cursos de direito desempenharam importante papel na história da formação do Estado brasileiro, até porque as academias de São Paulo e Olinda/Recife forneceram inúmeros bacharéis que até hoje são lembrados por suas notáveis contribuições, tais como Rui Barbosa, Joaquim Nabuco, Castro Alves, Ariano Suassuna, Campos Sales, Prudente de Moraes, Afonso Pena, Jânio Quadros, Álvares de Azevedo, Monteiro Lobato, Eusébio de Queiroz, Tobias Barreto, apenas para citar alguns. Curiosamente, poucos se destacaram pela atuação na área jurídica, sobretudo aqueles que teriam estudado nos primeiros anos das faculdades.

Nesse sentido, o presente artigo propõe uma análise acerca daquilo que realmente se ensinava nas tradicionais Faculdades de Direito do Brasil (São e Paulo e Olinda/Recife), no intuito de traçar um possível perfil do bacharel como produto do ensino jurídico nas primeiras décadas da criação dos cursos superiores. Para tanto, tendo por base as contribuições de Adorno, Carvalho, Venâncio Filho, Bastos e outros historiadores, pretendeu-se examinar o contexto político de construção do país no período pós-independência, principalmente em relação aos interesses da elite dominante como fator de interferência na formação ideológica dos bacharéis e o recrutamento de tais profissionais para integrar a burocracia estatal. Ao final, estabelecidas algumas premissas, foram feitas considerações acerca das implicações desse modelo de dominação política na composição e atuação do Poder Judiciário à época.

2 A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL: Que Tipo de Bacharel se Formava

A história do Ensino Superior no Brasil se confunde, em parte, com a criação dos cursos de Direito no país em 1827,¹ ainda que tardiamente, se comparada ao período de instalação das primeiras universidades na América espanhola.² Mais especificamente, no dia 11 de agosto foi promulgada a lei que criava os cursos de ciências jurídicas e sociais nas cidades de São Paulo e Olinda (este último viria a ser transferido para Recife em 1854), apesar de os debates em torno da matéria já terem se iniciado na Assembleia Constituinte quatro anos antes.

A primeira manifestação oficial acerca do tema foi de iniciativa do deputado José Feliciano Fernandes Pinheiro – futuro visconde de São Leopoldo – que, no seu projeto de lei apresentado em 14 de junho de 1823 na Assembleia Constituinte, propunha a criação, pelo Império, de uma universidade na cidade de São Paulo,

¹ Diz-se em parte porque, já em 1808, com a chegada da família real portuguesa no Brasil e a conseqüente necessidade de qualificação de profissionais para compor o novo cenário político e econômico nacional, foram instalados alguns cursos específicos, tais como o de cirurgia no Hospital Militar da Bahia e o de formação de oficiais engenheiros civis e militares na Academia Real de Marinha (RIBEIRO, 1998, p. 41).

² De acordo com Luzuriaga (1990, p. 133-134), as primeiras universidades responsáveis por difundir a cultura hispano-americana foram fundadas ainda no ano de 1551, no Peru (Universidade de São Marcos) e no México. Posteriormente, viriam a ser criadas a Universidade de Santo Tomás na Colômbia, no ano de 1580, o Colégio Máximo de Estudos Superiores, na cidade Argentina de Córdoba, em 1613 e a Real Universidade de São Felipe, em Santiago no Chile, no ano de 1623. Acrescente-se, ainda, a Universidade de São Domingos que, apesar de não ter prosperado, teria sido instalada em 1538.

na qual funcionasse a Faculdade de Direito Civil. A referida proposta, após apresentado o substitutivo da Comissão de Instrução Pública no sentido de que fossem criadas duas universidades (uma em São Paulo e outra em Olinda), apesar de ter sido aprovada, não chegou a ser promulgada, haja vista a dissolução da Assembleia (PAULO FILHO, 1997, p. 129).

Já na Constituição outorgada em 1824 por D. Pedro I, optou-se por fazer constar no item XXXIII do artigo 179³ a previsão da criação de colégios e universidades onde seriam ensinados os elementos de ciências, belas artes e artes. Este fato teria ensejado, em janeiro de 1825, a edição de um decreto do imperador instituindo provisoriamente um curso jurídico no Rio de Janeiro, cabendo a elaboração dos estatutos a Luiz José de Carvalho e Melo, o visconde de Cachoeira. Os estatutos até foram elaborados, porém o curso não foi instalado (REALE JÚNIOR, 2013-2014, p. 89).

A efervescência dos debates sobre a necessidade de criação dos cursos jurídicos reflete o contexto em que se encontrava o Brasil pós-independência: um país destituído de qualquer forma organizada de escolaridade e que pretendia alcançar sua autonomia cultural e política. A construção do Estado brasileiro perpassava, pois, segundo Xavier (1980, p. 22), pela estruturação da educação nacional, não uma mera substituição ou reforma – uma vez que era praticamente inexistente – mas da elaboração de um sistema, tendo a preocupação com o Ensino Superior prevalecido sobre a educação básica.⁴Essa opção demonstra que a elite política brasileira, mais do que preocupada com a universalização da educação no território nacional, estava interessada, mesmo, era no produto a ser gerado pelas faculdades de Direito: o bacharel, profissional que desempenharia relevante função no projeto de construção do país. Era justamente a partir das Academias que a elite dirigente delineava o processo de consolidação do Estado brasileiro, por meio da formação de intelectuais que, posteriormente, seriam recrutados para compor a estrutura político-administrativa do governo.

A implantação dos dois primeiros cursos de Direito no Brasil, em 1827, um em São Paulo e outro em Recife (transferido de Olinda, em 1854), refletiu a exigência de uma elite sucessora da dominação colonizadora, que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo, ideologicamente, a estrutura de poder e preparando nova camada burocrático administrativa, setor que assumiria a responsabilidade de colonizar o país. Nesse sentido, os cursos jurídicos surgiram, concomitantemente, com o processo de independência e de construção do Estado nacional (WOLKMER, 1999, p. 80).

O fato é que a declaração da independência brasileira não representaria a ruptura imediata com a influência dos valores da metrópole. Em verdade, o Brasil herdaria o modelo português de manutenção da unidade da elite intelectual, tradicionalmente composta por bacharéis, o que levou Feitosa (2006, p. 109) a afirmar que “a verdadeira função destes cursos consistia em garantir maior coesão na formação de uma elite nacional, de modo semelhante ao ocorrido em Portugal através da Universidade de Coimbra”.

Em outros termos, o bacharelismo⁵ não é uma exclusividade da história brasileira. O reconhecimento das profissões liberais já era evidente há muito em Portugal, pois “em quase todas as épocas da história portuguesa uma carta de bacharel valeu quase tanto como uma carta de recomendação nas pretensões a altos cargos públicos” (HOLANDA, 1995, p. 157). Essa tradição viria a ser absorvida pelas elites políticas nacionais que, ainda em busca da formação de um pensamento autêntico, externavam a natural influência dos mais de três séculos de colonização e contato com as concepções lusitanas. Mesmo, porém, diante da relevância dos cursos de Direito para a constituição de uma doutrina política própria, o ensino jurídico continuava restrito às faculdades de São Paulo e Olinda/Recife, perdurando, assim, até o final do Império. Venâncio Filho (2011,

³ Artigo 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

⁴ Em determinadas situações era possível observar certa resistência parlamentar ao projeto de criação dos cursos superiores em detrimento da educação de base. Uma ocasião específica foi relatada por Xavier (1980, p. 32), quando citou trecho do discurso do deputado Francisco Gê Acayaba Montezuma na sessão de 27 de agosto de 1823: “Não se pense, porém, que nego a necessidade de ilustração nos brasileiros; antes porque a conheço é que me oponho ao estabelecimento de duas universidades e aprovaria o estabelecimento de alguns colégios; antes dois, quatro ou seis colégios do que duas universidades (...) tem-se falado muito do atraso da educação primária da mocidade, falta de mestres e de outras muitas coisas que tendem a mostrar que ainda não podemos ter duas universidades (...)”.

⁵ O termo bacharelismo é empregado no presente artigo com base nas lições de Medina (2009, p. 40), para fazer menção ao fenômeno caracterizado pela predominância do bacharel na vida social do país, sobretudo no que concerne à posição de destaque comumente ocupada por ele na atividade política, traço marcante da realidade brasileira no período subsequente à declaração da independência.

p. 113) ressalta que, se quantitativamente o ensino permanecia o mesmo desde 1827, qualitativamente a situação também não se modificou, apontando o autor que a precariedade das instalações materiais, o quadro docente e até mesmo o desinteresse dos alunos, teriam sido alguns fatores determinantes para o descrédito dos cursos.

O corpo docente das faculdades, tanto de São Paulo quanto de Olinda/Recife, foi alvo de constantes críticas durante os primeiros anos do curso de Direito. Na verdade, numa sociedade onde o número de bacharéis era inexpressivo e debilmente qualificado, poucos se habilitavam à carreira de lente e, mesmo aqueles que iniciavam a atividade magisterial, o faziam de forma insatisfatória por não a considerar atrativa:

O ofício do professor era uma atividade auxiliar no quadro do trabalho profissional. A política, a magistratura, a advocacia, representavam para os professores, na maioria dos casos, a função principal. E aqueles que a ela só se dedicavam por vocação ou por desinteresse de outras atividades sofriam na própria carne a consequência de sua imprevidência (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 121).

A grande maioria dos professores não se dedicava com afinco à carreira docente. Poucos se prestavam a elaborar compêndios e a preparar suas preleções, sendo bastante comum a prática de aulas lidas ou mesmo a inserção de debates políticos em sala de aula. Essa postura apática dos lentes, aliada à extrema benevolência nos exames e à ausência de controle da frequência dos alunos, eram aspectos relevantes na formação de bacharéis que pouco – ou quase nada – absorviam em termos de conhecimento jurídico ao longo do curso (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 116-117).

Ainda assim, a análise do perfil dos discentes nas primeiras décadas do ensino jurídico não pode restar vinculada apenas à carente atuação dos mestres. É preciso lembrar que, quando da instalação dos cursos de Direito, o Brasil não dispunha sequer de uma organização mínima do ensino secundário, capaz de contribuir com a educação da mocidade nacional. Dessa maneira, não era de surpreender o baixo nível de conhecimento dos alunos que ingressavam nas faculdades. Além do mais, não se pode olvidar que nem todos que ali entravam se interessavam pelos ensinamentos jurídicos, pois boa parte dos jovens estava voltada apenas ao prestígio que alcançariam na sociedade pelo título de bacharel.⁶Sob essa perspectiva, é quase inequívoca a constatação de que as Academias brasileiras não estavam voltadas à formação de juriconsultos, intelectuais que poderiam se destacar pelo vasto conhecimento técnico-jurídico adquirido durante os anos de interações com os professores em sala de aula. Pelo contrário, “as escolas de Direito foram criadas efetivamente para atender às necessidades burocráticas do Estado Nacional em emergência” (ADORNO, 1988, p. 141), ou seja, os debates no âmbito das faculdades privilegiavam a formação política dos alunos em lugar de um ensino propriamente jurídico.

Assim, consoante as lições de Rodrigues (1988, p. 11)

A criação de nossos primeiros cursos, vinculada à necessidade de formação do Estado Nacional, após a independência, marcou, desde o início, o ensino jurídico brasileiro como um ensino voltado à formação de uma ideologia de sustentação política e à formação de técnicos para ocuparem a burocracia estatal.

Isso não significa, e já foi salientado, que os mais tradicionais cursos jurídicos no Brasil não tenham cultivado grandes profissionais. Consoante Venâncio Filho (2011, p. 133), as academias foram responsáveis pela formação de ilustres figuras de destaque no cenário nacional, sobretudo na política, na literatura, no jornalismo, mas que, conforme ressalta, “o brilho desta geração se exerceu muito mais fora dos umbrais das Arcadas do que no estudo do Direito e no comparecimento às preleções dos professores da casa”. Dessa maneira, não é preciso muito esforço para perceber a verdadeira contribuição dos cursos jurídicos para os contornos que se pretendia dar ao país. As Academias de direito eram responsáveis pelo desenvolvimento ideológico⁷ dos in-

⁶ De acordo com Schwarcz (1993, p. 142), essa notoriedade advinha “menos do curso em si, ou da profissão *stricto sensu*, e mais da carga simbólica e das possibilidades políticas que se apresentavam ao profissional do Direito. Com efeito, das fileiras dessas duas faculdades saíram grandes políticos – entre ministros, senadores, governadores e deputados –, pensadores que ditaram os destinos do país. Sinônimo de prestígio social, marca de poder político, o bacharel se transformava em uma figura especial em meio a um país interessado em criar elites próprias de pensamento e direção política”.

⁷ Para uma melhor compreensão, é importante ressaltar que será atribuída ao vocábulo ideologia – ou quaisquer de seus desdobramentos – uma conotação que represente o conjunto de ideias e/ou convicções de um indivíduo ou determinado grupo que sirva para nortear as suas condutas sociais e políticas.

telectuais que exerceriam importantes cargos na administração pública. Nesse sentido, a criação dos referidos cursos no Brasil reflete a necessidade de instalação de uma formação vinculada ao Estado e suas necessidades, com o intuito de fazer prevalecer o modelo de organização política e econômica então desejado pela elite dominante à época (BASTOS, 1998, p. 16).

Dito de outra forma, a Graduação em Direito no país não necessariamente preparava os bacharéis para as questões práticas da vida jurídica, uma vez que tais cursos tinham o objetivo de formar profissionais hábeis a compor a burocracia de um país em desenvolvimento. É justamente acerca da construção do Estado brasileiro pela elite política dominante que trataremos na sequência, dando-se ênfase ao papel do ensino jurídico como instrumento de formação ideológica dos bacharéis.

3 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO PELA ELITE: O Papel do Ensino Jurídico na Formação Ideológica dos Burocratas

Já mencionou-se que a criação dos primeiros cursos de Direito no Brasil confunde-se com a própria construção do país, não apenas pelo fato de ter sido objeto de debate já nas primeiras reuniões da Assembleia Constituinte, logo após a declaração da independência, mas, principalmente, porque as faculdades de São Paulo e Olinda/Recife teriam servido de centros de formação e treinamento da elite política responsável pelo exercício dos mais elevados cargos da burocracia estatal.

Essa opção de composição do governo brasileiro foi diretamente influenciada pela tradição portuguesa de profissionalização dos funcionários públicos, haja vista que considerável parte da elite imperial, então dominante no Brasil pós-independência, tinha sido formada em Coimbra e, dessa maneira, reproduziu no território nacional os ensinamentos e convicções acerca da política de centralização do poder e treinamento de profissionais para os quadros da administração até então predominantes na metrópole.

Trata-se do estabelecimento de uma configuração em que predominava a manutenção de uma elite coesa incumbida do poder decisório acerca do projeto de construção do Estado nacional. Partia-se da premissa de que, quanto mais harmônica fosse a ideologia do grupo, mais estável seria o processo de instauração do modelo de dominação política desenhado. No Brasil, essa homogeneidade da elite era forjada por meio da educação superior – no caso, os cursos de Direito – à semelhança do que ocorria em Portugal, tendo as academias de São Paulo e Olinda/Recife representado importante instrumento de imersão político-ideológico das forças dominantes (CARVALHO, 2003, p. 35). Tais razões nos levam a corroborar o raciocínio segundo o qual o contexto político, social e econômico em que se insere o surgimento dos primeiros cursos de Direito no Brasil, indica que a sua criação foi uma escolha da então elite dirigente no intuito de possibilitar o processo de formação do país de acordo com os contornos e interesses que lhe eram peculiares à época, ou seja “educação superior a serviço do estado e das elites econômicas e políticas dele constituintes, não da nação” (MARQUES, 2013, p. 555).

Ao invés de instigar o efetivo conhecimento jurídico, as academias de São Paulo e Olinda/Recife serviam como instrumento de formação ideológica dos profissionais que, posteriormente, integrariam os quadros da estrutura administrativa e, como tal, seriam os responsáveis pelo projeto de desenvolvimento do país. Tais razões justificam o interesse do governo no arranjo do ensino jurídico, pois “a organização dos cursos de Direito acabou voltando-se muito mais para atender às necessidades do Estado Nacional que necessitava formar sua burocracia do que para atender às expectativas jurídicas da sociedade” (MARTINS, 2002, p. 64).

Nesse sentido, uma análise mais apurada da história e do surgimento dos primeiros cursos de direito no Brasil nos permite perceber que o ensino jurídico à época era peça fundamental para composição do sistema ideológico, político e burocrático do Estado que se encontrava em processo de construção (RODRIGUES, 1988, p. 16). Assim, era no âmbito das faculdades que ocorria a integração das ideias que prevaleceriam na tomada de decisão do modelo de Estado que se pretendia forjar a partir dos interesses da elite dominante (o liberalismo), por intermédio do fornecimento de bacharéis para a formação da elite política e composição dos cargos da burocracia estatal.

De acordo com Carvalho (2003, p. 65), a educação superior teria representado elemento poderoso na unificação ideológica da elite imperial por três razões:

Em primeiro lugar, porque quase toda a elite possuía estudos superiores, o que acontecia com pouca gente fora dela: a elite era uma ilha de letrados num mar de analfabetos. Em segundo lugar, porque a educação superior se concentrava na formação jurídica e fornecia, em consequência, um núcleo homogêneo de conhe-

cimentos e habilidades. Em terceiro lugar, porque se encontrava, até a Independência, na Universidade de Coimbra e, após a Independência, em quatro capitais provinciais, ou duas, se considerarmos apenas a formação jurídica.

De fato, como o acesso aos cursos de Direito era praticamente um privilégio da elite nacional, o ensino jurídico foi capaz de permitir o controle do Estado pelo grupo dominante no país, pois eram justamente os egressos das faculdades que seriam recrutados para compor o aparato estatal. As tomadas de decisão acerca do desenvolvimento do estado brasileiro concentrava-se, pois, nas mãos de um grupo de intelectuais oriundos de restrita camada social e que coadunavam dos mesmos conhecimentos e habilidades produzidas nas Academias.

É a partir de tais constatações que se pode afirmar que as primeiras faculdades de Direito criadas no território nacional desempenhavam, pelo menos, duas funções práticas (mas nenhuma delas ligada à produção do conhecimento jurídico): a formação de uma elite intelectual própria, ideologicamente integrada de acordo com os interesses do modelo político-liberal dominante; e servir de centro de recrutamento de profissionais para a formação dos quadros da gestão estatal. Nesse sentido, afirma Falcão (1984, p. 17):

A primeira, bem mais complexa e menos evidente, situa-se ao nível cultural-ideológico. As Faculdades de Direito constituíram-se nas principais instituições responsáveis pela sistematização teórica, ou científica, como então entendiam a nova ideologia político-jurídica, o liberalismo, a quem se confiava a integração ideológica do Estado Moderno que a elite projetava. A segunda, mais perceptível, nem por isso menos importante, tratava de operacionalizar essa ideologia. Vale dizer, formar os quadros para a gestão do Estado nacional. É o prelúdio da burocracia federal.

A profissionalização da política no interior das faculdades demonstrava que o ensino jurídico representava um mecanismo político-ideológico de recrutamento dos agentes que, ao término do curso, estariam incumbidos da direção dos negócios públicos. Esse processo de formação dos intelectuais configurava fator estratégico de unificação da elite política dominante que integraria a burocracia estatal e, conseqüentemente, permitiria ao bacharel uma função central neste modelo liberal de exercício do poder (ADORNO, 1988, p. 78).

A esta elite nacional política, Pang e Seckinger (1972, p. 216) chamaram de mandarins, assim considerados “os membros que tipicamente vieram de origens socioeconômicas e educacionais semelhantes, manifestaram aspirações políticas semelhantes e subscreveram ideias políticas e sociais convencionais” (tradução nossa).⁸ No período imperial brasileiro, com o projeto liberal do país ainda em desenvolvimento, esse papel foi desempenhado pelos bacharéis que, antes treinados em Coimbra, passaram a ser formados nas academias jurídicas de São Paulo e Olinda/Recife.

Foi justamente por meio dessas duas faculdades nacionais – e antes, em Coimbra – que se formaram grandes expoentes da elite política brasileira no período imperial, profissionais que se destacaram pela atuação no exercício de diversas funções da carreira pública. A Graduação em Direito, apesar de não representar a certeza de uma formação jurídica de qualidade, era praticamente uma via de acesso aos mais elevados cargos na administração estatal, transformando os bacharéis em verdadeiros protagonistas neste cenário, conforme asseveram Barman e Barman (1976, p. 44):

A elite do Brasil Imperial foi, então, construída em torno de uma geração de homens que, formados em Coimbra na década de 1820, aumentaram seu número e seu poder assimilando os primeiros formandos da nova escola de direito do Brasil. Nos primeiros anos, existia uma suficiência de emprego público para todos os graduados em direito, que monopolizavam ao mesmo tempo a política e o judiciário. A probabilidade da associação de elite foi conferida pelo simples ato de graduação da faculdade de direito (tradução nossa).⁹

⁸ “The members of which typically came from similar socioeconomics and educational backgrounds, manifested similar political aspirations and subscribed to conventional political and social ideas”.

⁹ “The elite of Imperial Brazil was, then, constructed around a generation of men who, graduating from Coimbra in the 1820s, increased their number and their power by assimilating the first graduates from the new Brazilian’s law school. In the early years a sufficiency of public employment existed for all law graduates, who monopolized at the same time both the politics and the judiciary. The probability of the elite membership was conferred by the mere act of graduation from law school”.

Pois bem, levando em consideração que os bacharéis eram recrutados para a composição da burocracia estatal e, sendo assim, também atuavam como membros da organização judiciária, o capítulo que segue – sem a pretensão de exaurir o estudo sobre o tema – trará uma breve abordagem acerca do Poder Judiciário na ordem política imperial e o reflexo da função por ele desempenhada na sociedade, partindo-se do pressuposto de que suas raízes estão intimamente ligadas ao modelo português de organização burocrática, fazendo desta um traço característico da magistratura brasileira.

4 REFLEXOS DA BUROCRACIA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

As breves considerações, até então esposadas, tiveram o escopo de ressaltar duas constatações que se entende indispensáveis para a compreensão do que será traçado nas linhas que seguem: primeiro, que a criação dos cursos de Direito não teria sido parte do projeto de universalização do sistema educacional à população brasileira, mas uma estratégia da elite nacional em manter a coesão do pensamento político-ideológico de construção do país; segundo, que as academias funcionavam como mecanismo de formação e treinamento de profissionais que serviriam à burocracia estatal, produzindo bacharéis sem muita preocupação na absorção de conhecimentos jurídicos, mas bastante atuantes na gestão do Estado.

Estabelecidas essas premissas, é importante ressaltar que a organização burocrática era um traço marcante do governo português em relação à colônia brasileira, característica esta da qual não escapava o Poder Judiciário. A preocupação com a centralização do poder nas mãos do monarca refletia no sistema de nomeação dos magistrados que, dentre outras atribuições, eram verdadeiros representantes dos interesses reais no território brasileiro. Em contrapartida, os juízes e desembargadores utilizavam-se desta carreira como mecanismo de ascensão social (SCHWARTZ, 2011, p. 227), usufruindo de todos os privilégios que o título lhes conferia, padrão que permaneceria também no período pós-independência.

A estrutura judiciária portuguesa do século 18 – que, para efeitos do presente artigo entende-se como matriz da qual foi pensado o modelo imperial – pode ser reconhecida por meio de três características: a hierarquização, a definição de contornos burocráticos devidamente precisos e a rotatividade dos cargos públicos (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 275), traços que, se não foram mantidos em sua integralidade, pelo menos podem ser lembrados na forma como se projetou a organização judiciária brasileira.

A hierarquia é um traço que pode ser facilmente constatado mediante a distribuição vertical das funções no arcabouço judiciário, com a composição de órgãos inferiores (juízes) e superiores (tribunais). Acrescente-se a isto o fato de ser uma estrutura composta por profissionais que possuem uma formação específica – no caso, a jurídica – e propensos a desenvolver uma atividade de competência própria, por meio de método decisório técnico – o ato de julgar –, elementos que, na visão de Rocha (1995, p. 45), evidenciam a organização burocrática do Poder Judiciário.

Obviamente que a manutenção deste corpo burocrático da magistratura era parte da estratégia de dominação política que se pretendeu estabelecer à época e, como tal, implicou determinadas condutas dos magistrados e atuação do próprio Poder Judiciário. Assim, nesses primeiros momentos de afirmação dos interesses da elite imperial e fortalecimento do Estado, tornava-se indispensável a formação de um grupo político ideologicamente unificado para o exercício das atribuições estatais, por meio do treinamento que era realizado nas já mencionadas faculdades de Direito de São Paulo e Olinda/Recife, de onde provinham os bacharéis, já preparados para a ocupação dos cargos públicos.

Não se pode olvidar, ressalte-se, que o Estado representava o maior empregador para os letrados que ele mesmo formava, motivo mais do que suficiente para ocasionar uma simbiose entre elite política e burocracia, com a ocupação simultânea de cargos em ambos os segmentos. Nesse sentido, conforme aduz Carvalho (2003, p. 99), o magistrado acumulava habilidades suficientes para o exercício do poder público, dada a sua formação educacional (treinamento) aliada à experiência de aplicação da lei. Para o autor

Partimos da suposição de que o emprego público era a ocupação que mais favorecia uma orientação estatista e que melhor treinava para as tarefas de construção do Estado na fase inicial de acumulação do poder. A suposição era particularmente válida em se tratando de magistrados que apresentavam a mais perfeita combinação de elementos intelectuais, ideológicos e práticos favoráveis ao estatismo.

Com isso, era bastante comum a inclinação do magistrado para atividades não essencialmente jurisdicionais, na medida em que “a nomeação para um cargo judiciário era a forma privilegiada de ingresso na carreira política imperial” (KOERNER, 2010, p. 44), ou seja, não raras vezes os juizes ocupavam mais de um cargo simultaneamente (como deputados ou senadores, por exemplo). A esta possibilidade de ingresso na carreira política já estavam atentas as faculdades de Direito, que pouco ofertavam em termos de formação jurídica mas preparavam o bacharel para o exercício das funções públicas.

De outro lado, em se tratando de um país com vasto território nacional, havia determinadas localidades que o poder imperial não alcançava e, portanto, necessitava de um representante para sua afirmação. Essa função coube aos magistrados, uma vez que a ordem política e a estabilidade do poder central pressupunham a mediação das relações entre o governo e as elites locais (KOERNER, 2010, p. 53), atuando os juizes como mandatários do imperador com vistas a preencher qualquer possível lacuna espacial que desse margem à autonomia dos potentados regionais. Não se quer afirmar com isso, todavia, que esse modelo conservador de dominação política tenha restado incólume durante os anos iniciais de formação do país. Na verdade, irrisignados com essa forma imperial de controle social, os liberais editaram, em 1827, a lei que criava a figura do juiz de paz, um magistrado sem treinamento e que seria eleito para exercer, em âmbito local, a função conciliativa e os poderes de julgamento dos assuntos de menor relevância. Tratava-se, assim, de profissionais que seriam escolhidos por meio de eleição nas paróquias e que assumiriam parte das atribuições antes inerentes a magistrados tradicionalmente nomeados pelo imperador, o que levou Flory (1986, p. 81) a constatar que “os reformadores liberais fizeram do juiz de paz o porta-estandarte de suas preocupações filosóficas e práticas: formas democráticas, localismo, autonomia e descentralização” (tradução nossa).¹⁰ Dito de outra forma, apesar do movimento regressista dos conservadores que iria ocorrer anos depois, a criação dos juizes de paz representou uma nítida tentativa de ampliação da participação popular na justiça por meio da limitação dos poderes do monarca na composição da estrutura judiciária.

Se por um lado é verossímil a constatação de contornos burocráticos na organização judicial brasileira e a predominância de interesses das elites políticas na construção de um modelo de Estado nacional, não é menos verdade que a análise da atuação do Poder Judiciário exige que não descuidemos desses fatores como componentes de uma justiça para e pela sociedade, sobretudo no que concerne à promessa de democratização do seu acesso e à forma de apreciação dos conflitos.

De fato, com o seu surgimento, o Estado – responsável pela organização da vida em sociedade – passou a exercer o monopólio da criação e da aplicação do Direito, fazendo da jurisdição o meio tradicional de apreciação de controvérsias e de acesso à justiça, função que desempenha por intermédio do Poder Judiciário, o que justificaria a expressão *acesso à justiça* poder ser entendida, num primeiro momento, como sinônimo de ingresso aos órgãos judiciários, posto que a estes foi conferida a função de resolução de conflitos e concretização de direitos.

É necessário se reconhecer, no entanto, que, numa concepção mais contemporânea, ao acesso à justiça deve ser dada uma conotação mais ampla, tal qual proposta na clássica obra de Cappelletti e Garth (1988, p. 15), no sentido de compreendê-la sob a perspectiva da efetividade, consubstanciada na incumbência de o Estado proporcionar a facilitação das vias de ingresso aos tribunais e, sobretudo, responder às demandas de forma adequada e tempestivamente. Esta, porém, não era uma característica inerente ao Poder Judiciário brasileiro pós-independência. Pelo contrário, ele mostrou-se acessível apenas para a afirmação de interesses políticos das elites na formação de uma sociedade escravista, servindo como instrumento de controle social repressivo das classes dominadas (KOERNER, 1999, p. 46).

Dessa forma, é inegável que não se possa desprezar o papel assumido pelo Poder Judiciário no projeto de emancipação do Estado brasileiro. A organização burocrática dos órgãos judiciais, característica herdada do modelo de colonização português, influenciou sobremaneira a composição e atuação da justiça imperial, quer seja no recrutamento de profissionais treinados para a assunção de cargos públicos – e que em razão disto faziam da magistratura uma possibilidade de ascensão na carreira política –, quer seja na reprodução dos interesses da classe dominante por meio das vias judiciais.

¹⁰ “Los reformadores liberales hicieron al juez de paz el portaestandarte de sus propias preocupaciones filosóficas y prácticas: formas democráticas, localismo, autonomía e descentralización”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essas breves considerações foram elaboradas no intento de demonstrar os motivos que ensejaram a instalação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil em meados de 1827. Em verdade, utilizando o suporte fornecido pela historiografia para análise do contexto social que predominava à época, restou evidenciado que a criação das faculdades de Direito de São Paulo e Olinda/Recife foi uma opção da elite política que, mesmo ciente dos elevados índices de analfabetismo da população brasileira, preferiu dar prioridade ao Ensino Superior, mantendo o caráter excludente da educação nacional.

Essa escolha, como se viu, teria sido motivada pela proposta de formação do Estado brasileiro tal qual pretendido pela então elite, um modelo influenciado pela tradição portuguesa, com características burocráticas de monopolização do poder e dominação política por parte da classe dominante. Assim, o ensino jurídico seria o instrumento utilizado para manutenção de uma elite de bacharéis ideologicamente homogênea que, posteriormente, seria recrutada para compor os mais elevados cargos públicos, tornando-se responsável pelas tomadas de decisão no desenvolvimento do país.

Nesse sentido, ainda que se possa argumentar alguns dos fatores que teriam justificado as constantes críticas à qualidade do ensino jurídico no Brasil Império, o fato é que das academias de São Paulo e Olinda/Recife saíram boa parte dos mais relevantes profissionais da história brasileira, apesar do destaque da atuação desses indivíduos estar, quase sempre, alheia à carreira jurídica. Isso não significa que os referidos cursos não tenham alcançado a sua finalidade; pelo contrário, o intuito não era a formação jurídica do bacharel, mas o seu treinamento para ascensão ao poder estatal, inclusive pela via do Judiciário, revelando as implicações do ensino jurídico para a formação do Estado nacional tal qual pretendido pelas elites políticas.

6 REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- BARMAN, Roderick; BARMAN, Jean. The role of the law graduate in the political elite of Imperial Brazil. *Journal of interamerican studies and world affairs*, v. 18, n. 4, , Nov. 1976.
- BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- FALCÃO, Joaquim. Os cursos jurídicos e a formação do Estado Nacional. In: *Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1984.
- FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Ensino do direito, teoria jurídica e magistratura: em busca de um modelo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 11, p. 108-117, fev. 2006.
- FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial, 1808-1871: control social y estabilidad política en el nuevo Estado*. Trad. Mariluz Caso. México: FCE, 1986.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KOERNER, Andrei. *Habeas corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.
- KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira (1841-1920)*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- LUZURIAGA, Lorenzo. *História da educação e da pedagogia*. 18. ed. São Paulo: Nacional, 1990.
- MARQUES, Waldemar. Estado, sociedade e educação superior no Brasil Império: o passado presente. *Avaliação*, Campinas; Sorocaba, SP, v. 18, n. 3, p. 547-566, nov. 2013.
- MARTINS, Daniele Comin. A criação dos cursos jurídicos e a elaboração legislativa do império. *Sequência*, v. 23, n. 44, p. 55-75, 2002.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Do bacharelismo à bacharelise: reflexos desses fenômenos nos cursos jurídicos, ao longo do tempo. In: *Ensino Jurídico: literatura e ética*. Brasília: OAB, 2009.
- PANG, Eul-Soo; SECKINGER, Ron L. The mandarins of Imperial Brazil. *Comparative studies in Society and History*, v. 14, n. 217-245, Mar. 1972.
- PAULO FILHO, Paulo. *O bacharelismo brasileiro (da colônia à república)*. Campinas: Bookseller, 1997.

- REALE JÚNIOR, Miguel. Criação e degenerescência do ensino jurídico. *Revista USP*, São Paulo, n. 100, p. 87-96, dez./jan./fev. 2013-2014.
- RIBEIRO, Maria Luisa Santos. *História da educação brasileira: a organização escolar*. 15. ed. rev. e ampl. Campinas: Autores Associados, 1998.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão social no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a Suprema Corte da Bahia e seus juizes – 1609-1751*. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- XAVIER, Maria Elizabete Sampaio Prado. *Poder político e educação de elite*. São Paulo: Cortez Editora; Autores Associados, 1980.

EDUCAÇÃO ESCOLAR DE JOVENS E ADULTOS PRIVADOS DE LIBERDADE: Realidade Brasileira e Panorama Legal

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.88-99>

Recebido em: 1^o/6/2018

Aceito em: 19/5/2019

Lucas Andres Arbage

Mestrado em Educação pela Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS). Especialização em Direito Penal e Processo Penal e em Direito Civil e Empresarial – Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Graduação em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria – Fames. Advogado (OAB n. 40.125 OAB/SC).
lucasaarbage@hotmail.com

RESUMO

Este artigo tem como problema de pesquisa a ausência de políticas governamentais educativas dos apenados, as quais serviriam para a redução da desigualdade social e de renda da sociedade brasileira. O objetivo geral é conjecturar acerca da (não)atuação estatal ante a temática da educação de jovens e adultos privados de liberdade no contexto brasileiro. Os objetivos específicos são: discutir acerca da legalidade da educação para jovens e adultos privados de liberdade, detectar os motivos pelos quais isso (não)acontece e ponderar acerca da pertinência de uma política pública voltada para esta finalidade. No desenvolvimento do artigo, constatou-se a pequena oferta de processos educativos nas instituições de privação de liberdade e a precariedade do sistema prisional brasileiro, consubstanciada pelo aumento no número geral de presidiários, pelos altos índices de reincidência no cometimento de crimes e pelas condições sub-humanas presenciadas nestas localidades. A conclusão é de que o atual contexto colabora para o aumento e perpetuação da desigualdade social, uma vez que reflete poucas oportunidades de reintegração social do apenado. Para mudar a atual realidade, é fundamental a implementação de uma política pública estatal para instituir os referidos processos educativos, compreendendo-se a educação como direito humano, investindo em suas esferas escolares e não escolares, a fim de cumprir a lei e proporcionar uma oportunidade aos jovens e adultos privados de liberdade. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica e documental, composta pela análise de documentos oficiais, do ordenamento jurídico e doutrina.

Palavras-chave: Direito penal. Direitos humanos. Garantismo. Políticas públicas. Reintegração social.

SCHOOL EDUCATION OF YOUNG PEOPLE AND PRIVATE ADULTS OF FREEDOM: BRAZILIAN REALITY AND LEGAL OVERVIEW

ABSTRACT

This article has as a research problem the lack of governmental educational policies of the victims, which would serve to reduce the social and income inequality of Brazilian society. The general objective is to conjecture about the (non)state action on the issue of the education of youths and adults deprived of liberty in the Brazilian context. The specific objectives are: to discuss the legality of education for young people and adults deprived of their liberty, to detect the reasons why this does not happen and to consider the pertinence of a public policy aimed at this purpose. In the development of the article, there was a small supply of educational processes in institutions of deprivation of liberty and the precariousness of the Brazilian prison system, consubstantiated by the increase in the general number of prisoners, by the high rates of recidivism in the commission of crimes and by the sub conditions -humans witnessed in these localities. The conclusion is that the current context contributes to the increase and perpetuation of social inequality, since it reflects few opportunities for social reintegration of the distressed. To change the current reality, it is essential to implement a state public policy to institute such educational processes, including education as a human right, investing in its school and non-school spheres, in order to comply with the law and provide an opportunity young people and adults deprived of their liberty. The methodology used was the bibliographical and documentary research, composed by the analysis of official documents, of the legal order and doctrine.

Keywords: Criminal law. Human rights. Garantism. Public policy. Social reintegration.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O sistema prisional brasileiro. 3 A Educação de Jovens e Adultos privados de liberdade como política pública. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade moderna a prisão é a principal forma de punição prevista junto ao sistema de execução penal, em que a restrição dos direitos e da liberdade da pessoa é compatibilizada e proporcional à sua conduta entendida como criminoso e às condições pessoais e do caso concreto que ocasionou a demanda judicial e consequente encarceramento.

Para determinados setores populacionais, nos últimos anos, com a modernização e o êxodo rural, aflorou-se a pobreza, marginalização e a desigualdade social, características tristes, mas tradicionais do Brasil, gerando nefastas consequências para a sociedade brasileira. Sob este cenário, de acordo com o documento oficial mais recente sobre o tema, qual seja, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, com publicação em dezembro de 2017, mas dados relativos ao ano de 2016 –, é pertinente frisar que na sociedade brasileira os crimes patrimoniais relacionados a furto e roubo correspondem a 37% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento (BRASIL, 2017, p. 43).

Dentre os diversos problemas gerados por esta situação, destaca-se o crescimento da criminalidade e do número de pessoas encarceradas. O crescimento do poder punitivo é propagado no Brasil principalmente pela política pública de guerra às drogas, a qual objetiva transmitir o pensamento de que “bastaria prender os envolvidos com as drogas, que o problema estaria resolvido”. A proibição às drogas alude à criminalização de condutas que, ainda que sejam realizadas amplamente em variados locais do mundo, facilitam a edição de fantasias e a criação de cruzadas moralizadoras (DARKE; KARAM, 2016).

Resumidamente, os resultados da referida política pública são: índices crescentes de encarceramento, gerando números gerais nunca vistos antes de pessoas privadas de liberdade; alta reincidência no cometimento de crimes; precária infraestrutura das instituições prisionais; ausência de políticas públicas que objetivem diminuir a reincidência e o cometimento de crimes.

A partir dos números fornecidos pelo Infopen, denota-se que a população de pessoas privadas de liberdade no Brasil é a terceira maior do mundo, somente tendo menor número do que os Estados Unidos e a China. Enquanto, todavia, nestes outros dois países o número total de encarcerados tem diminuído nos últimos anos, no Brasil a situação é inversa. Como se não bastasse, o Brasil apresenta índice de reincidência no cometimento de crimes de cerca de 80% dos egressos do sistema carcerário.

Diante deste contexto, surge o questionamento óbvio: O que deve ser feito e como proceder com o indivíduo que cometeu algum delito e encontra-se cumprindo pena preso? Pelo Infopen, obteve-se a informação da escolaridade de 70% da população privada de liberdade no Brasil – 482.645 pessoas. Mantendo a tendência de pesquisas anteriores, observa-se um baixo grau de escolaridade, posto que 75% desta população sequer acessou o Ensino Médio, concluindo, no máximo, o Ensino Fundamental (BRASIL, 2017, p. 34).

Neste cenário, é importante considerar que existe proposta de alteração da Constituição Federal acerca da redução da maioria penal para 16 anos, que é a Proposta de Emenda à Constituição – PEC 171/1993 –, o que agravaria, em sendo aprovada, a problemática da baixa escolaridade desta população de pessoas privadas de liberdade, o que, por sua vez, deflagra a importância de existir uma política pública de educação para essa camada populacional.

Tendo em vista que a educação é considerada, por muitos, como base para um desenvolvimento mais equilibrado do ser humano, uma das alternativas para modificação deste quadro crescente do número de apenados e de falência dos sistemas prisionais, dar-se-ia por meio do processo de “reeducação social” da população apenada por meio, exatamente, do acesso e frequência a processos educativos, formais e informais.

Com isso, se conferiria um tratamento mais digno e humano para essa parcela da população, uma vez que, atualmente, as notícias vinculadas ao sistema carcerário são somente no sentido de que as prisões são, via de regra, instituições que especializam o apenado para o cometimento de crimes, contribuindo para que este passe a integrar facções criminosas e saia da prisão mais violento e especializado no cometimento de crimes. A fim de ilustrar e comprovar a falência do sistema prisional brasileiro, destaca-se que somente no primeiro mês do ano de 2017, em rebeliões ocorridas em Manaus, Rio Grande do Norte e Roraima, mais de cem apenados foram executados dentro das instituições prisionais.

A partir desse contexto, o presente artigo tem como objetivo principal debater a (não)atuação estatal ante a temática da educação de jovens e adultos privados de liberdade no contexto brasileiro. Parte-se de uma análise do sistema prisional do Brasil, concluindo que a instituição de processos educativos nas prisões pode ser uma alternativa de reintegração social do apenado. Prossegue-se com uma apreciação conceitual do Estado e suas responsabilidades, concluindo-se pela necessidade de se instituir uma política pública destinada a assegurar e conferir a ampla abrangência que a temática demanda.

O trabalho é condensado mediante abordagem qualitativa, do tipo exploratória, com instrumento de aplicação à pesquisa documental e bibliográfica.

A pertinência do assunto configura-se pela possibilidade de aprofundar o estudo acerca das questões educacionais, das inovações no âmbito da educação e da afinidade com as extensões sociais, culturais e políticas, na tentativa de convidar os envolvidos com o direito, a educação e a sociedade para uma reflexão sobre como o acesso a aspectos educativos por parte dos apenados pode contribuir para que os mesmos tenham mais condições de se reintegrarem socialmente, para que sobrevenha uma sociedade com menos desigualdade.

Entende-se que a temática é instigante e pertinente por se tratar de direito negligenciado e/ou não efetivado que atinge significativa parcela populacional, e pelo caráter social/humano que a reflexão detém.

2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema prisional brasileiro, amparado na legislação e, ao menos na teoria, tem como finalidade, além da punição para quem cometeu algum crime, sua ressocialização e/ou reintegração social. Para efetivar a punição, o Estado assume a responsabilidade de combater os crimes, e a principal medida coercitiva e punitiva existente é a prisão.

No momento em que a pessoa assume a condição de estar privada de sua liberdade, tendo sua vida e liberdade tuteladas pelo Estado, recuperá-lo deveria ser um, senão o principal, objetivo de quem figura como responsável e zela por sua vida, ou seja, o Estado, o qual, inclusive, não pode se desincumbir desta responsabilidade.

O sistema prisional brasileiro encontra-se em um estado lastimável, seja pela precariedade dos serviços (não)prestados, pela superlotação ou pelas inúmeras violações aos direitos humanos constatadas nas instituições prisionais. Neste sentido, Rafael Damasceno de Assis (2007, p. 1) elucida que “[...] acaba ocorrendo é uma dupla penalização na pessoa do condenado: a pena de prisão propriamente dita e o lamentável estado de saúde que ele adquire durante a sua permanência no cárcere”.

Inexiste informação oficial e segura acerca do índice exato de reincidência no cometimento de crimes de egressos do sistema prisional brasileiro, existindo somente alguns levantamentos que podem ser utilizados como base a fim de aferir esse índice, como o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, que divulgou, em 2008, que essa taxa era alta e ficava entre 70% ou 80%, variando de acordo com o Estado analisado.

De acordo com o Infopen (BRASIL, 2017), atualmente o Brasil é o terceiro país com mais presos no mundo. Quanto ao número de presidiários, no ano de 2015 o Brasil apresentava 698,6 mil, e no referido ano acabou ultrapassando o então terceiro país com mais presidiários no mundo, que era a Rússia, com 646,1 mil, ficando atrás somente dos Estados Unidos, com 2,14 milhões e China, com 1,65 milhão.

É interessante e triste detectar, ainda, que, dentre estes países supracitados, exceto o Brasil, todos estão diminuindo a população de presidiários, com o que, mantendo-se o atual ritmo, logo o Brasil ultrapassará a China e será o segundo país que mais prende pessoas no mundo. Trata-se, por conseguinte, de crescimento populacional em grau assustador e que não é presenciado em qualquer outro país do mundo, culminando com uma imensa população prisional. Além disso, é importante destacar que em números gerais a China, por exemplo, apresenta número populacional muito maior do que o Brasil, portanto, proporcionalmente, aqui há muito mais pessoas encarceradas.

O último documento oficial que realizou comparativo entre a população prisional dos países foi o Infopen do ano de 2014, relativo a dados obtidos até dezembro de 2013. Nesse documento, verifica-se que, entre os anos de 2008 e 2013, os Estados Unidos diminuíram a taxa de pessoas presas de 755 para 698 para cada cem mil habitantes (-8%). A China reduziu, no mesmo tempo, de 131 para 119 a taxa (-9%). A Rússia, por

sua vez, diminui em 24% a taxa de pessoas presas para cada cem mil habitantes. De outro norte, o Brasil é o único dentre os quatro países que mais encarceraram no mundo, cuja taxa aumentou no referido período (33%) (BRASIL, 2014, p. 14).

Contextualizando e comparando o sistema prisional brasileiro com o dos 20 países com maior população carcerária, verifica-se que a taxa de aprisionamento da população prisional brasileira era a quarta maior: somente os Estados Unidos, a Rússia e a Tailândia tinham um contingente prisional mais elevado. A taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais brasileiros (161%) era a 5ª maior entre os países em voga. As Filipinas (316%), o Peru (223%) e o Paquistão (177%) têm a maior taxa de ocupação prisional (BRASIL, 2014, p. 12-13). Existe, todavia, levantamento nacional de informações mais recente, que não realizou o comparativo com outros países, mas aferiu que a atual taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro, em junho de 2016, não incluindo as informações do Sistema Penitenciário Federal, era de 197,8%, o que já faria sermos o quarto pior país do mundo nesse quesito (BRASIL, 2017, p. 26). Ou seja, a situação está ruim e piorando.

Entre os anos de 1995 e 2010 o Brasil, dentre os 50 países com maior população prisional, apresentou a segunda maior variação na taxa de aprisionamento, com aumento na porcentagem de 136%. Somente a Indonésia mostrou ritmo de crescimento da população prisional maior que o do Brasil. Do número total de presidiários, no entanto, a Indonésia apresenta cerca de 70% a menos do que o número total de presidiários no Brasil (BRASIL, 2014, p. 14).

No período compreendido entre os anos 2000 e 2016, a população prisional aumentou, em média, 7,3% ao ano, passando de 232 mil pessoas em 2000 para 726 mil pessoas privadas de liberdade em 2016. Isto significa um aumento dez vezes maior que o geral da população brasileira, que apresentou aumento total de apenas 16% no período, em uma média de cerca de 1% ao ano (BRASIL, 2017, p. 20). Quanto às instituições prisionais e o gênero a que se destinam, 75% dos estabelecimentos é destinado ao gênero masculino, 17% têm destinação mista e 7% destinação feminina.

Chegando-se aos dias atuais, essa situação de crescimento da população de pessoas privadas de liberdade no Brasil se agrava, uma vez que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, por meio de seu *site*, disponibiliza a informação acerca de quantos mandados de prisão estão expedidos e pendentes de cumprimento, posto que no dia 23/4/2018 esse número chega a quantia de 610.206. Ou seja, somando-se os mandados de prisão com o número de pessoas que já estão presas, o Brasil fica muito próximo de ser o segundo país com mais presidiários do mundo.

A informação quanto à faixa etária da população prisional trata-se de uma estimativa, uma vez que se obteve a informação de apenas 75% da população prisional, ou seja, 514.987 pessoas. A partir da análise da amostra de pessoas sobre as quais foi possível obter dados acerca da idade, pode-se afirmar que 55% da população prisional é formada por jovens, considerados até 29 anos, segundo classificação do Estatuto da Juventude, Lei nº 12.852/2013 (BRASIL, 2017, p. 30).

Outra questão que se constata é a de que o sistema prisional trata, via de regra, o negro de maneira discriminatória. A cada três presos, cerca de dois são negros. A informação sobre a raça, cor ou etnia da população prisional estava disponível para 493.145 pessoas (ou 72% da população prisional total). A partir da análise da amostra de pessoas sobre as quais foi possível obter dados acerca da raça, cor ou etnia, pode-se afirmar que 64% da população prisional é composta por pessoas negras. Na população brasileira acima de 18 anos, em 2015, a parcela negra representa 53% (BRASIL, 2017, p. 32).

O grau de escolaridade da população prisional brasileira é baixo e significativamente inferior à média de brasileiros que não estão encarcerados. Foram obtidas informações acerca da escolaridade para 70% da população privada de liberdade no Brasil, isto é, 482.645 pessoas. Nessa amostra, observa-se o baixo grau de escolaridade, seguindo a tendência já expressa em levantamentos anteriores. Constata-se que 75% da população prisional brasileira ainda não acessou o Ensino Médio, tendo concluído, no máximo, o Ensino Fundamental (BRASIL, 2017, p. 34).

Além disso, como já destacado, os crimes patrimoniais assumem grande relevância no número total de presidiários no Brasil, podendo-se concluir que a desigualdade social e de distribuição de renda, as quais são sabidas que ocorrem em grandes proporções no Brasil, contribuem com o crescimento da criminalidade.

Está previsto na Lei de Execução Penal o acesso à assistência educacional, sendo um direito garantido à pessoa privada de liberdade, que deve ser ofertado pelo Estado na forma de instrução escolar e formação profissional, objetivando a reintegração da população prisional à sociedade.

Para aferir a questão das atividades educacionais, foram discriminadas entre atividades de ensino escolar, que compreendem as atividades de alfabetização, formação de Ensino Fundamental até Ensino Superior, cursos técnicos (acima de 800 horas de aula) e curso de formação inicial e continuada (capacitação profissional, acima de 160 horas de aula); e atividades complementares, que compreendem as pessoas matriculadas em programas de remição pelo estudo por meio da leitura, pessoas matriculadas em programas de remição pelo estudo por meio do esporte e pessoas envolvidas em demais atividades educacionais complementares (BRASIL, 2017, p. 53).

Somente 12% da população prisional no Brasil está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares (BRASIL, 2017, p. 53).

Mediante a exposição do panorama geral do sistema prisional brasileiro, constata-se a gravidade e pertinência da discussão de como proceder com o indivíduo que cometeu um delito, pois atualmente é flagrante a fragilidade nas tentativas de recuperação e reintegração social dos presidiários, o que contribui para o crescimento da criminalidade, da população carcerária e das desigualdades sociais. Assim, entende-se que uma das alternativas para alteração desse quadro caótico do sistema prisional é a possibilidade de que os apenados tenham acesso e frequência a processos educativos, começando-se este processo ainda no período em que os mesmos estão cumprindo pena e se encontram na condição de presidiários.

3 A EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS PRIVADOS DE LIBERDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA

O direito à educação integra o rol dos direitos fundamentais previstos junto ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 – CF/88. Neste sentido, flagrante é a importância conferida pelo legislador à educação, quando a enquadra e positiva como direito fundamental de todos os brasileiros.

A positivação e previsão como sendo um direito do cidadão – seja da educação ou da saúde, por exemplo – é fundamental para que se tenha condições de pleitear com mais segurança a efetivação destas garantias asseguradas legalmente, pois, pela positivação se estabelecem os limites, possibilidades, modalidades e as próprias regras que a educação deve se pautar, tanto pela CF/88 quanto pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº 9.394/1996 – LDB – ou por meio de outros dispositivos legais.

Além de a educação ser um direito do cidadão brasileiro, é definida como obrigação do Estado. Do direito nascem as prerrogativas das pessoas, em razão das quais passam a gozar de algo que lhes pertence como tal. Do dever nascem as obrigações que necessitam ser respeitadas, seja por quem tem a responsabilidade de assegurar o direito, como o Estado e seus representantes, ou por parte de outros sujeitos implicados nessas obrigações (CURY, 2005).

Ao definir um direcionamento sintético acerca das diretrizes da educação brasileira, a CF/88 disciplina, em seu artigo 205, que é um requisito para a cidadania dos cidadãos brasileiros. Além disso, o artigo 6º da CF/88 define a educação como um direito social do cidadão. A educação é assim definida no sentido de promover condições para que o cidadão evolua tanto como pessoa quanto profissionalmente, adquirindo as condições básicas a fim de viver em sociedade. A educação, portanto, constitui um direito social, de maneira que o Estado deverá assegurar a todos o seu acesso, ante a relevância e pertinência que apresenta para o desenvolvimento equilibrado do ser humano.

É consenso que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais relevantes do Estado Democrático de Direito. Esta importância é comprovada, uma vez que os direitos sociais, expressos junto ao artigo 6º da CF/88 – como direito à saúde, segurança, assistência aos desamparados e trabalho –, estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana. Na esfera internacional, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, no artigo 26, prevê o direito à educação, com o objetivo do pleno desenvolvimento da pessoa e o fortalecimento do respeito aos direitos humanos.

Comprova-se a importância que o Brasil confere aos direitos humanos, posto que ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais o inserem no Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos.

É fundamental salientar que os direitos humanos apresentam diferente valoração de acordo com a região, ante a sua cultura e hábitos, por exemplo. É esse o entendimento de Arbage e Da Costa Vasconcellos (2017, p. 21-22):

Aqui é importante destacar que a compreensão do que abarca os direitos humanos pode variar de um país para outro. Todavia, em que pese existir essa referida distinção quanto à extensão dos direitos humanos, é inegável que a possibilidade de ofertar educação está enquadrada como uma política pública efetiva, necessária e indispensável a todos os países, alinhando-se no sentido de ser um meio de promoção da vida com dignidade e com possibilidade de diminuição da desigualdade social.

Ainda que exista a referida variação quanto à extensão dos direitos humanos, é uníssono o entendimento que proporcionar a possibilidade de acessar a processos educativos é primordial e essencial em qualquer sociedade, no intuito de proporcionar o desenvolvimento do cidadão. Destaca-se que a educação aqui abordada e defendida para ser instituída para as pessoas privadas de liberdade, é compreendida como além do processo educativo institucionalizado, também denominado de educação formal, acrescentando-se neste contexto as experiências educativas que acontecem no cotidiano das pessoas, por meio do relacionamento com outros cidadãos e com seu próprio ambiente.

No contexto nacional, a CF/88 estabelece como princípio do ensino a garantia de um padrão de qualidade (artigo 206, VII), advertindo, ainda, que o não oferecimento do ensino obrigatório ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (artigo 208, § 2º).

Atualmente, portanto, se constata que o Estado tem a obrigatoriedade/dever de fornecer educação ao menos até o nível de Ensino Médio, sem distinção de gênero, sexo ou raça. Neste sentido, surge a dúvida e inquietação: O apenado também tem direito à educação?

Existe o direito ao acesso à educação pelo apenado, estando o mesmo positivado junto a Lei de Execução Penal – LEP, nº 7.210/1984 –, por intermédio da qual se define os caminhos pelos quais se buscará sua reintegração social. Acerca da responsabilidade pelo apenado, a lei é clara, imputando a mesma ao Estado, artigo 10 da LEP, posto que sua assistência educacional está prevista no artigo 11, IV, também da LEP.

A fase da execução da pena pode ser entendida como fase autônoma e com peculiaridades distintas, tanto do Direito Penal quanto do Código de Processo Penal. Deverá respeitar, todavia, e estar de acordo com vários direitos e garantias fundamentais, assegurando-se o devido processo legal e o respeito à LEP.

Mesmo, portanto, após o trânsito em julgado de sentença condenatória e no cumprimento da pena, o apenado é titular de todos os direitos claramente positivados e, neste sentido, é importante destacar que existe uma seção inteira para tratar sobre sua assistência educacional, seção V, indo do artigo 17 até o artigo 21-A da LEP.

Quanto aos níveis de ensino e sua obrigatoriedade, constata-se que o Ensino Fundamental é um direito juridicamente protegido desde 1934, sendo considerado direito público subjetivo a partir da promulgação da CF/88, obrigatório para pessoas de 7 a 14 anos e gratuito, posto que na eventualidade de inexistência de vaga para cursar esta etapa de ensino, pode-se pleiteá-la perante o Poder Judiciário. Já o Ensino Médio se constata como obrigatório somente a partir da Lei nº 13.163, de 2015, mediante alteração na Lei de Execuções Penais – LEP, com a introdução do artigo 18-A.

Mediante a Emenda Constitucional nº 59, estendeu-se a obrigatoriedade do Estado no que se refere à oferta de Educação para os cidadãos brasileiros, passando a vigorar a seguinte alteração legal no artigo 208, I, CF/88: “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade”. Destaca-se, ainda, que a oferta abarca também cidadãos que não tiveram acesso ao ensino na idade correta. Por conseguinte, atualmente o Estado tem a obrigação de oferecer educação até o Ensino Médio, ainda que os cidadãos já tenham ultrapassado a idade correspondente para cursar esta etapa de ensino.

Assim, verifica-se que não somente existe a previsão legal da educação de pessoas privadas de liberdade, como a mesma se apresenta como um dever do Estado para com o presidiário. Sobre isso, Cury (2002, p. 249) afirma que:

Em todo o caso, a ligação entre o direito à educação escolar e a democracia terá a legislação como um de seus suportes e invocará o Estado como provedor desse bem, seja para garantir a igualdade de oportunidades, seja para, uma vez mantido esse objetivo, intervir no domínio das desigualdades, que nascem do conflito da distribuição capitalista da riqueza, e progressivamente reduzir as desigualdades.

O direito à educação do apenado, então, estando positivado em lei, inserido na CF/88 e na LDB e, a educação, tendo potencial orientador, formador e transformador dos sujeitos, porque não oferecê-la e proporcioná-la também aos apenados, que constituem uma parcela populacional amplamente desassistida e com baixíssima escolaridade?

Na realidade brasileira, além da educação de pessoas privadas de liberdade ser pouco difundida nas instituições penitenciárias, ainda se tem estas sendo taxadas de “escolas do crime”. Aqui reside uma séria problemática sobre o tema, que é a de modificar um entendimento difundido em nossa sociedade, exemplificado, por exemplo, com a expressão popular: “bandido bom é bandido morto”. Deve ocorrer um rompimento paradigmático no que se refere à forma como se encara o sistema prisional e o próprio apenado, mudando-se o discurso e pensamento vingativo e meramente punitivo, passando-se a pensar e tratar o assunto com mais humanidade.

Para que o Estado consiga efetivar e garantir as necessidades básicas de sua população, utiliza-se, dentre outras, as políticas públicas. Neste sentido, destaca-se que deve ser resguardada a igualdade no atendimento destes direitos fundamentais a todos os cidadãos e, por consequência, das políticas públicas, obviamente incluindo aqueles que cumprem pena em instituições prisionais.

Conforme já se destacou, o Brasil apresenta severas desigualdades sociais e de distribuição de renda. Dentro dessa realidade, uma das parcelas populacionais mais desassistidas e em piores condições é a dos apenados. Essa é, portanto, por consequência, uma “camada social” carente e que demanda urgência na adoção de medidas para transformação dessa realidade. Sobre isso, destaca-se que, ainda que a pessoa esteja na condição de presidiário, segue, obviamente, sendo detentora de direitos, e esse é o posicionamento de Arbage e Da Costa Vasconcellos (2017, p. 22):

O indivíduo que se encontra em privação de liberdade é um sujeito de direitos e ainda que tenha cometido um crime, não deixa de integrar a sociedade, tampouco perdeu suas capacidades físicas e intelectuais. Quando se pensa e defende a educação em espaços de restrição de liberdade, é sabido que se trata de um processo complicado de se concretizar, seja pelo preconceito ou pela própria visão que se tem do sistema carcerário, exigindo-se a elaboração e implementação de políticas públicas que possibilitem efetivamente colaborar com a formação de qualidade do apenado para o trabalho, como condição de melhoria de sua vida e de diminuição de reincidência no cometimento de crimes.

Ante a esta problemática, constata-se a gravidade da situação e, em parte, compreende-se o relativamente baixo número de iniciativas que objetivem melhorar a realidade da vida do apenado enquanto presidiário e, depois, na condição de egresso do sistema prisional.

As políticas públicas de educação são legitimadas em razão da previsão legal na esfera nacional e internacional. Todas as pessoas, assim como os indivíduos privados de liberdade, têm direito humano de acesso à educação.

A educação de jovens e adultos privados de liberdade, além de ser um instrumento de reintegração social do mesmo, é um direito fundamental, interligada com a dignidade da pessoa humana, integrando o rol dos direitos humanos e positivada junto aos ordenamentos jurídicos. No momento em que o Estado não fornece educação aos apenados, existe uma falha de ordem moral e também se está descumprindo a lei. O direito social dos apenados apenas estará assegurado quando o Estado, ciente de seu dever de lhes fornecer educação, cumprir a lei por meio de uma política pública voltada para esta finalidade, uma vez que o que ocorre atualmente são meras ações esparsas em algumas instituições prisionais.

Políticas públicas são mandamentos finalísticos que visam a concretizar e a fomentar a realização de um direito e que não se instituem automaticamente, pois precisam de um movimento do Estado com a participação da sociedade (ZAGURSKI; KRUBNIKI, 2017, p. 13).

A política que se pretende analisar pode ser denominada política criminal ou política criminal educativa, dentre outras designações, sendo um aspecto dentre os existentes na política de segurança pública, que, como é sabido, consubstancia-se numa tarefa do Estado. O pleito pela educação para pessoas privadas de liberdade, que da mesma maneira é tarefa do Estado, também pode ser enquadrada como política pública. Bucci (2006, p. 3) esclarece que

políticas públicas é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Sinteticamente se entende por política pública, em apartada síntese e no contexto abordado no trabalho, como o Estado inserindo um projeto de governo por intermédio de ações voltadas à educação desta parcela populacional ante a responsabilidade que possui.

Desta forma, o Estado possui a tarefa de originar práticas de fortalecimento e controle de políticas públicas no intuito de que os direitos fundamentais e sociais sejam assegurados também para aqueles que estejam cumprindo pena em restrição de liberdade. Estas políticas devem estar presentes e demonstradas no cotidiano de jovens e adultos privados de liberdade, fazendo-se das instituições prisionais um espaço educativo e de instrução, considerando que a população privada de liberdade é uma das populações mais desassistidas.

Diante das especificidades do contexto, Maeyer (2011) destaca que a educação prisional deve acontecer em uma perspectiva humanista, superando o período do encarceramento, compreendida como algo sequencial e com um olhar coeso com os direitos dos aprisionados, com amplo alcance, não somente para o momento de privação de liberdade. Rangel (2009, p. 111) igualmente entende que:

Las políticas públicas de educación en las prisiones deben valorar las experiencias, expectativas y esfuerzos de las personas en las prisiones. Fomentar el compromiso personal del que habla Mandela es sin duda una misión de los programas educativos en las prisiones. Esto significa valorar el concepto de la educación a lo largo de toda la vida en las prisiones. La persona debe estar al fin de cuentas en el centro de las iniciativas educativas.

A prisão apresenta-se como um espaço não educativo, uma vez que se considera “bom apenado” aquele que respeita as regras e as decisões. A partir desta assertiva, questiona-se: Se o apenado diminui as tomadas de decisão ordinárias sobre seu dia a dia, como se espera que ele, quando em liberdade, seja capaz de fazer isto com naturalidade e adequação?

É neste sentido que a possibilidade de acessar e frequentar a educação se insere como prática emancipadora e capaz de gerar autonomia e cidadania para esse apenado no momento que for (re)inserido na sociedade. Esta inclusão também passa por uma educação permanente de todos aqueles que têm alguma ligação com a prisão.

Nesse sentido, é pertinente discorrer acerca de qual educação se entende que deve ser instituída e aplicada. O que se defende não é “apenas” a possibilidade de acesso à educação sem preocupação com a sua qualidade, somente diminuindo o ócio dos apenados, mas que seja proporcionada uma educação de qualidade, verdadeiramente emancipadora, a fim de que efetivamente possa ocorrer um acréscimo nas formações pessoais e profissionais desses sujeitos. Nesse sentido, é a ideia suscitada por Silva e Braga (2011, p. 371):

A escola nos presídios teria assim uma grande responsabilidade na formação de cidadãos, não só no que diz respeito aos benefícios da instrução escolar e fortalecimento da autoestima dos reclusos, mas, sobretudo, operando a conscientização de direitos e deveres, possibilitando assim um processo de modificação capaz de melhorar a visão de mundo dos prisioneiros através de um senso crítico que auxilie no entendimento do valor da liberdade e do trabalho, na melhoria do comportamento dentro da instituição prisional, e na criação de oportunidades quando do reingresso na sociedade.

A educação defendida para ser instituída é, portanto, uma educação libertadora, como Paulo Freire ensinava. Assim, como o conhecimento é possível na interação comunicativa dos sujeitos, tem-se maiores chances de sucesso no processo educativo, mediado pelo seguinte diálogo intersubjetivo: “ninguém educa ninguém,

ninguém se educa a si mesmo, os homens se educam entre si, mediados pelo mundo” (FREIRE, 2003, p. 68) este modo, compreende-se a educação como uma tarefa em conjunto entre educador e educando, mediante coparticipação dos sujeitos. Neste sentido, Freire é extremamente claro (2003, p. 68):

A educação libertadora, problematizadora, já não pode ser o ato de depositar, ou de narrar, ou de transferir, ou de transmitir “conhecimentos” e valores aos educandos, meros pacientes, à maneira da educação “bancária”, mas um ato cognoscente. Como situação gnosiológica, em que o objeto cognoscível, em lugar de ser o término do ato cognoscente de um sujeito, é o mediatizador de sujeitos cognoscentes, educador, de um lado, educandos, de outro, a educação problematizadora coloca, desde logo, a exigência da superação da contradição educador e educandos. Sem esta, não é possível a relação dialógica, indispensável à cognoscibilidade dos sujeitos cognoscentes, em torno do mesmo objeto cognoscível.

Além disso, é fundamental que ocorra uma educação que, verdadeiramente, possa ser um instrumento transformador da realidade dos apenados. Segue entendimento de Onofre e Julião (2013, p. 63) sobre o assunto:

A educação deve se fazer presente em todos os espaços, como um sistema e não como um programa compensatório – nesse sentido, não se trata de uma educação *especial* e nem de *segunda categoria*. A qualidade é um quesito que deve primar em todos os espaços, pois se trata de um direito.

No Brasil, os números refletem que o sistema prisional não apresenta respostas boas para a sociedade, tampouco para os apenados. Os índices de ressocialização são baixos, os de reincidência são altos (estimados em 80%) e os de violência e criminalidade, dentro dos presídios, também são elevados. Apresenta-se, ainda, crescimento assustador da população prisional brasileira, já sendo a terceira maior do mundo e, dentre as quatro maiores do mundo, a única que apresenta crescimento desta população em números gerais entre os anos de 2008 e 2014 (BRASIL, 2014).

Em regra, portanto, além de não apresentar boas respostas para o problema de como agir com os apenados e buscar fornecer instrumento para que possa ocorrer sua “reintegração social”, as instituições prisionais sequer conseguem manter um ambiente sem violência, guerra de facções e/ou intensa atuação na seara do tráfico de entorpecentes.

Considerando este contexto, conclui-se que não é fácil a tarefa de constituir e efetivar um processo educativo no contexto de privação de liberdade comprometido com a dignidade da pessoa humana e que busque o desenvolvimento do indivíduo, indo ao encontro de alguns dos próprios objetivos/princípios da educação, conferindo um tratamento mais humano e digno à pessoa que se encontra na condição de apenado.

Uma das problemáticas relacionadas à temática é o necessário rompimento paradigmático no que se refere à forma como se encara o sistema prisional e o próprio apenado, devendo-se alterar o discurso e o pensamento vingativo e meramente punitivo, passando-se a pensar e tratar o assunto com mais humanidade, acompanhando, inclusive, o atual caráter da pena e do próprio Direito Penal, que objetiva a reintegração social.

Sobre isso, ainda na década de 70, Foucault (1999) destaca que, dentre os princípios fundamentais que regulam a prisão, existem sete máximas universais da boa “condição penitenciária”, e uma delas seria justamente a questão educativa do apenado por parte do Estado, seja como precaução nos interesses da sociedade ou como direito do apenado. Destaca Foucault (1999, p. 297):

(...) 5) A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento.

Só a educação pode servir de instrumento penitenciário. A questão do encarceramento penitenciário é uma questão de educação (Ch. Lucas, 1838). O tratamento infligido ao prisioneiro, fora de qualquer promiscuidade corruptora deve tender principalmente à sua instrução geral e profissional e à sua melhora (Princípio da educação penitenciária).

O direito social dos apenados, portanto, será respeitado apenas no momento em que o Estado, ciente de seu dever de fornecer educação, estruturar e ofertar projetos educacionais para os mesmos, proporcionando educação de qualidade e verdadeiramente emancipatória.

É neste aspecto que o processo educativo pode ser um instrumento de transformação da realidade, que é a de um sistema prisional falido, apresentando crescente número geral de apenados, altos índices de reincidência no cometimento de crimes e poucas alternativas e possibilidades de mudança no panorama das vidas dos egressos do sistema carcerário.

Entende-se que, ao romper esta situação e modificar o sistema prisional, cumprindo-se com o que prevê a legislação pertinente ao tema, possibilitando aos apenados o acesso à educação, efetivamente poder-se-á falar em uma possibilidade de reintegração social e diminuição das taxas de reincidência no cometimento de crimes, diminuindo-se a desigualdade social e a violência em nossa sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o ordenamento jurídico vigente, o Estado atua na condição de responsável pelo “poder-dever” de processar, julgar e garantir o cumprimento de eventual pena atribuída a quem transgrediu a lei. Na medida em que o Estado tem sob sua tutela um cidadão na condição de apenado, porém, adquire responsabilidades para com o mesmo. Para nortear estas condições que lhe são atribuídas, o Estado se utiliza da Constituição Federal, do Direito Penal, do Código de Processo Penal e da legislação extravagante.¹

É pertinente observar que o regramento jurídico enfrenta frequente evolução e/ou modificação, pois o mesmo representa e está de acordo com os fatos sociais, costumes, cultura, os quais, como é sabido, vão se transformando com o transcurso temporal. É por esta razão que o Direito não é uma ciência estanque, e, com o passar dos anos, as leis vão se modificando para se adequar aos novos costumes/princípios.

Em que pese existirem, todavia, as referidas modificações, isso não significa que os problemas e os conflitos existentes entre os códigos, as leis e a vida em sociedade sejam resolvidos. Além disso, é imprescindível ressaltar que as alterações devem estar em consonância com o texto legal promulgado pela Constituição Federal vigente, que é a de 1988, bem como com os princípios e garantias constitucionais, os quais funcionam “como um norte” a ser observado pelos operadores do direito, sendo uma defesa do cidadão e um limite para o Estado, na promulgação de novas leis e julgamento de demandas.

No Brasil vige o Estado Democrático de Direito, que detém como característica, ao menos na teoria, o respeito à democracia, devendo-se assegurar os direitos e garantias fundamentais que estão previstos na Constituição Federal a todos os cidadãos brasileiros que porventura venham a enfrentar algum processo.

No princípio do direito penal normativo, vigia a ideia central da pena com caráter meramente punitivo, sem qualquer referência a direitos e garantias fundamentais. Com o transcurso temporal e a mudança dos hábitos culturais, no entanto, sobreveio um caráter, ao menos na teoria, mais humano para a seara criminal e no tratamento ao acusado. No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal vigente, os direitos humanos e as garantias fundamentais receberam importante respaldo, pois se enquadram como cláusulas pétreas, sobrepondo-se, por conseguinte, a qualquer norma ou lei que as contrarie.

Constatam-se, como alguns dos requisitos para a configuração de um Estado Democrático de Direito, a existência e o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e legalidade. Neste sentido, o sistema e o processo penal, da mesma forma, devem estar em compasso com os referidos princípios, uma vez que, como destacado, os mesmos estão na ordem de cláusulas pétreas.

É notória a crise que assola o sistema prisional brasileiro. Entende-se que a educação detém grande relevância quando aplicada como uma das possibilidades de reintegração social do apenado, e pode ser um dos caminhos para transformar a realidade vigente no sistema prisional brasileiro, que é a de um sistema falido e que não confere tratamento digno e humano às pessoas que estão sob tutela do Estado, a fim de que o apenado possa se (re)integrar na sociedade no momento em que readquirir sua liberdade.

Sabe-se que existe mais de uma possibilidade de tentar a reintegração social do apenado a fim de obter sua reintegração social, porém entende-se que a educação é a que detém o poder de sensibilizar o apenado, promovendo reflexões de ordem moral e também qualificação profissional, configurando-se como uma oportunidade fundamental e de singular importância.

¹ Trata-se de leis que abordam o tema, mas que não estão inseridas no Código Penal.

Assim, num país que se intitula como sendo um Estado Democrático de Direito, é inconcebível negar o acesso à educação a qualquer pessoa, considerando que isto ofende diversos princípios, como o da isonomia e o da dignidade da pessoa humana. Além disso, a própria Constituição Federal e a Lei de Execuções Penais resguardam o acesso a todos ao ensino, definindo-o como um direito público subjetivo de todos.

Resta claro, por conseguinte, que se deve proporcionar o acesso e a permanência em processos educativos para os apenados, principalmente em nível superior, posto que, com esta formação, se obtém um diferencial quando progredir para o regime de liberdade. Isto deverá ser concretizado mediante políticas públicas voltadas para esta finalidade.

Diante de todo o exposto, condensa-se o resultado em algumas conclusões:

- 1 – No Estado Democrático de Direito a Constituição Federal e a Lei de Execuções Penais são precisas e definem como dever do Estado proporcionar, a todos, o direito à educação fundamental e média.
- 2 – É dever da Administração Pública disciplinar meios e projetos educacionais adequados com a realidade de vida do apenado, objetivando manter sua motivação e demonstrar a pertinência na participação dos processos educativos prisionais que deverão ser institucionalizados.
- 3 – O Estado não trata a educação de pessoas privadas de liberdade como política pública, o que gera diversos problemas, principalmente a falta de amparo e apoio às iniciativas isoladas que objetivam institucionalizar processos educativos.

O direito social dos apenados apenas estará resguardado no momento em que o Estado, ciente de seu dever de lhes proporcionar acesso e frequência à educação, cumpra a lei por meio de uma política pública voltada para esta finalidade.

Perante o cenário exposto sobre o tema, sustenta-se que se torna imprescindível que advenha uma política pública destinada à educação desta população prisional como uma das possibilidades de se obter sua reintegração social, principalmente pelo fato de que a referida população é jovem, com baixa escolaridade, com altos índices de reincidência criminal e apresenta número significativo e crescente, sendo um retrato de um país com tamanha concentração de renda e desigualdade como o Brasil.

5 REFERÊNCIAS

- ARBAGE, Lucas Andres; DA COSTA VASCONCELLOS, Rodrigo. Educação de jovens e adultos privados de liberdade na América Latina: uma alternativa de (re)começo. *Prim@ Facie-Direito, História e Política*, v. 16, n. 33, p. 1-45, 2017.
- ASSIS, R. D. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 11, n. 39, p. 74-78, 2007.
- BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. In: SEMINÁRIO CRIMINOLOGIA CRÍTICA Y SISTEMA PENAL, 1990, Lima. *Anais [...]*. Lima: Comissão Andina Juristas, Comissão Episcopal de Ação Social, set. 1990.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN*. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*. 2017. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf/view. Acesso em: 13 abr. 2018.
- BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dez. de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.
- BRASIL. Lei nº 12.343, de 29 de junho de 2011. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CURY, Carlos R. J. A educação básica no Brasil. *Revista Educação & Sociedade*, Campinas, v. 23, n. 80, p. 168-200, set. 2002.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. *O direito à educação: um campo de atuação do gestor educacional na escola*. Brasília: Escola de Gestores, 2005.

- DATAFOLHA. *10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario-2016-03nov-final.pdf>. Acesso em: 1º maio 2017.
- DARKE, Sacha; KARAM, Maria. Prisões Latino Americanas (Prisões da América Latina) (2016). 'Prisões latino-americanas', em: *periododireito*. Disponível no SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2810994>.
- FELBERG, Rodrigo. *A reintegração social dos cidadãos egressos, uma nova dimensão de aplicabilidade das ações afirmativas*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 35. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GIMENEZ, María Eugenia Bové. *Coerción y libertad: la educación en cárceles. un estudio de caso en una cárcel de mujeres de Uruguay*. 2015. Dissertação (Mestrado em Estudos Políticos e Sociais) – Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- IRELAND, T. D. Educação em prisões no Brasil: direito, contradições e desafios. *Em Aberto*, Brasília, v. 24, n. 86, p. 19-39, nov. 2011. (Dossiê Educação em prisões, organizado por T. D. Ireland).
- JULIÃO, Elinaldo Fernandes. The impact of education and work as programmes for social reinsertion on the policy of penal execution in Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Educação*, v. 15, n. 45, p. 529-543, 2010.
- LACERDA, Heliane Gomes. *Políticas de restrição e privação da liberdade implementada na Colômbia*, Niterói-RJ. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Sociais) – Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de Ciências Sociais, 2016.
- MAEYER, Marc de. Na prisão existe perspectiva da educação ao longo da vida? *Alfabetização e cidadania: Revista Brasileira de Educação de Jovens e Adultos*, Brasília: RAAAB, Unesco, Governo Japonês, n. 19, p. 17-37, jul. 2006.
- MAEYER, Marc de. Ter tempo não basta para que alguém se decida aprender. *Em Aberto*, Brasília, v. 24, n. 86, p. 43-55, nov. 2011. (Dossiê Educação em prisões, organizado por T. D. Ireland).
- MAEYER, Marc de. A educação na prisão não é uma mera atividade. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 33-49, jan./mar. 2013.
- ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. Education for youth and adults in situations of deprivation of liberty. *Cadernos Cedes*, v. 35, n. 96, p. 239-255, 2015.
- ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano; JULIÃO, Elinaldo Fernandes. A educação na prisão como política pública: entre desafios e tarefas. *Educação & Realidade*, v. 38, n. 1, 2013.
- PEREIRA, Antonio. A educação-pedagogia no cárcere, no contexto da pedagogia social: definições conceituais e epistemológicas. *Revista de Educação Popular*, v. 10, 2011.
- RANGEL, Hugo. *Mapa regional latino-americano sobre educación en prisiones: notas para el análisis de la situación y la problemática regional*. Paris: Centre International D'Études Pédagogiques (CIEP), 2009.
- RANGEL, Hugo. Educación contra corriente en las cárceles latinoamericanas: la enseñanza vs el castigo. *Revista Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 38, p. 15-32, jan./mar. 2013.
- SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- SCARFÓ, Francisco José. Educación Pública de Adultos en las Cárceles: garantía de un derecho humano. *Revista Decisio*, México: Centro de Cooperación Regional para la Educación de Adultos en América Latina y el Caribe, n. 14, p. 21-25, maio/ago. 2006. Disponível em: <http://www.gesec.com.ar/publicaciones/>. Acesso em: 11 mar. 2018.
- SCARFÓ, Francisco; LALLI, Florencia Pérez; MONTSERRAT, Ivana. Avances en la Normativa del Derecho a la Educación en Cárceles de la Argentina. *Educação & Realidade*, v. 38, n. 1, 2013.
- SILVA, Mazukyevicz Ramon Santos do Nascimento. *A dimensão cultural da educação em prisões*. 2016. 458f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.
- SILVA, Mazukyevicz Ramon Santos do Nascimento; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Segurança Pública e Direitos Humanos: o que pode a educação na prisão? *Prima Facie-Direito, História e Política*, v. 10, n. 18, p. 345-378, 2011.
- SILVA, Roberto. A eficácia sociopedagógica da pena de privação da liberdade. *Educação e Pesquisa*, v. 41, n. 1, 2015.
- SILVA, Roberto da; MOREIRA, Fábio Aparecido. Objetivos educacionais e objetivos da reabilitação penal: o diálogo possível. *Revista Sociologia Jurídica, Dossiê Questões Penitenciárias*, n. 3, jul./dez. 2006.
- ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos; KRUBNIKI, João Pedro Ruppert. Breves apontamentos sobre estado social e intervenção mediante políticas públicas. *Revista Direito em Debate*, [S.l.], v. 26, n. 47, p. 113-132, set. 2017. ISSN 2176-6622. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5823>. Acesso em: 23 abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2017.47.113-132>.

O ATIVISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO: Características, Paralelo, Sustentabilidade e Influência das Decisões Ativistas Estadunidenses no Direito Pátrio¹

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.100-110>

Recebido em: 2/10/2018

Aceito em: 27/11/2018

Magno Federici Gomes

Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa Capes/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil. Doutorado em Direito e Mestrado em Direito Processual pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra Unesco e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestrado em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor-adjunto da PUC Minas e professor titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (Rega)/CNPq-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (Cedis)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (Negesp)/CNPq-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPq-BRA. <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>. <http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>. federici@pucminas.br

Ana Luiza Novais Cabral

Advogada. Doutoranda em Direito Público na área Democracia, Constituição e Internacionalização na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrado em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-Graduação em Direito Tributário pela Faculdade Gama Filho. Pós-Graduação em Direito Ambiental pela Faculdade Integrada AVM. Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Newton Paiva. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “A possibilidade da defesa dos ambientes pelo Direito Penal”. <http://lattes.cnpq.br/2623437173992273>. anamutum@hotmail.com

RESUMO

O ativismo judicial é tema controverso. Tal assertiva revela-se nos inúmeros casos emblemáticos atuais em que normas abertas dão azo a incongruências valorativas e decisões judiciais inovadoras que refletem os anseios sociais. Paradoxalmente, o ativismo judicial quebra o princípio constitucional da separação dos Poderes e, assim, o Poder Judiciário se legitima nas deliberações de políticas em contramão à inércia dos poderes políticos. Assim, utilizando uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial, serão observadas importantes decisões ativistas norte-americanas que influenciaram diretamente julgamentos brasileiros e como suas consequências favorecem a satisfação social e suas garantias básicas.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Judicialização da política. Emblemáticas decisões ativistas. Influência do direito norte-americano. Sustentabilidade.

THE AMERICAN AND BRAZILIAN JUDICIAL ACTIVISM: CHARACTERISTICS, PARALLEL, SUSTAINABLE AND INFLUENCE OF THE UNITED STATES DECISIONS IN THE BRAZILIAN LAW

ABSTRACT

Judicial activism is a controversial issue. Such an assertion is revealed in the numerous emblematic cases in which open standards give rise to value incongruities and innovative judicial decisions that reflect social longings. Paradoxically, judicial activism breaks the Constitutional principle of the separation of powers and, thus, the judiciary legitimizes itself in the deliberations of policies against the inertia of the political powers. Thus, using a theoretical-legal methodology with deductive reasoning and based on Brazilian doctrine and jurisprudence, it will analyze important American activist decisions that directly influenced Brazilian judgments and how their consequences favor social satisfaction and its basic guarantees.

Keywords: Judicial activism. Judicialization of the policy. Emblematic activist decisions. Influence of american law. Sustainable.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Aspectos primordiais sobre o ativismo judicial. 2.1 Ativismo judicial nos Estados Unidos da América: histórico e suas repercussões. 2.2 O Ativismo judicial no direito brasileiro. 3 A *commonolização* do direito brasileiro. 4. A influência das decisões ativistas norte-americanas no direito brasileiro e suas repercussões. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

¹ Trabalho financiado pelo Projeto Fapemig nº 5236-15, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPq): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (Rega), Negesp, Metamorfose Jurídica e Cedis (FCT-PT).

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário atualmente encontra-se numa posição estratégica em detrimento dos demais poderes políticos, tendo em vista a alta demanda e a judicialização das mais diversas questões cotidianas. Essa participação ativa e inovadora do Poder Judiciário em matérias decisórias políticas tem se tornado a solução de problemas sociais, ao mesmo tempo em que, doutrinariamente, existem enormes críticas principalmente quanto à usurpação dos outros Poderes.

Nos Estados Unidos da América (EUA), a proliferação do Ativismo Judicial se retrata, principalmente, como forma de autocontenção de um Poder Legislativo forte e atuante. Em contrapartida, no Brasil o ativismo judicial é descrição de uma inércia e falta de vontade política dos Poderes Legislativo e Executivo. Com isso, realizar a diferenciação de ambos e suas consequências torna-se matéria de suma importância.

Desta forma, a primeira disposição clara no presente artigo encontra-se na conceituação de ativismo judicial e, posteriormente, seu histórico e desmembramento nos direitos norte-americano e brasileiro.

Posteriormente, passa-se a analisar institutos que foram trazidos do direito norte-americano e incorporados ao direito brasileiro. O legislador, de forma inteligente, realiza um paralelo de fenômenos com resultados positivos em outros sistemas jurídicos. Não é novidade que o sistema *Common Law* e suas prerrogativas influenciam diretamente no direito pátrio e, assim, a adequação e utilização de institutos similares é uma forma de proporcionar a evolução do próprio.

Nesse contexto, é traçado um paralelo entre as decisões ativistas norte-americanas e brasileiras, colocando aspectos diversos sobre os atuais julgados. Empregou-se uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, por meio de análise doutrinária.

2 ASPECTOS PRIMORDIAIS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

Primeiramente, antes de se adentrar propriamente no termo e conceituação do ativismo judicial no direito estadunidense e sua influência nas decisões judiciais brasileiras, tema específico do presente artigo, faz-se necessário definir a judicialização da política, tendo em vista ser esse um gênero e ativismo judicial da sua espécie. A judicialização da política foi identificada primordialmente em 1803 no emblemático caso *Marbury versus Madison*, proferido pela Suprema Corte norte-americana, no qual foi configurada uma atuação ativa do Poder Judiciário no controle dos atos do Poder Legislativo (BINENBOJM, 2004, p. 121-137).

A judicialização da política tornou-se um fenômeno mundial e cada vez mais utilizado pela população, com o intuito de resguardar os direitos básicos e não desprezados adequadamente pelos poderes políticos. Assim, judicializar matérias que seriam de alçada dos Poderes Legislativo e Executivo para cumprir os objetivos primordiais da Constituição, é uma segurança de que os preceitos primários poderão ser atendidos. A utilização desenfreada do instituto, no entanto, trouxe um desmedido abarrotamento do Poder Judiciário e, consigo, suas consequências.

No Brasil, o assunto retrodescrito rendeu diversas doutrinas e discrepantes entendimentos sobre o assunto. José Ribas Vieira, descrevendo sobre a judicialização da política, relata que ela “consiste em uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional, com o escopo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica” (VIEIRA, 2009, p. 45). Continuando sua definição, Vieira assevera que nesse “contexto, de uma presença mais efetiva do direito, cria-se, como consequência lógica, um processo de judicialização de demandas sociais, preocupadas com a concretização do amplo elenco de Direitos Fundamentais” (2009, p. 45).

Desta forma, com a possibilidade de judicialização de matérias de cunhos moral, social ou político, o Poder Judiciário torna-se o protagonista de um novo modelo se colocando num ponto bastante estratégico em detrimento dos outros Poderes, o que faz nascer, assim, o ativismo judicial, uma espécie de judicialização da política que inova proativamente no ordenamento jurídico. Nesse sentido,

Ainda que a judicialização da política tenha alçado dimensões globais nas democracias ocidentais pela constatação dos fatores políticos acima apontados, ela apenas se tornou prática recorrente em países cujo comportamento judicial pró-ativo tenha ocorrido de forma proporcional ao grau de discordância das Cortes Constitucionais em relação às decisões das instituições majoritárias (SOUZA; GOMES, 2015, p. 40).

A possibilidade de ampliação da atuação do Poder Judiciário pela judicialização da política em detrimento de matérias que, a princípio, não seriam de sua competência, por ora trouxe opiniões favoráveis, ora desfavoráveis entre os juristas. Quanto aos malefícios, o fenômeno esbarra no excesso de interferência do Poder Judiciário em detrimento dos outros Poderes políticos, infringindo, assim, o princípio da separação dos Poderes. Um fator positivo é que tal fenômeno concede à sociedade uma resolução mais ágil e eficaz quanto às matérias que forem pleiteadas.

Mesmo, entretanto, que a judicialização traga uma possível resposta mais célere do que lhes trariam os Poderes políticos, com a alta demanda judicial, a morosidade começa a assombrar e constituir rejeições sociais. Atualmente tudo é judicializado. A vida tornou-se judicializável (BARROSO, 2009, p. 2-3) e, desta forma, a judicialização de matérias tipicamente políticas e a constante influência do Poder Judiciário, por vezes, faz nascer o instituto descrito como ativismo judicial, sendo este uma espécie da judicialização, o que a seguir é reproduzido.

2.1 Ativismo Judicial nos Estados Unidos da América: histórico e suas repercussões

O ativismo judicial teve sua origem no direito norte-americano, mas, aos poucos, tal fenômeno pode ser constatado nos mais diversos sistemas jurídicos do mundo. O termo ativismo judicial (*judicial activism*) foi usado primeiramente em um artigo da Revista *Fortune*, intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, no qual o autor, mesmo que de forma dúbia na classificação dos ativistas, descrevia os constantes desentendimentos ideológicos dentro da Suprema Corte norte-americana que dividia os votos dos ministros liberais e conservadores daquela casa (RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014, p. 26-27).

O primeiro passo rumo ao ativismo judicial norte-americano aconteceu por meio do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário em detrimento das leis do parlamento no caso emblemático anteriormente descrito *Marbury versus Madison*, em 1803, quando a Suprema Corte norte-americana, por intermédio do controle de constitucionalidade, rechaçou a utilização interpretativa da legislação em vigor declarando a norma inconstitucional. Assim,

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com a sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que esta atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa (BARROSO, 2008, p. 275).

Os primeiros casos descritos de controle de constitucionalidade norte-americano tratavam acerca de aspectos econômicos e trabalhistas. Com o passar dos anos, os juízes saíram da esfera proeminentemente individual para adentrar em matérias de ações coletivas ou de classes.

Realizado esse brevíssimo esboço do ativismo judicial da Suprema Corte Norte-americana, verifica-se que o ativismo ali praticado, durante os períodos estudados, pode ser classificado em três fases: 1) a da contenção do poder legiferante dos Estados membros (ativismo de fortalecimento do Governo Federal); 2) a da contenção do poder de regulamentação da economia, de acordo com determinada política econômica (a do liberalismo político); e 3) a da contenção da atividade legislativa – estadual e federal – no que se refere a limitações de direitos e garantias individuais previstos na Constituição (*Bill of Rights*) (RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014, p. 37).

A mudança nos modos de como comportava-se a Suprema Corte norte-americana começou a ter reflexos a partir do *New Deal*, de como o Poder Judiciário passou a intervir mais sensivelmente nas relações sociais. Observa-se o Poder Judiciário com uma postura ativista em que “suas decisões eram marcadas por um forte componente político – embora de caráter não-intervencionista – que, ao final, invadia o âmbito de produção legislativa” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 139-140).

O período denominado *New Deal* foi marcado por várias mudanças políticas, mas principalmente econômicas. Neste período, “fundamentando mudanças em termos constitucionais, como bem-estar, o comércio e o devido processo, amplia-se a competência do governo federal, que passa a ser admitida pela Suprema Corte” (BERNARDES, 2010, p. 213). A autora continua a descrever a época denominada *New Deal* como uma base para “fomentar a colaboração entre a União e Estados-Membros e fala-se em federalismo cooperativo, mas com grande predominância dos poderes federais, principalmente para tornar eficazes medidas de intervenção social” (p. 214).

O então presidente Franklin Roosevelt, assumindo seu posto em 1933, realizou uma série de intervenções financeiras que, posteriormente, mudariam o rumo da economia norte-americana. A Suprema Corte, no entanto, tentou barrar o plano financeiro progressista proposto por Roosevelt em razão do entendimento de ser contrário à Constituição. Com o aumento de vagas na Suprema Corte, todavia, ocorreu uma mudança de postura que passou a coadunar com o plano proposto pelo então chefe do Executivo Federal americano.

Nasce, assim, o ativismo judicial positivo, em que a Corte Suprema interfere em âmbitos que perpassam matérias jurídicas, mudando posicionamentos paradigmáticos, entendimentos orientadores inflexíveis e inovando criativamente no ordenamento jurídico, características típicas de atos ativistas. Desta forma, “inseridos na tradição da *common law*, os juízes deixaram de simplesmente interpretar as leis e passaram a reescrevê-las” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 140).

O ápice do ativismo judicial naquele país ocorreu com o julgamento do caso *Brown versus Board Education*, em 1954, em que se discutiu a eliminação da segregação racial nas escolas públicas do sul dos EUA. Nele, permitiu-se que os negros ingressassem em escolas públicas que possuíam somente pessoas de cor branca, pondo fim à doutrina “iguais, mas separados” (*equal, but separate*), e revogando o precedente anterior utilizado no caso *Plessy versus Ferguson*, em que os negros teriam acomodações em transporte ferroviário iguais aos brancos, mas em alas separadas (RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014, p. 36-37). Nesse sentido, tem-se:

A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform* (DIDIER JÚNIOR; ZANETI; OLIVEIRA, 2017, p. 48).

A partir da década de 60, o ativismo judicial teve um exponencial crescimento no cenário jurídico norte-americano por meio de julgamentos de célebres casos com mudanças de precedentes. O que era concreto no Poder Judiciário norte-americano, com seus precedentes definitivos, passou a seguir uma nova orientação com atos eminentemente ativistas, promovendo uma inovação decisória.

Muitos dos julgamentos considerados quebra de paradigmas modificando o cunho deliberativo do tribunal americano, acabaram influenciando as decisões das cortes brasileiras com julgados semelhantes, quando segue o mesmo padrão americano. A título de exemplo, destacam-se os prestigiados casos *Gideon versus Wainwright*, em 1963, dando aos acusados o direito à assistência judiciária gratuita, o que serviria para todos aqueles que comprovassem não possuir condições de constituir advogado, e o caso *Miranda versus Arizona*, em 1966, que dá garantias de não autoincriminação, sendo posteriormente descrito no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), relatando que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

Com o que fora exposto, percebe-se uma grande influência nos inovadores precedentes ativistas com os julgamentos posteriormente realizados no Brasil. Embora os modelos se associem, a criação do ativismo judicial e o seu emprego possuem aspectos diferentes. O ativismo judicial norte-americano é uma forma de barrar os excessos provocados pelo Poder Legislativo e, em contrapartida, no Brasil, o ativismo judicial é um meio de minimizar a letargia dos outros Poderes, garantindo assistência à população que dela necessitar. Segundo Ramos e Oliveira Junior (2014):

Enquanto o ativismo norte-americano parece ter por objeto a contenção da atividade legislativa, o ativismo brasileiro não visa à contenção de excessos cometidos por outros Poderes, mas sim à compensação da inação do Poder Legislativo e Executivo, na implementação de determinados direitos previstos na Constituição ou em resposta a certos reclamos do corpo social (p. 37).

Ainda que o ativismo judicial tenha imperado por algum tempo na Suprema Corte americana, durante os períodos de 1986 a 2005 o então presidente da Corte (*Chief Justice*), William Rehnquist, passa a uma postura conservadora de autocontenção judicial. Algumas decisões foram revisadas, no entanto a intenção primeira de conservadorismo fora apenas parcial, posto que vários precedentes ativistas continuaram a imperar naquela época.

Com a morte de William Rehnquist, o então presidente da república George W. Bush indica para a vaga de presidente da Corte John Glover Roberts Jr., o qual é devidamente aprovado pelo Senado. O *Chief Justice* assume primordialmente com uma postura de fazer com que as decisões na Corte Suprema se tornem mais uniformes e com menos discrepâncias, o que não se consumou, tendo em vista as posições conservadoras e modernas (liberais) que se encontravam naquele tribunal.

Percebe-se que os atos ativistas proferidos pela Corte Suprema norte-americana, bem como pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil, estão diretamente ligados à composição dos mesmos. Quando o tribunal é mais conservador, a tendência é a autocontenção judicial, mas quando ele é mais progressista, o ativismo judicial é presenciado com mais frequência. A composição das Cortes influencia, portanto, de forma clara, no modo de julgar e nos precedentes judiciais que terão maior ímpeto.

A forte inclinação de utilizar parâmetros similares das decisões norte-americanas no direito brasileiro advém de aspectos culturais, morais e sociais, fazendo com que a ingerência de institutos americanos seja constantemente empregados no Brasil.

2.2 O Ativismo Judicial no Direito Brasileiro

Atualmente, o Poder Judiciário, principalmente por intermédio do STF, vem desempenhando uma atribuição proativa perante a sociedade. De certa forma, o novo papel desempenhado sofre críticas e debates entre os juristas. A Corte Máxima, quando provocada em dar respostas à população, não pode se eximir de julgar e encontrar uma solução plausível para aquela situação concreta naquele momento histórico. Desta forma, as questões com repercussões nacionais passam a ser solucionadas pelo Poder Judiciário e não por instâncias políticas (Legislativo e Executivo).

O ativismo judicial é uma espécie de judicialização da política, sendo descrito como “uma atitude, ou seja, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (ABREU, 2013, p. 140). Continuando, o autor relata: “enfim, podemos concluir que o ativismo judicial se mostra como a ampliação do poder dos tribunais no controle dos demais poderes, pelo viés constitucional” (p. 142).

O fenômeno do ativismo judicial é tema atual e de constantes discussões jurídico-filosóficas, que tendem a se instalar quando o Poder Legislativo, órgão típico na atribuição da promulgação das leis, se mostra inerte ou omissos perante a sociedade, quando a mesma clama por mudanças ou inovações normativas. Quando o Poder Legislativo ignora algumas questões que a sociedade civil necessita alterar, o Poder Judiciário é provocado a decidir, e, não podendo se eximir, acaba inovando na ordem jurídica e legislativa sobre tal assunto.

O que ocorreu e o que vem ocorrendo em *terrae brasilis*: as decisões dos Tribunais são proferidas de acordo com a visão de cada componente, soçobrando, com isso, a legislação e, o que é pior, a Constituição. Sob pretexto de o juiz não ser mais o “juiz boca da lei” (positivismo primitivo), agora temos o juiz (tribunal), para quem (para qual) a lei é apenas – como diriam alguns doutrinadores adeptos de teorias voluntaristas – a ponta o *iceberg*. E, por vezes, nem mesmo isso...! No fundo, volta-se ao velho positivismo fático, versão voluntarista do realismo jurídico: a lei é aquilo que os Tribunais dizem que é (como que a repetir a famosa frase do juiz Oliver Holmes) (STRECK, 2013, p. 314).

O ativismo judicial é caracterizado em dois aspectos: quando invade a esfera do Poder Legislativo e proativamente inova no ordenamento jurídico, retirando do cidadão o seu direito democrático de ser representado por aquele que elegeram, e quando o juiz, vislumbrando uma lacuna legislativa, se utiliza desse aspecto para suprir a omissão de forma aparente a criar um novo precedente.

Percebe-se que o juiz poderia ter decidido utilizando o direito posto, e a isso se inclui as normas, jurisprudência, súmulas e demais outros tantos aparatos que lhe valem. Inova no ordenamento jurídico, no entanto, o que em palavras simples se traduz na conclusão de que o magistrado se portou como legislador positivo, matéria típica do Poder Legislativo, órgão político e representado democraticamente por cidadãos eleitos.

Nesse sentido, o ativismo judicial ultrapassaria os limites impostos pela CF/88, adentrando na esfera do Poder Legislativo, perfazendo um conflito jurisdicional. Assim, “os juízes não são eleitos, bem como não são responsáveis perante os eleitores, como ocorre com os legisladores, logo não poderiam criar leis” (ABREU, 2013, p. 229).

Sobre o crescimento atual do ativismo judicial, percebe-se que uma das primeiras e principais causas é a inércia e/ou ineficácia do Poder Legislativo no cumprimento de suas atribuições típicas. O ativismo judicial tem como causa a prática ou abstenção do poder político legiferante em sua atuação. Diante dessa premissa, o cidadão, necessitando ter acesso a normas mais contemporâneas, busca, por meio do Poder Judiciário, as soluções de suas controvérsias.

Inúmeros são os exemplos de ativismo judicial no cenário atual do país. Dentre eles pode-se citar o reconhecimento da união estável entre os homossexuais (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 5/5/2011), o aborto nos casos de fetos anencefálicos (ADPF nº 54, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11/4/2012), a constitucionalidade para as pesquisas em células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 29/5/2008), e várias outras decisões emblemáticas em que o Poder Judiciário saiu de sua esfera de julgador e, mesmo podendo se utilizar da norma posta, discricionariamente decidiu inovar no ordenamento pátrio, criando, assim, uma solução que não estava descrita legislativamente.

Assim, na democracia, uma lei somente pode deixar de ser aplicada em seis hipóteses [...]: (a) quando a lei for inconstitucional, aplicando-se os mesmos mecanismos de controle de constitucionalidade; (b) na hipótese em que, na relação texto e norma, for cabível uma interpretação conforme a Constituição; (c) quando for caso de nulidade parcial sem redução de texto; (d) quando se tratar de resolução pelo critério das antinomias – com os devidos cuidados, é claro; (e) quando for caso de inconstitucionalidade parcial com redução de texto e (f) quando for uma hipótese de uma regra se chocar com um princípio constitucional, claro que com os cuidados relacionados ao pamprincipiologismo. *Fora dessas hipóteses, se o julgador quiser elaborar uma nova lei – e digo isso com toda a lhaneza e respeito – deve se candidatar a uma vaga no Parlamento. Simples, pois* (STRECK, 2015, p. 162, grifo próprio).

O que fazer, no entanto? Proibir o magistrado de interpretar? Parece essa a solução mais plausível para a erradicação do ativismo judicial? Fatores positivos e negativos nesse aspecto teórico sempre irão surgir. Colocar um freio no Poder Judiciário engessaria algumas questões suplicadas pela população.

3 A COMMONOLIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil, vislumbrando algumas características do direito norte-americano e que podem ser transportadas ao direito pátrio, se rende e traz para si institutos que possam auxiliar e melhorar o bom andamento processual e sua possível celeridade, sempre em busca da mais sonhada justiça ao caso concreto. Desse modo, “a facilidade de comunicação facilitou o diálogo entre famílias jurídicas distintas e, por decorrência, intensificou aquilo que denominamos *commonlawlização* do direito nacional, pois consequência das experiências colhidas junto a *common law*” (PORTO, 2006, p. 21).

Conforme o exposto, o juiz precisa adequar a legislação à contemporaneidade para dar ao caso concreto maiores possibilidades. O que se percebe é uma enormidade de legislações razoáveis existentes, mas que são meramente simbólicas e não efetivas em razão do desuso e do fator temporal. É nessa fase que aparecem perspectivas que vão além daquilo que realmente a norma estabelece, ocorrendo o ativismo judicial.

Em resumo: não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, variadas decisões judiciais. Porém, o *common law*, certamente com a colaboração de um ambiente político e cultural propício, rapidamente intuiu que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, chegando a atribuir-lhe a função de criador do direito, enquanto o *civil law* permanece presa à ideia de que o juiz simplesmente atua a vontade do direito. De

modo que o *common law* pôde facilmente enxergar que a certeza jurídica apenas poderia ser obtida mediante o *stare decisis*, ao passo que o *civil law*, por ainda estar encobrindo a realidade, nos livros fala e ouve sobre a certeza jurídica na aplicação da lei, mas, em outra dimensão, sente-se atordoada diante da desconfiança da população, além de envolta num emaranhado de regras que, de forma não sistemática, tentam dar alguma segurança e previsibilidade ao jurisdicionado (MARINONI, 2008, p. 35).

De toda sorte, o magistrado deve adaptar à época atual o que for ultrapassado. É certo que o legislador está sempre atrasado aos anseios da sociedade, pois quando a lei é promulgada, ela em si já está aquém no tempo em razão do ciclo de seu trâmite, discussões e votações. Assim, a legislação, quando entra em vigor, em regra, já se encontra antiga numa sociedade que avança rapidamente em aspectos morais, sociais e tecnológicos àquela época em que a norma se encontrava em discussão. O sistema, como um todo, encontra-se engessado evolutivamente.

A mudança no paradigma do sistema *civil law* do Brasil vem sendo feita, cada vez mais, por intermédio da utilização de outros parâmetros (fontes) com interferência da família *common law*. É o caso da jurisprudência, que está assumindo crescente importância no país. Nessa perspectiva, “há nítida aproximação entre os sistemas no que tange aos usos e experiências que têm se aplicado num e noutro, por meio de técnicas e metodologias originalmente estranhas às suas formações” (MENDES, 2013, p. 179).

Toda decisão precisa ter um resultado útil devidamente compatível com a situação concreta, mas as discrepâncias aparentes nos entendimentos e orientações trazem à tona discussões sobre a segurança jurídica e uma uniformização da jurisprudência para não tornar o Poder Judiciário uma loteria de sentenças divergentes. Fica claro, portanto, que não há uma coesão consistente nas decisões do Poder Judiciário.

A vulnerabilidade das decisões jurídicas, vivenciada por vários anos e altamente criticada pelos juristas, faz com que determinados mecanismos existentes em outros países ou sistemas sejam transportados para o ordenamento brasileiro e incorporados à realidade do país. É o caso da utilização cada vez mais constante de precedentes vinculantes pelos magistrados na orientação e fundamentação de suas decisões.

Ocorre, assim, a paulatina confluência entre os dois sistemas descritos: *common law* e *civil law*. O doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, sobre o assunto ora explanado, delibera que: “A tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*” (2008, p. 41).

Como as legislações não caminham rapidamente de acordo com os anseios e solicitações da população, a jurisprudência se exalta. Sua aplicação ainda é vista como um percurso mais célere e otimizado nas decisões judiciais, em que os magistrados empregam uma ementa para justificar a sentença. Alguns doutrinadores criticam esse desenfreado método, no entanto, com a alta demanda, passa a ser usual e cotidiano esse fenômeno trazido do sistema *common law*, chamado por certos autores de “*commonlawlização*” do Direito brasileiro:

Realmente, a chamada “*commonlawlização*” do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestígio da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz (PORTO, 2006, p. 6).

Com mais fácil acesso da população ao Poder Judiciário por meio de mecanismos mais céleres trazidos de outros sistemas jurídicos e a constante judicialização de matérias individuais e coletivas, várias matérias repetitivas portam-se como um entrave direto para o bom andamento da justiça. É por meio do intenso número de decisões semelhantes que os Tribunais superiores passam a decidir igualmente nas reiteradas ações.

Desta feita, uma decisão paradigmática proferida por um Tribunal superior passa a ser um parâmetro decisivo nas ações posteriores, fato ocorrido nas famílias anglo-saxônicas; caso bem semelhante aos precedentes utilizados no sistema *common law*, denominado de *distinguishing*, sendo este “método de confronto pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma, podendo afastá-lo se as circunstâncias dos casos não coincidirem” (BERTAGNOLLI; BAGGIO, 2017, p. 179).

O Direito brasileiro sofreu e vem cada vez mais recebendo uma grande influência do *common law*, principalmente no que diz respeito aos EUA, que não possuem sistema puro, mas se encontram na família anglo-saxônica mista, ressaltando os precedentes judiciais, mas com algumas legislações esparsas que corroboram o bom andamento processual e as descrições principiológicas do país.

Alguns fenômenos de inspiração estadunidense foram transportados ao Direito brasileiro, como o controle de constitucionalidade difuso e, é claro, a valorização dos precedentes judiciais, caso típico não somente daquele país, mas de todos que abarcam o sistema *common law*. É o que Luiz Roberto Barroso aponta como americanização do Direito brasileiro.

No curso do processo de incorporação desse modelo de constitucionalismo, os países da tradição romano-germânica passaram por transformações extensas e profundas. Dentre elas é possível destacar o fenômeno referido como constitucionalização do Direito, no qual se inserem a aplicação direta e imediata da Constituição às relações jurídicas em geral, o controle de constitucionalidade e a leitura do direito infraconstitucional à luz dos princípios e regras constitucionais. No mesmo contexto, juízes, tribunais e, especialmente, os tribunais constitucionais tornaram-se mais atuantes e ativistas, potencializando o desenvolvimento de novas categorias da interpretação constitucional (2008, p. 301).

Alguns julgados ativistas, considerados emblemáticos no Direito americano, arraigaram por outros sistemas jurídicos e influenciaram decisões ao redor do mundo. No Brasil, tal aspecto não poderia ter sido diferente. Desta forma, faz-se o estudo de algumas decisões peculiares norte-americanas que tiveram presença constante de argumentos usados no direito brasileiro.

4 A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES ATIVISTAS NORTE-AMERICANAS NO DIREITO BRASILEIRO E SUAS REPERCUSSÕES

Realizando um paralelo das decisões ativistas no Direito norte-americano e no Direito brasileiro, percebe-se uma nítida diferença na utilização do fenômeno descrito. Enquanto no direito estadunidense, o ativismo judicial serve como uma autocontenção de um legislativo forte e atuante, no direito pátrio o instituto é usado primordialmente tendo em vista uma inércia ou atuação ineficiente dos poderes políticos e a falta de vontade de enfrentar determinados assuntos em que a sociedade clama por decisões mais aptas à atual conjuntura vivenciada pelo país. Assim, a norma se torna um reflexo da sociedade.

Dessa forma, o ativismo judicial é um fenômeno encontrado nos mais diversos sistemas jurídicos do mundo, incluindo o sistema misto norte-americano e o sistema *Civil Law* brasileiro. Várias decisões inovadoras ativistas estadunidenses acabaram por influenciar e ter grande relevância nas deliberações do direito brasileiro e, com isso, as transformações drasticamente modificaram parâmetros que antes eram considerados socialmente sólidos.

A Constituição americana detém a observância de ser sintética e com durabilidade arraigada, tendo em vista ter sido promulgada em 1787. Ao longo dos anos, a interpretação constitucional passou por diversas fases e reformas para que as normas andem de acordo com as evoluções da sociedade. Como, no entanto, um dos aspectos primordiais do direito norte-americano encaixa-se em precedentes, o ativismo judicial e suas consequências pioneiras acabaram por dar vazão e influenciar diversos sistemas jurídicos, dentre eles a família brasileira.

Conforme anteriormente descrito, o ativismo judicial obteve seu auge com o julgamento do caso *Brown versus Board Education*, em 1954, e a discussão sobre a eliminação da segregação racial nas escolas públicas do sul dos EUA, pondo fim à doutrina *equal, but separate* e revogando o precedente anterior utilizado no caso *Plessy versus Ferguson*, em que os negros teriam acomodações em transporte ferroviário iguais aos brancos, mas em alas separadas. Tal caso foi considerado o pioneiro, quebrando paradigmas e discutindo valores fundamentais anteriormente entendidos como sólidos naquela sociedade.

Percebe-se que o caso é enfático em razão do histórico de segregação cultural nos EUA. No Brasil, a segregação racial não foi vislumbrada com tamanha força, mas os conceitos utilizados no julgamento citado foram transportados e até hoje são utilizados para enfatizar direitos fundamentais independentes de características físicas específicas², ampliando o conceito de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988).

Outros casos emblemáticos ativistas norte-americanos repercutiram não somente naquele país, mas ao redor do mundo. Um julgamento a ser analisado é o caso *Roe v. Wade*, em 1973, no qual a Suprema Corte garantiu o direito à interrupção da gravidez voluntariamente nos EUA, sob argumento do amparo à privacidade, descrito como um direito fundamental. Tal julgado ficou conhecido como um dos mais controvertidos e politicamente significativos norte-americanos, tendo em vista a discussão não somente sobre o aborto, mas a percepção da data considerada começo da vida, a viabilidade da interrupção da gravidez voluntariamente, a saúde da mulher e sua liberdade pessoal.

Julgamento similar ocorrido no Brasil e iminentemente ativista, foi realizado a tratar sobre o aborto nos casos de fetos anencefálicos (ADPF nº 54, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11/4/2012). Em tal julgado, o STF concedeu a possibilidade de abortamento na situação descrita, dando, assim, uma nova prerrogativa a realizar o procedimento de interrupção da gravidez que não estava descrita no Código Penal Brasileiro (CPB). Os argumentos usados em plenário possuem similitude crassa aos parâmetros do julgamento sobre o aborto nos EUA, tendo sido discutidos o instante em que a vida inicia, a saúde da gestante e o momento da realização do aborto.

Assim como no caso emblemático americano em que alguns seguimentos sociais foram ouvidos, no Brasil o mesmo aconteceu com a forte ocorrência do *amicus curiae* e novas visões sobre aspectos não somente jurídicos. Percebe-se a importância da abertura ao direito interdisciplinar e discussões de cunho social, político, moral e religioso para chegar ao julgamento que mais bem atendesse ao reflexo atual do país. Assim, o STF concedeu uma nova possibilidade de aborto não descrito pelo CPB e que não passou por um processo legislativo apto, configurando, então, o ativismo judicial.

Prosseguindo, caso importante no direito norte-americano foi o julgamento *Obergefell vs. Hodges*, em 1971, no qual se reclamava a possibilidade do reconhecimento da união homossexual. O pedido retrodescrito abriu precedente para posteriores argumentações sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, com amplo debate entre os juristas e nos mais diversos seguimentos sociais. Em que pese várias decisões no mesmo sentido tenham sido decididas naquele país, foi somente em 2015 que a Corte Suprema declarou inconstitucionais as leis que proíbem o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.

Decisão importante, e seguindo os mesmos argumentos proferidos pela Suprema Corte norte-americana, no Brasil o reconhecimento da união homoafetiva se deu por meio da ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, sendo relator o ministro Ayres Britto, com julgamento datado de 5/5/2011. À época havia o projeto de Lei nº 1.151 tramitando sobre tal assunto, no entanto o Legislativo não tinha interesse político de discutir sobre o caso e, temendo represália social, imiscuir o fato tornou-se a saída mais hábil.

O STF, numa atitude ativista, reconheceu a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo, e, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou uma resolução que obriga todos os cartórios do país a celebrar casamentos entre homossexuais. Em julgamento, os argumentos intensificaram-se sobre a dignidade da pessoa humana e garantias fundamentais independente da opção sexual. Essa inovadora decisão coaduna com o reflexo social atualmente vivenciado. Como, todavia, a norma não anda juntamente com os anseios da população, o Poder Judiciário, principalmente por meio do STF, vem proferindo decisões que alcancem os pleitos sociais.

Foram transcritas algumas representativas decisões ativistas que marcaram historicamente as mudanças jurídicas, sociais e políticas do país. Ficou claro o entendimento de que vários argumentos usados em decisões norte-americanas foram transportados ao direito pátrio, influenciando os julgamentos. Assim, a influência, principalmente do direito norte-americano, diretamente nas decisões judiciais ativistas brasileiras, é aparen-

² Para aprofundamento na dimensão jurídico política do desenvolvimento sustentável como forma de se assegurar os direitos fundamentais intergeracionais, ver GOMES; FERREIRA, 2017, p. 93-111.

te. Tal ocorrência percebe-se tendo em vista a atuação do Poder Judiciário brasileiro em enfrentar situações das quais os Poderes políticos se esquivam. Como o fato acaba por ser judicializado, o Poder Judiciário, corajosamente, encara o caso de acordo com a época atual. Nesse sentido, a jurisdição sustentável destaca que:

Na construção da decisão ideal para o caso concreto, o desafio hermenêutico da jurisdição não é mais um singelo exercício de subsunção do fato à norma, mas sim uma intensa atividade de construção e ponderação, participativa e dialética, que considera os imprescindíveis aportes transdisciplinares e que projeta cautelosamente os efeitos e as consequências da decisão para o futuro (BODNAR, 2009, p. 106).

O ativismo judicial no Brasil é um fato, e, mesmo que haja muitas críticas, ele é necessário, essencial e irreversível para que o direito caminhe junto com as súplicas da sociedade. Esse mecanismo, trazido do sistema *common law*, torna mais eficiente o acesso à justiça, tendo em vista que, como há um déficit na representatividade política que deveria agir em nome da população, essa abertura do Poder Judiciário garante uma inovação normativa em prol de prerrogativas sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto, resta novamente enfatizar a emergente atuação do Poder Judiciário por meio do ativismo judicial. Com a falta de atuação regente dos Poderes Executivo e Legislativo, no entanto, o fenômeno acaba por ser a *ultima ratio* da população em conseguir dispor de seus direitos.

Nesse contexto, o Poder Judiciário é colocado numa situação hierárquica estratégica, haja vista que é disposto a ele decidir diversos conflitos que seriam da alçada dos Poderes Legislativo e Executivo. A tendência de transferência das atribuições políticas ao Poder Judiciário forma o ativismo judicial, movimento com origem norte-americana que foi trazido ao país, assim como vários outros mecanismos que facilitam o acesso à justiça.

Desta forma, mediante uma atuação proativa do Poder Judiciário, a sociedade consegue transitar juntamente com as evoluções que a comunidade passa. Com a intensa globalização e articulações entre os países, é preciso redefinir alguns conceitos para ajustar ao novo cenário brasileiro. Percebe-se que os sistemas jurídicos ao redor do mundo não estão isolados; ao contrário, quando certo instrumento tende a dar um bom trâmite processual, obter maior celeridade, minorar custos e dar amplo acesso à jurisdição, ele é estendido e transportado a outras famílias jurídicas. Assim, vários mecanismos são trazidos ao país, principalmente os do direito norte-americano.

Apesar dos inúmeros questionamentos pela ausência de diálogo institucional, o ativismo judicial no Brasil é indispensável aos anseios sociais de efetivação dos direitos fundamentais, pela implementação da dimensão jurídica política da sustentabilidade e de uma jurisdição sustentável. Ele foi importado do direito norte-americano e possui influência direta nas decisões brasileiras e, com isso, as inovações surgem e alcançam o parâmetro social adequado.

6 REFERÊNCIAS

- ABREU, João Paulo Pirôpo de. *A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos poderes*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais*, v. 2, n. 9, p. 258-301, 2008. Disponível em: <http://revistas.unibrazil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/459>. Acesso em: 8 jan. 2018.
- BERTAGNOLLI, Ilana; BAGGIO, Andreza Cristina. Os precedentes vinculantes do novo Código de Processo Civil e a aproximação entre *Common Law* e *Civil Law* no direito brasileiro. *Revista Ius Gentium*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 162-181, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/325>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 101-119, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/19>. Acesso em: 2 out. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 8 jan. 2018.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. Disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/?option=com_content&view=article&id=361:pdf-revista-n1-2017. Acesso em: 2 ago. 2019.
- GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8864>. Acesso em: 2 out. 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008. Disponível em: <http://www.revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. A jurisdição e a aproximação entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*. *Revista Periódica da Faculdade de Belém*, v. 2, n. 1, p. 151-187, jan./jun. 2013. Disponível em: http://www.fabelnet.com.br/portal/images/revista-ensinagem/3-edicao/A_JURISDICA0_E_A_APROXIMACAO.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018.
- PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *Estudos de direito processual civil – homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2006. p. 1-26. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509926>. Acesso em: 8 jan. 2018.
- SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. *Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: nas brechas da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. V. 3.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 8 jan. 2018.
- VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Estação Científica* (Ed. Especial Direito), Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 44-57, out./nov. 2009. Disponível em: <http://docplayer.com.br/16656597-Verso-e-reverso-a-judicializacao-da-politica-e-o-ativismo-judicial-no-brasil.html>. Acesso em: 8 jan. 2018.

O NEOLIBERALISMO PERIFÉRICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO CONTEXTO DA ECONOMIA GLOBALISTA

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.111-122>

Recebido em: 16/3/2018

Aceito em: 18/5/2019

Marisa Rossignoli

Graduação em Economia pela Unesp. Mestrado em Economia (Economia Política) pela PUC-SP e Doutorado em Educação (política e gestão) pela Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep. É docente da área de Economia do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília – Unimar. Delegada Municipal do Conselho Regional de Economia – Corecon-SP – para a cidade de Marília-SP. mrossignoli@unimar.br

Vinícius Rocha Pinheiro Machado

Mestrando em Direito na Universidade de Marília – Unimar. Especialização em Direito Notarial e Registral. Oficial de Registro de Imóveis, Título, Documento, Civil e Pessoas Jurídicas em Assis-SP. vinicius.rpm@hotmail.com

RESUMO

O artigo aborda o neoliberalismo tendo por objetivo compreendê-lo no contexto da economia globalista sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988. Parte de uma análise acerca das primeiras teorias econômicas que lançaram base aos modelos de Estado de Bem-Estar Social e Estado Neoliberal, neste ponto compreendendo as intersecções entre Direito e Economia com foco na autonomização ou não das ordens jurídica e econômica. Em seguida, analisa as características dos modelos econômicos do Welfare State e do Neoliberalismo. Por fim, estuda o modelo jurídico-econômico da Constituição Federal de 1988, concluindo que, embora o texto constitucional tenha ofertado a proposta de um welfare socialdemocrata, na prática se efetivou uma agenda neoliberal, como decorrência de pressões internacionais que tomaram força em tempos globalizados, em meio a processos de consolidação de um welfare conservador e corporativista, que apenas serve para justificar o agigantamento estatal e não para reduzir desigualdades. A metodologia adotada é a revisão bibliográfica e documental com uso do método dedutivo. Os pensamentos de Adam Smith e Keynes conduzem a linha de argumentação do artigo.

Palavras-chave: Estado de Bem-Estar Social. Globalização. Intervenção do Estado na Economia. Neoliberalismo.

THE PERIPHERAL NEOLIBERALISM AND THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 IN THE CONTEXT OF GLOBALIST ECONOMY

ABSTRACT

The article approaches the neoliberalism aiming to understand it in the context of the globalist economy from the perspective of the Federal Constitution of 1988. It departs from an analysis of the first economic theories that have laid the basis to the models of welfare state and neoliberal state, at this point understanding the intersections between Law and Economics focusing on the autonomization or not of legal and economic orders. Next, it analyzes the characteristics of the economic models of Welfare State and Neoliberalism. Finally, it studies the legal-economic model of the Federal Constitution of 1988, from the perspective of the theoretical framework studied. The research adopts the bibliographical and documentary technical procedures and is traced by the hypothetical-deductive method, concluding true the hypothesis provisionally raised that although the constitutional text has offered the proposal of a social-democratic welfare, in practice a neoliberal agenda became effective as a result of international pressures that took force in globalized times, in the midst of consolidation processes of a conservative and corporatist welfare, which serves only to justify state enlargement and not to reduce inequalities. The methodology adopted is the bibliographical and documentary review with the use of the deductive method. The thoughts of Adam Smith and Keynes lead the line of argument of the article.

Keywords: Welfare State. Globalization. Neoliberalism. State intervention in the economy.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Da pretensa autonomização entre as ordens jurídica e econômica à consolidação de um modelo intervencionista. 3 A intervenção do Estado na economia ante os modelos do estado de bem-estar social e do estado neoliberal. 4 Análise do modelo jurídico-constitucional brasileiro de intervenção na economia diante das características dos modelos do estado de bem-estar social e do estado neoliberal. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Compreender as intersecções entre Direito e Economia na história da modernidade não é tarefa fácil. Muitos teóricos se engajaram na missão de responder à pergunta-chave que colocaria ponto final nas controvérsias teóricas: Afinal, qual a medida de intervenção estatal na economia, necessária e suficiente, para promover o crescimento econômico sem prejudicar a fruição de direitos fundamentais?

Nesta vertente, surgem duas grandes teorias econômicas, que são analisadas em termos históricos e teóricos na primeira parte do artigo: a liberal clássica, encabeçada por Adam Smith (1996), e a social, liderada por John Maynard Keynes. Sob estas perspectivas, analisa-se como estas teorias concebiam a relação entre a ordem econômica e a ordem jurídica, justificando abstenção ou intervenção estatal.

Tais teorias econômicas evoluíram e se adaptaram no contexto da pós-modernidade globalizada, dando origem, de um lado, ao modelo do *Welfare State*, inspirado na teoria keynesiana, e, de outro, ao modelo de Estado Neoliberal, proposto na tentativa de reavivar o capitalismo clássico, estritamente liberal e não intervencionista. O estudo das características destes novos modelos é feito na segunda parte deste artigo.

Assim sendo, busca-se, finalmente, com fundamentação no referencial teórico levantado, compreender como se opera no Brasil o fenômeno do neoliberalismo periférico no contexto da economia globalizada, concentrando-se na análise do modelo jurídico-econômico da Constituição Federal de 1988, notadamente compreendendo os princípios que norteiam as bases da ordem econômica e financeira e da ordem social, e, de forma derradeira, analisando a composição teórica do fenômeno do neoliberalismo periférico globalizado.

Com efeito, procura-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Existe compatibilidade entre o modelo econômico proposto pela constituinte de 1988 e o modelo econômico efetivamente adotado a partir do advento constitucional? Adotando os procedimentos técnicos bibliográfico e documental, traçado pelo método hipotético-dedutivo, o artigo traz como resposta provisória ao problema a afirmação de que é incompatível a proposta altamente protetiva da Constituição de 1988, que, tipicamente, caracteriza um modelo de *Welfare State*, com a agenda neoliberal imposta aos países periféricos da América Latina em tempos de globalização.

2 DA PRETENSA AUTONOMIZAÇÃO ENTRE AS ORDENS JURÍDICA E ECONÔMICA À CONSOLIDAÇÃO DE UM MODELO INTERVENCIONISTA

Das origens ao contexto atual, muito se desenvolveram as teorias econômicas e, no mesmo compasso, transformaram-se as noções que cercam a relação entre Economia e Direito. Neste ponto, nota-se que esta relação é mais intensa quanto maior a margem para as políticas de intervenção estatal. Em outras palavras, quanto mais o Estado se propõe a intervir na Economia, fazendo-o pela via da regulação, menos se percebe uma clara distinção entre a ordem econômica e a ordem jurídica. A grande pergunta que as teorias econômicas buscam responder passa a ser: Qual a medida suficiente e adequada de intervenção estatal que não prejudique o bom andamento das atividades econômicas?

Quando emergiram as primeiras teorias econômicas, firmou-se a ideia de que a ordem econômica era uma ordem natural, verdadeiramente autônoma, que guiaria seus próprios rumos de forma adequada caso fosse deixada livre. Neste viés, os fisiocratas, que desenvolveram seus conceitos num contexto que, apesar de agrário, já era de ordem capitalista (afirmando a teoria do excedente), reconheciam:

Ao contrário do que ocorre no âmbito da natureza física, a sociedade pode encontrar-se distanciada de sua própria “ordem”, definida como “natural”, apenas no sentido de que, se os homens não obstaculizarem o livre desenvolvimento das diversas forças que operam na sociedade, a sociedade tenderá a configurar-se segundo um desenho necessário, e passará a funcionar segundo leis que se impõem automaticamente a todos (NAPOLEONI, 2000, p. 19).

O elemento de natureza econômica se manifestaria como a base da constituição da ordem social natural, considerando que as leis que regem a sociedade são necessárias apenas para viabilizar o exercício da atividade econômica e para nada mais, cabendo à economia, sozinha, propiciar a melhoria na fruição das necessidades sociais.

O efeito de melhoria na fruição seria automático e não guiado pela regulação, sendo esta uma premissa que decorre do próprio caráter natural da ordem: “O caráter natural dessa ordem deriva do fato de que sua instauração deveria ocorrer automaticamente, em razão das mesmas forças sociais em jogo, uma vez que falsas regras de governo não impediriam que tais forças explicassem sua própria natureza” (NAPOLEONI, 2000, p. 32).

Mais tarde, economistas e juristas desenvolveram a noção de ordem social autônoma para explicar o fenômeno da intervenção do Direito na Economia, caracterizando a Economia como uma ordem social com regulamentação própria (autorregulamentação), que funcionaria à parte da tradicional ordem social imposta pelo controle estatal.

Numa ordem social, as circunstâncias particulares para as quais cada indivíduo irá reagir serão aquelas conhecidas por ele. Mas as respostas individuais a circunstâncias particulares irão resultar numa ordem geral apenas se os indivíduos obedecerem tais regras que irão produzir uma ordem (tradução nossa) (HAYEK, 1998, p. 44).¹ Hayek (1998), conhecido como um dos pensadores que lançou bases ao neoliberalismo, desenvolveu sua teoria sobre a economia como uma ordem social autônoma, reconhecendo que existe uma complexidade no processo de formação destas, decorrente, principalmente, da capacidade de autorregular-se, de forma que a ordem social autônoma seria formada por regras, não por caos.

Não se pretende afirmar que a ordem social autônoma seja ocupada por regras expressas e fechadas, elaboradas em cada situação mínima de conflito. Muitas vezes, tais regras serão essencialmente amplas, tal como o seriam as da economia, que passariam alheias ao controle estatal – que, caso se fizesse impor, tenderia à inocuidade. A presença, entretanto, de regras que sejam minimamente seguidas pelas pessoas, é essencial para que a ordem social formada seja benéfica a elas (HAYEK, 1998).

Além disso, não se pode negar que as circunstâncias que cercam o processo de formação de uma ordem social autônoma são complexas.

Desde que uma ordem espontânea resulte de elementos individuais adaptando-se uns aos outros a circunstâncias que diretamente afetam apenas alguns deles, e que em sua totalidade não precisam ser conhecidos por qualquer um, isto pode estender a circunstâncias tão complexas que não poderão ser compreendidas pela mente (tradução nossa) (HAYEK, 1998, p. 41).²

Percebe-se que a teoria sobre a ordem social natural foi aprofundada no futuro de modo a reconhecer a necessidade de regulação, embora tal regulação não necessariamente viesse pelas vias tradicionais da norma posta pelo Estado. Assim, convergem os liberais e os neoliberais ao afirmar que a atividade regulatória não deve retirar o caráter essencialmente livre atribuído à economia enquanto ordem autônoma.

Voltando à perspectiva histórica do constructo teórico liberal, no esteio dos fisiocratas, Adam Smith foi o primeiro pensador a elaborar um modelo abstrato e completo, focado em explicar o sistema capitalista contextualizado na Revolução Industrial inglesa, desenvolvido na obra *A Riqueza das Nações* (SMITH, 1996).

Havia nas “leis da natureza” ou na “divina providência”, o que Smith chamava de “mão invisível”, que guiava esses atos, que aparentemente provocavam conflitos, de modo a haver mais harmonia. A “mão invisível” não era fruto do desígnio de qualquer indivíduo. Era, simplesmente, o funcionamento sistemático de leis naturais. Essa é, inquestionavelmente, a maior incongruência – senão a maior contradição – da obra de Smith. Pode-se encontrar a mesma contradição na obra de David Ricardo (HUNT, 2005, p. 41).

A teoria da “mão invisível” de Smith se associa diretamente à perspectiva de que a economia apenas é motriz da ordem natural das coisas, afirmando-se que, ao deixar que as leis naturais ordenem as atividades econômicas, se obterá a maior riqueza, sendo, portanto, prejudicial ao bem-estar econômico qualquer intervenção do Estado neste regular andamento.

¹ No original: “[...] in a social order the particular circumstances to which each individual will react will be those known to him. But the individual responses to particular circumstances will result in an overall order only if the individuals obey such rules as will produce an order”.

² No original: “Since a spontaneous order results from the individual elements adapting themselves to circumstances which directly affect only some of them, and which in their totality need not be known to anyone, it may extend to circumstances so complex that no mind can comprehend them all”.

No contexto da teoria da História, de Smith, o capitalismo representava o estágio mais alto de civilização e atingiria seu ponto culminante, quando tivesse evoluído para um estado em que o governo tivesse adotado uma política de *laissez-faire*, permitindo que as forças da concorrência e o livre jogo da oferta e da demanda regulassem a economia, que ficaria quase que completamente livre das restrições do governo ou de suas intervenções. [...] Smith rejeitou teorias e políticas, tanto dos mercantilistas como dos fisiocratas, e depois indicou qual era o sistema que maximizaria o bem-estar econômico. Essa afirmação é a principal conclusão do livro: o capitalismo *laissez-faire* ou, conforme Smith o chamava, “o sistema óbvio e simples de liberdade natural”, é afirmado como o melhor sistema econômico possível. [...] Descrevendo o fluxo de capital para a indústria interna num “sistema de liberdade natural”, Smith formulou a proposição mais famosa de sua tese, segundo a qual em um mercado livre os atos egoístas dos indivíduos são dirigidos, como que por uma “mão invisível”, para a maximização do bem-estar econômico (HUNT, 2005, p. 54-56).

A teoria da mão invisível de Smith pressupõe a existência de mercados em concorrência perfeita, caracterizada sempre que houver um grande número de vendedores e de compradores, e nenhuma empresa sozinha conseguir influenciar os índices de demanda e, por conseguinte, o preço natural. Num contexto de concorrência perfeita, é simples presumir a eficácia de uma teoria da mão invisível, entretanto não é possível fechar os olhos ao fato de que a concorrência, cada dia mais, notadamente diante do *gigantismo empresarial que flui em tempos globalizados*, em regra é imperfeita.

Coase (1937) reconhece que há clara distinção estrutural entre um mercado que opere em concorrência perfeita e um que opere em concorrência imperfeita, o que é determinante de forma mais evidente, embora não exclusivamente, em virtude do mecanismo de preços utilizado em cada um dos modelos. Enquanto na concorrência perfeita o modelo de preços em essência é determinado pelos fluxos do mercado de oferta e demanda, na concorrência imperfeita o comportamento dos agentes de mercado pode se alterar no sentido de buscar, por meio de colusão e de outras formas, influenciar no que seria o preço natural de mercado, atendendo contra as prerrogativas do consumidor e afetando seu bem-estar.

A sequência de eventos históricos que seguiram ao apogeu da teoria de Smith desmereceu por si a ideia de que a Economia tem o poder de, pelas suas leis naturais, somente coibir os comportamentos abusivos e danosos dos agentes econômicos. Em meio a um contexto de intensas lutas decorrentes do surgimento da consciência de classe e de ruptura com o modelo capitalista como o único modelo econômico possível, entra em decadência o Estado Liberal e ascende o Estado Social.

A teoria econômica predominante, na época, é a teoria neoclássica, principalmente em sua versão marshalliana. Essa teoria tem como suposto a “lei de Say”, segundo a qual o processo de produção capitalista é, também, um processo de geração de rendas (licros, salário, aluguéis, etc.) e, por isso, a oferta cria sua própria demanda. Acrescente-se a isto a ideia de ajustamento automático da economia e teremos uma conclusão importante: o sistema econômico, considerado como um todo, não pode admitir desemprego involuntário. Trata-se de uma decorrência natural dos supostos anteriores. Se desemprego houver, ele será temporário, esporádico e parcial. Esta a posição teórica da principal corrente econômica da época. *A realidade dos fatos desmentia a teoria* (ARAÚJO, 1988, p. 110).

Com o desemprego involuntário se tornando uma realidade, os neoclássicos ainda buscavam afirmar a adequação de suas teorias, que somente eram úteis nos contextos de mercados perfeitos – e naquele momento já se percebia a estruturação de modelos de mercado imperfeito em monopólios e oligopólios. Tal contradição teórica clara abriu margem para a chamada *revolução keynesiana*, em que se defendia a necessidade de intervenção do Estado na economia, afastando o ideal da concorrência perfeita e confrontando diretamente a composição teórica da época ante a realidade fática (ARAÚJO, 1988).

Para Keynes (1996), o nível de emprego seria determinado pelo nível de produção, o qual, por sua vez, seria determinado pela demanda efetiva, ora composta por bens de consumo, bens de investimento e gastos públicos, quando a renda seria determinada pelos gastos em consumo e pelos gastos em investimento, mas, principalmente, pelo segundo aspecto (ora claramente determinado a partir dos gastos públicos), uma vez que o consumo tende a ser estável. Este seria o princípio da demanda efetiva, a maior contribuição de Keynes à teoria econômica.

Diferente dos neoclássicos, Keynes (1996) defende que é preciso fazer controle quanto à capacidade de consumo, melhorando o poder aquisitivo da população, e investir em aumento de produção, o que geraria, então, crescimento econômico. A teoria de Keynes era a morte para o ideal de *laissez-fair* do liberalismo clássico, pois reconhecia, de forma clara, a incapacidade do mercado de, sozinho, conseguir gerar uma demanda ideal. Expõe Keynes (1996, p. 43):

Os postulados da teoria clássica se aplicam apenas a um caso especial e não ao caso geral, pois a situação que ela supõe acha-se no limite das possíveis situações de equilíbrio. Ademais, as características desse caso especial não são as da sociedade econômica em que realmente vivemos, de modo que os ensinamentos daquela teoria seriam ilusórios e desastrosos se tentássemos aplicar as suas conclusões aos fatos da experiência.

Na sua visão, a demanda efetiva poderia ser maior ou menor que a capacidade produtiva de um país em um determinado momento, podendo haver desemprego de fatores produtivos. Abre-se espaço, então, para que o Estado, mediante mobilização da vontade política, desenvolva políticas econômicas voltadas à realização da demanda efetiva, de modo a intervir na economia com políticas monetária e fiscal que afetam diretamente os fatores consumo e investimento e mediante controle dos gastos públicos, que, por seu turno, afetam a tributação. Neste ponto, o Estado assume para si o papel de controlar juros e a própria taxa de inflação, bem como de direcionar pela tributação a entrada de investimentos no mercado econômico.

Ao desaparecer o dogma da mão invisível, o espaço abre-se para a política, especialmente para a política monetária e a política fiscal. A política monetária é importante, em determinadas circunstâncias, principalmente na determinação da taxa de juros. Contudo, quando a taxa de juros se aproxima da armadilha da liquidez, ela perde eficácia. A política fiscal compõe-se de uma série de expedientes relativos à tributação e aos gastos governamentais (ARAÚJO, 1998, p. 132).

A abertura que Keynes propiciou para a intervenção do Estado na economia influenciou a política econômica de diversos países capitalistas. De forma diversa do esperado pelo teórico, entretanto, os Estados não souberam manejar de forma adequada os poderes que lhe foram postos, demonstrando-se, ao longo da história, como incapazes de controlar de forma coerente os gastos públicos e de intervir de maneira equilibrada na economia. Em vez de crescimento econômico, os excessos de intervenção autorizados pelo modelo keynesiano geraram a consolidação de economias de guerra e incalculáveis déficits orçamentários.

Era necessário modernizar as teorias econômicas postas até o momento, amadurecendo seus aspectos centrais que se mostraram falhos. Nesta perspectiva, a proposta de Keynes foi aperfeiçoada num modelo de *Welfare State*; enquanto a proposta liberal clássica ganhou novos rumos com o modelo neoliberal. Uma maior análise do modelo do *Welfare State* e neoliberal é apresentada no tópico a seguir.

3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA ANTE OS MODELOS DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E DO ESTADO NEOLIBERAL

Considerando a estruturação de dois grandes modelos econômicos que prevaleceram nos Estados ao longo do último século, cabe analisar quais as premissas destes no que se refere ao papel do Estado na economia. Neste campo, parte-se da influência do modelo de Keynes no *Welfare State* até chegar à decadência deste para a ascensão do Neoliberalismo.

O Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State* pode ser visto como a forma mais avançada de exercício público da proteção social. Fiori (1995) explica que o *Welfare* contemporâneo está centrado em quatro pilares: o primeiro, que são os fatores materiais ou econômicos que englobam o reconhecimento de valores como crescimento e pleno emprego, a manutenção do crescimento econômico, o aumento dos ganhos fiscais, algum consenso paralelo quanto às políticas de Keynes e a generalização do paradigma fordista; o segundo, que é o ambiente econômico global criado que permitiria conciliar o *Welfare* e a estabilidade da economia internacional; o terceiro, que é o clima de solidariedade nacional entre países vencedores e vencidos no pós-Segunda Guerra; o quarto, que é o avanço das democracias partidárias e de massa, que geraram efetiva disputa eleitoral e, assim, abriram margem às reivindicações de diversos setores sociais.

A primeira característica que pode ser atribuída a este modelo consiste na adoção de novas formas de política social, muito diversas das que lhe precederam, historicamente, notadamente antes da Segunda Guerra Mundial. Sobre esta característica, Fiori (1995, p. 4) afirma:

Não cabem dúvidas que só os estudos mais recentes propuseram um conceito capaz de dar conta da complexidade do fenômeno do *welfare* e, portanto, também, de suas diferenças e descontinuidades fundamentais com as trajetórias e/ou padrões históricos anteriores, de organização das políticas sociais de tipo privado ou governamental, assistencial ou contratual.

A compreensão do fenômeno do *Welfare State* depende aqui, também, da percepção acerca dos entrelaçamentos das atividades estatais com o papel do mercado e da família. Neste viés, não basta observar a característica que consiste na adoção de novas formas de política pública, mas é preciso considerar as efetivas mudanças regulatórias que atingem os serviços sociais universais e a própria distribuição de renda como objetivo estatal.

De forma mais específica, cabe observar diversos modelos de *Welfare*, com características próprias, variando entre países e regiões do mundo.

Conforme Fiori (1995), há diversas classificações, mas, de forma geral, pode-se apresentá-las da seguinte forma:

- a) Residual ou liberal: políticas sociais sem caráter preventivo e temporariamente limitadas, normalmente aos comprovadamente pobres;
- b) Meritocrático-particularista ou conservador-corporativista: política social usada apenas para corrigir a ação do mercado, atuando de forma complementar, pouco esforço em direção a uma redistribuição;
- c) Institucional-redistributivo ou socialdemocrata: voltado para a produção e distribuição de bens e serviços sociais, garantidos a todos os cidadãos de forma universal.

Com efeito, o modelo de Estado de Bem-Estar Social entrou em decadência nos anos 70, conforme os Estados que adotavam tais formatos ficavam cada vez mais extensos, pesados e onerosos. Isso gerou graves reflexos durante as crises econômicas que avançaram pelo mundo a partir deste período.

O *Welfare* passou a ser colocado como um dos principais fatores nos diagnósticos de crises, mas o seu desmonte não se deu de forma abrupta e estrondosa e, na verdade, ainda é possível perceber traços dele na economia de diversos Estados – mesmo naqueles que atendem, hoje, a uma agenda predominantemente neoliberal. Com a globalização, entretanto, intensificou-se o desmonte dos modelos de *Welfare*.

Especificamente quanto à ascensão do Neoliberalismo, Anderson (1995, p. 9) analisa:

O neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é O Caminho da Servidão, de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.

Hayek juntou-se a outros fortes críticos do *New Deal* americano e do Estado de Bem-Estar europeu, como Milton Friedman, Karl Popper, Ludwig Von Mises, entre outros, e fundou a Sociedade de Mont Pèlerin, cujo propósito era combater as ideias de Keynes ora dominantes e lançar bases para um novo tipo de capitalismo. Embora a formação do ideário neoliberal tenha se dado no entorno do final da Segunda Guerra, somente com as crises financeiras da década de 70, cercadas pela baixa taxa de crescimento e pela alta taxa de inflação, ele começou a ganhar terreno (ANDERSON, 1995).

Em termos característicos, o modelo neoliberal tem como algumas de suas premissas em relação ao modelo de *welfare*: remercantilização da força de trabalho, contenção ou desmontagem de sindicatos, desregulação de mercados de trabalho, privatização de serviços sociais, cortes nos programas de integração de renda, maior autonomia e poder a setores voluntários e outras organizações privadas ou filantrópicas (FIORI, 1995).

Algumas políticas econômicas típicas de um modelo neoliberal podem ser observadas a partir do governo de Thatcher na Inglaterra: contração da emissão monetária, elevação da taxa de juros, redução dos impostos de alto rendimento, abolição de controle dos fluxos financeiros, criação de níveis massivos de desemprego, combate a greves, corte de gastos sociais, criação de legislação antissindical e, principalmente, engajamento num forte programa de privatizações (ANDERSON, 1995).

Nem todos os países, no entanto, se engajaram em medidas tão radicais na época; por exemplo, alguns governos de direita europeus optaram por tornar mais criteriosa a disciplina orçamentária e por engajar reformas fiscais, em vez de confrontar sindicatos e reduzir gastos sociais num modelo neoliberal moderado (ANDERSON, 1995).

Denomina-se de decálogo neoliberal o composto de dez características essenciais do modelo neoliberal da economia:

1. O Estado tem que limitar sua atuação ao estritamente imprescindível.
2. As contas do setor público devem estar sempre equilibradas.
3. Eliminar subsídios a empresas, cortar os gastos sociais e reduzir ao mínimo os gastos correntes da Administração.
4. Corte drástico dos impostos e encargos sociais de empresas e particulares.
5. Flexibilidade do mercado de trabalho. Eliminação do salário mínimo.
6. Reformas estruturais pela via de uma maior flexibilidade do mercado fundiário e uma abertura geral à concorrência.
7. Políticas microeconômicas de fomento ao investimento privado e políticas ativas de emprego.
8. Políticas monetárias baseadas em tipos de interesses baixos.
9. Política fiscal que incentive o reinvestimento de benefícios.
10. Modificação do sistema de negociação coletiva (PÉREZ GÓMEZ, 2001, p. 128-129).

Anderson (1995) diagnostica que, quanto ao objetivo de travar o aumento incontrolável dos índices de inflação, o neoliberalismo foi bem-sucedido, mas não conseguiu alcançar o seu principal objetivo, que era a restauração do crescimento econômico. Logo,

[...] a recuperação dos lucros não levou a uma recuperação dos investimentos. Essencialmente, pode-se dizer, porque a desregulamentação financeira, que foi um elemento tão importante do programa neoliberal, criou condições muito mais propícias para a inversão especulativa do que produtiva. [...] Por outro lado, o peso do Estado de Bem-Estar não diminuiu muito, apesar de todas as medidas tomadas para conter os gastos sociais (ANDERSON, 1995, p. 16).

Em que pese o neoliberalismo não ter alcançado os resultados esperados, isso não significou a sua morte. Pelo contrário, o projeto neoliberal até hoje possui impressionante vitalidade, mesmo que, no fundo, tenha propiciado mais a construção de sociedades desiguais do que alheias à intervenção estatal, como havia proposto.

O que se percebe, em todo o globo, é a consolidação de modelos de Estado de clara influência neoliberal, mas que não rompem laços definitivos com o modelo precedente, de *Welfare State*. De forma generalizada, características neoliberais marcantes, como a abertura de mercado e a desregulação da atividade econômica, se fazem presentes, mas sem implicar a necessária redução da máquina estatal, cada vez mais complexa e burocrática, que utiliza o discurso de manutenção de práticas do Estado de Bem-Estar – sem necessariamente efetivá-lo – como uma justificativa para seu constante agigantamento.

A formação deste modelo misto não atinge o objetivo de afastar a intervenção estatal; pelo contrário, aparatos cada vez mais burocráticos se instalam, e muito menos o de propiciar efetivo bem-estar social, pois o agigantamento dos mercados não precisamente reflete numa ampliação dos investimentos do poder público. Cada dia mais, entretanto, o cenário parece se consolidar de forma irreversível, em especial em razão das consequências da globalização.

Neste ponto, globalização e neoliberalismo são contos da mesma fábula, que consolida a noção de economia-mundo. Nessa nova concepção de trocas, fixos e fluxos, o Estado submete-se aos interesses transnacionais, tanto produtivos quanto especulativos, em nome de uma promessa de crescimento e modernização que nunca se cumpre. A globalização cobra seu preço, mensurado em exigências político-econômicas neoliberais (LEME, 2010).

As Reformas implicaram a solicitação de novos arranjos político-institucionais para se ajustarem a novos desafios, muito deles, visando à sinergia maior entre a “esfera” nacional às demais demandas/pressões da “esfera” global. Esse processo reflete diretamente na forma dos atores conceberem o Estado e suas diversas funções, sejam elas no campo econômico, político ou cultural (LEME, 2010).

A globalização mostra-se um processo histórico de produção e reprodução do capital de forma combinada e desigual que, ao mesmo tempo em que visa a integrar, também salienta as diferenças, sejam elas culturais, sociais, políticas, econômicas e espirituais entre os países do Norte e do Sul. Se, por um lado, promete integração, na verdade entrega polarização – e mesmo as promessas de cooperação internacional, tão largamente afirmadas na construção do sistema de proteção de direitos humanos, pouco se efetivam. Neste ponto, o neoliberalismo globalista periférico desponta como um cenário desolador.

4 ANÁLISE DO MODELO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE INTERVENÇÃO NA ECONOMIA DIANTE DAS CARACTERÍSTICAS DOS MODELOS DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E DO ESTADO NEOLIBERAL

A base do modelo jurídico-constitucional brasileiro de intervenção na economia encontra-se no título VII da Constituição Federal, intitulado “Da Ordem Econômica e Financeira”, que conta com quatro capítulos: princípios gerais da atividade econômica, política urbana, política agrícola e fundiária e reforma agrária e sistema financeiro nacional.

Vale analisar, neste ponto, o artigo 170 do texto constitucional:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O constituinte brasileiro tenta trazer, no artigo 170, um equilíbrio entre a liberdade econômica e a necessidade de intervenção estatal em prol da preservação do interesse coletivo e individual. Assim, se por um lado coloca o direito à propriedade, por outro fixa o dever de obediência à sua função social; se por um lado coloca a livre-iniciativa e a livre-concorrência, por outro as limita pelas necessidades de atendimento a interesses, como busca do pleno emprego (ideário típico de um Estado de Bem-Estar, pois no neoliberalismo vai se pregar que algum desemprego é necessário à economia), redução de desigualdades regionais e sociais (outra política própria de *welfare*), defesa do meio ambiente (aspecto de dimensão difusa, ligado à questão da fraternidade como direito) e tratamento favorecido a empresas de pequeno porte nacionais (mais uma vez, algo típico de *welfare*, pois irá pressupor a oferta de subsídios e vantagens a atividades empresariais que, de

outra forma, teriam de se desenvolver por si). Não obstante, se de um lado fixa que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, não deve, em regra, ser também seu explorador, abre diversas exceções os casos de necessidade aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (artigo 173, caput, CF) – expressões estas tão amplas que acabam sendo interpretadas pelo próprio administrador num critério completamente discricionário – e inclusive cria situações de monopólio da União sobre determinadas atividades econômicas (artigo 177, CF).

Nota-se que o constituinte brasileiro parece mais preocupado em criar limites à liberdade de iniciativa e de concorrência do que em viabilizá-las, o que põe em xeque se a realização destas era a sua verdadeira intenção. Técnica e historicamente, o constituinte brasileiro sempre pareceu mais preocupado em assumir controle sobre todas as coisas, inclusive sobre o próprio mercado. Não obstante, a leitura do texto constitucional leva a perceber, de forma clara, que toda liberdade deve ser limitada se não promover o bem-estar e a justiça sociais.

Com efeito, não é possível ler a disciplina da ordem econômica sem se atentar à previsão constitucional sobre a ordem social, que deve se harmonizar com a disciplina da ordem econômica. A propósito, prevê o artigo 193, CF: “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. De fato, o constitucionalista brasileiro, nos artigos que se seguem, direciona um comprometimento com a efetivação do bem-estar e da justiça sociais de forma integral e universal. Neste sentido, destacam-se as previsões específicas sobre o direito à educação e o direito à saúde, guiados pelo ditame da universalidade, do acesso integral e da gratuidade.

Pela simples leitura da Constituição, percebe-se que é claramente assumido um compromisso constitucional que mais tende ao *welfare* do que ao neoliberalismo, ainda que a década de 80, quando o texto brasileiro foi elaborado, já fosse um período no qual globalmente o *Welfare State* já havia sido desacreditado, dando lugar ao modelo neoliberal que, àquela altura, sem sucumbir às crises dos anos 90, ainda parecia ser o mais promissor.

O Brasil, tal como tantos outros países, acabou por ficar no intermédio entre o *welfare* e o neoliberalismo. Embora o constituinte brasileiro tenha sido influenciado pelo ideário neoliberal, acabou por trazer no texto escrito da norma constitucional, tipicamente dirigente, amplas normas de proteção que se aproximam do mais marcante dos modelos de *Welfare State*, que seria o institucional-redistributivo, conforme a teoria de Titmus, ou socialdemocrata, pela teoria de Esping-Andersen. Referidos modelos propunham um Estado de Bem-Estar Social praticamente irrestrito, de amplo acesso a todos os bens e os serviços sociais de forma universal e integral, apenas tendo se consolidado, ironicamente, nos países escandinavos e na Suécia. Promessas à parte, o *welfare* brasileiro real está muito longe de um modelo socialdemocrata ou institucional-redistributivo.

Fiori (1995) mostra que, embora os modelos de *welfare* variem entre os países, a diferença é mais gritante quando se observa o *welfare* nas periferias capitalistas, especialmente as latino-americanas. Quanto às tipologias apontadas, o autor observa que nenhuma se aplica puramente às periferias capitalistas, embora exista alguma aproximação do modelo meritocrático-particularista de Titmus e do modelo conservador e corporativista de Esping-Andersen com relação ao modelo econômico brasileiro – de toda forma, uma realidade que se distancia em absurdos da proposta constituinte. De modo mais específico, diversos estudos procuram avançar na compreensão do que seria o padrão periférico de política social.

De tal maneira que a discussão dos casos periféricos latino-americanos deve inevitavelmente deslocar-se para matizes com que se combina em cada país o assistencialismo e as intervenções tópicas de tipo liberal com alguns sistemas universais de prestação de serviços de preservação ou mesmo complementação da renda (FIORI, 1995, p. 10).

O trecho bem-descreve a realidade brasileira, em que, de um lado, busca-se seguir aos anseios das pressões internacionais de cunho neoliberal, mas de outro, luta em efetivar algumas poucas e raramente efetivas políticas assistenciais que pretendem lançar sistemas universais de serviços públicos (educação e saúde são os maiores exemplos disso) e que buscam complementar a renda da população de classe mais baixa.

Um financiamento regressivo do gasto social e uma hipertrofia burocrática que eleva em muito o custo operacional e favorece a manipulação clientelística. Um *welfare state*, em síntese, meritocrático-particularista fundado na capacidade contributiva do trabalhador e num gasto público residual financiado por um sistema tributário regressivo. Um sistema não-redistributivo e montado sobre um quadro de grandes desigualdades e de misérias absolutas (FIORI, 1995, p. 11-12).

No real *Welfare State* brasileiro, tipicamente periférico, se faz presente um Estado agigantado e excessivamente burocrático que se justifica sob a pretensão de ser o responsável por efetivar a vontade do constituinte de criar bem-estar, mas, na realidade, subjuga a liberdade e a vontade do cidadão brasileiro, sujeito a uma carga tributária predominantemente incidente sob o consumo, que retira todo seu poder de compra e que pouco retorna ao povo o que arrecada, bem como ao alvedrio do setor empresarial globalista, que foge às inúmeras e incansáveis tentativas de regulação e controle. O Estado, assim, não apenas não consegue cumprir seu papel de intervenção na economia, como adiciona um fator negativo à equação que, por si só, não teria solução favorável.

Com efeito, embora vitorioso teoricamente na Constituição, o modelo de *Welfare State* deu lugar, no Brasil, ao modelo Neoliberal. Neste ponto, o Brasil foi o último dos países da América Latina a atender esta agenda internacional, notadamente pela dificuldade anterior aos anos 90 de conciliar as frações de classe do bloco dominante e se desvencilhar dos interesses da mobilização política dos trabalhadores. Nos anos 90, o liberalismo,

[...] que já havia adentrado na maior parte da América Latina, implanta-se no Brasil, com toda força, a partir do Governo Collor. O discurso liberal radical, combinado com a abertura da economia e o processo de privatizações inaugura o que poderíamos chamar da “Era Liberal” no Brasil. Até então, apesar da existência de algumas iniciativas nesse sentido, durante o Governo Sarney, e de uma já forte massificação e propaganda dessa doutrina nos meios de comunicação de massa, havia uma forte resistência à mesma, calcada principalmente, na ascensão política, durante toda a década de 1980, dos movimentos sociais e do movimento sindical. A Constituição de 1988, apesar de seus vários equívocos, foi a expressão maior dessa repulsa da sociedade brasileira, por isso mesmo, ela foi alvo privilegiado tanto do Governo Collor quanto do Governo Cardoso, que recolocou, mais tarde, o projeto liberal nos trilhos (FILGUEIRAS, 2000, p. 83-84).

Este projeto brasileiro foi marcado de forma clara pela globalização, não apenas pelo ingresso de empresas estrangeiras no país, muitas vezes assumindo a administração de empresas que então estavam sob o controle do Estado, mas também pela internacionalização dos grandes grupos empresariais brasileiros. Cada vez mais a economia brasileira estaria sujeita aos fluxos internacionais de capitais. Mesmo quando as então classes opostas ao projeto neoliberal chegaram ao poder com o governo Lula, evitou-se qualquer confronto com o bloco dominante e mantiveram-se iniciativas do modelo neoliberal, agora consolidado (FILGUEIRAS, 2006, p. 179-206).

Não é possível, assim, negar a estrita relação dos entraves à efetivação de um modelo de *welfare* crescentemente socialdemocrata no Brasil (com pretensão de universalidade e cobertura integral de serviços públicos essenciais), que era a intenção do constituinte de 1988, com a imposição externa da ideologia neoliberal. Ao ceder às pressões internacionais, o Brasil foi colocando entre os países sujeitos ao neoliberalismo periférico, essencialmente prejudicial e danoso.

A adoção do neoliberalismo jogou a América Latina nas profundezas do crasso subdesenvolvimento, privilegiando ainda mais as precárias economias e relações sociais no sistema-mundo. Neste processo houve uma deterioração das condições sociais de vida com o agravamento da pobreza, do desemprego, da precarização das relações de trabalho, do aumento das desigualdades internas etc. apesar dos recentes avanços em termos de redução da pobreza e da indigência. Pelo ideário neoliberal, a liberalização do sistema financeiro, a flexibilização da taxa de câmbio e a estabilização monetária – requisitos fundantes para o sucesso do modelo, entre outros – impeliram algumas economias regionais a um crescimento significativo. Entretanto, com a abertura econômico-financeira as fragilidades estruturais – estruturas, historicamente, atrasadas e subdesenvolvidas – não suportaram os impactos competitivos e ataques concorrenciais, exigências decorrentes das novas regras estabelecidas pela Organização Mundial do Comércio (OMC). A euforia inicial se esvanece frente à escassez interna de recursos financeiros e de investimentos, na medida em que o capital estrangeiro fluía no passado, sob a proteção dos regimes militares e no início da adoção neoliberal pelas privatizações das empresas estatais dos

diferentes ramos da economia e do sistema financeiro. Na economia globalizada o sistema-mundo capitalista vive e sobrevive na e com a especulação financeira. Assim, as economias latino-americanas não resistiram aos diferentes “ataques” especulativos e suas perversas sequelas (PETRY, 2007, p. 23).

O neoliberalismo periférico é um fenômeno socioeconômico que decorre da agenda econômica em tempos globalizados. Trata-se da imposição do neoliberalismo como modelo econômico a todos os países periféricos, que, caso não atendida, gera consequências ainda mais severas, consubstanciadas na forma de isolamento econômico – mais difícil de ser suportada quanto mais as economias em todo o mundo passam a se sujeitar aos fluxos internacionais.

Ocorre que a globalização, compreendida como um fenômeno de integração social, cultural, econômica, religiosa, etc., diferente do que se pretende passar, não é uniforme, podendo se notar a caracterização de polos globalizados e polos marginalizados.

Conforme Boaventura de Sousa Santos (2001), a globalização é, na realidade, um processo de simultâneas globalizações de elementos locais; sendo assim, a globalização não corresponde a algo que emana do global, mas, sim, de um processo de difusão massiva de fenômenos locais, os quais, ao se difundirem, relegam a outros elementos o *status* de local. Aplicando a interpretação do autor a essa divisão, pode-se afirmar que os “globalizados” são os agentes do que ele denomina localismo globalizado, ou seja, dos processos de globalização de algo local. Os excluídos, por sua vez, são as vítimas desse processo e os que sofrem, portanto, o efeito tendencioso da destruição/reestruturação. Este é o denominado globalismo localizado, que vitimiza principalmente a população pobre dos países subdesenvolvidos.

A globalização tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo. Junto com as dimensões planetárias dos negócios, das finanças, do comércio e do fluxo de informação, é colocado em movimento um processo “localizador”, de fixação no espaço. Conjuntamente, os dois processos intimamente relacionados diferenciam nitidamente as condições existenciais de populações inteiras e de vários segmentos de cada população. O que para alguns parece globalização, para outros significa localização; o que para alguns é sinalização de liberdade, para muitos outros é um destino indesejado e cruel (BAUMAN, 1999, p. 8).

É neste contexto de isolamento globalizado que se constrói o neoliberalismo periférico, ao qual o Brasil, junto a tantos outros países subdesenvolvidos na América Latina e fora dela, se submete, porque é preciso “dançar conforme a música”, que é “cantada” pelo bloco econômico globalmente dominante. O cenário, cada dia mais desolador, agrava-se diante da má-gestão da coisa pública, eficiente apenas na hora de arrecadar tributos, que utiliza a proposta constitucional de um *Welfare State* pleno para justificar o agigantamento do Estado e sua incansável burocratização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das premissas teóricas levantadas neste artigo, foi possível compreender que, embora o texto constitucional tenha ofertado a proposta de um *welfare* socialdemocrata, cuja pretensão seria dirigir os governantes a consolidar um sistema de proteção universal e integral de serviços públicos essenciais, foram encontrados inúmeros entraves práticos que impediram a realização da proposta constituinte.

Além do claro tom idealista, que beira o completo desconhecimento da realidade socioeconômica do país, um dos maiores entraves reais consistiu na imposição da agenda neoliberal, como decorrência de pressões internacionais que tomaram força em tempos globalizados. Ciente de que ceder era inevitável e de que se submeter ao isolamento econômico seria ainda mais gravoso, o Brasil foi o último dos países da América Latina a efetivar o modelo neoliberal, bastante rejeitado pela população – prova disso está no teor da própria norma constitucional, que tem poucos indícios políticos de cunho neoliberal.

Neste cenário, luta-se por atender minimamente os interesses constitucionalmente eleitos como prioritários, mas efetiva-se o pior dos modelos de *Welfare State*, característico como altamente oneroso para o Estado, porém injusto para com o cidadão, que é o conservador e corporativista, ou institucional-redistributivo. Assim, tem-se a consolidação de um *welfare* que apenas serve para justificar o agigantamento estatal, numa máquina cada vez mais burocrática e corrupta, mas tem pouca utilidade para reduzir desigualdades.

O *welfare* neoliberal periférico une o pior dos dois mundos: o Estado agigantado e burocrático, que justifica seus altos custos e seu predadorismo arrecadatário com base nos deveres constitucionalmente erigidos de efetivar o bem-estar social, mas que, na prática, sofre em meio à má-gestão e à corrupção escancarada de seus gestores e pouco entrega do que promete; e o mercado globalizado, com um empresariado tão preocupado em obter cada vez maiores lucros que, inevitavelmente, tende à precarização do indivíduo trabalhador, cada dia mais exigindo de sua capacidade produtiva e menos retornando em qualidade de vida.

6 REFERÊNCIAS

- ANDERSON, P. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTILI, P. (org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- ARAÚJO, C. R. V. *História do pensamento econômico: uma abordagem introdutória*. São Paulo: Atlas, 1988.
- BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- COASE, R. The nature of the firm. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.
- FILGUEIRAS, L. *A história do Plano Real: fundamentos, impactos e contradições*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- FILGUEIRAS, L. O neoliberalismo no Brasil: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico. In: MASUALDO, B.; ARCEO, E. (org.). *Neoliberalismo y sectores dominantes: tendencias globales y experiencias nacionales*, Buenos Aires: Clacso, 2006. p. 179-206. (Colección grupos de trabajo).
- FIORI, José Luís. *Estado de bem-estar social: padrões e crises*. Rio de Janeiro: Uerj; IMS, 1995. (Série estudos em saúde coletiva, n. 117).
- KEYNES, John Maynard. *A Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- HAYEK, F. A. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Londres: Routledge, 1998. V. 1.
- HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- LEME, A. A. Neoliberalismo, globalização e reformas do Estado: reflexões acerca da temática. *Barbaroi*, Santa Cruz do Sul, n. 32, jun. 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo>. Acesso em: 1º mar. 2018.
- NAPOLEONI, C. *Curso de economia política*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- PÉREZ GÓMEZ, A. I. *A cultura escolar na sociedade neoliberal*. Porto Alegre: Artmed Editora, 2001.
- PETRY, A. Neoliberalismo e globalização na América Latina. *Revista da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, Unisinos, 2007. Disponível em: <http://www.projeto.unisinos.br/humanismo/al/neoliberalismo.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.
- SANTOS, B. de S. Os processos da globalização. In: SANTOS, B. S. (org.). *Globalização: fatalidade ou Utopia*. Porto: Afrontamento, 2001.
- SMITH, Adam. *A riqueza das Nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

A SELETIVIDADE DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS COMO INSTRUMENTO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA: Análise do Mercado de Consumo de Veículos e Tabaco, no Período de 2010 a 2016

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.123-139>

Recebido em: 3/1/2019

Modificações requeridas em: 18/5/2019

Aceito em: 21/5/2019

Maurin Almeida Falcão

Pós-doutorado (estágio realizado no " Groupement Européen de Recherches en Finances Publiques Gerfip" – Universidade de Paris I-Panthéon-Sorbonne, jun./2012-jun./2013). Doutorado em Direito Público pela Universidade de Paris 11-Sud (2000), com a menção máxima " Très honorable, avec félicitations du jury". Obtenção da láurea European Label. Diploma de Estudos Superiores Especializados-Dess em Administração Tributária pela Universidade de Paris IX-Dauphine (1995). Aperfeiçoamento em Gestão das Finanças Públicas no Institut International d'Administration Publique/ENA (1987). Graduado em Ciências Contábeis pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (1981). Professor-adjunto da Universidade Católica de Brasília. Docente no Mestrado em Direito e nos cursos de Direito e de Relações Internacionais (Cátedra Jean Monnet) da Universidade Católica de Brasília. Atua na linha de pesquisa sobre Direito, Estado, Tributação e Desenvolvimento. Coordenador do Grupo de Estudo sobre os Sistemas Tributários Contemporâneos – Getric do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Membro fundador do Instituto Internacional de Ciências Fiscais e pesquisador do Grupo Europeu de Pesquisas em Finanças Públicas – Gerfip da Universidade de Paris I-Panthéon-Sorbonne. malfcao@pos.ucb.br

Luiz Fernando Oliveira

Doutorado em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Mestrado em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialização em Docência Universitária com ênfase em ensino jurídico pela Faculdade Católica de Anápolis. Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica). Bacharelado e Licenciatura em História pela Universidade Federal de Goiás (UFG). luizfernandokerix@hotmail.com

Acsa Reginaldo Silva

Membro do Grupo de Estudos sobre os Sistemas Tributários Contemporâneos – Getric. Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica) e em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual de Goiás. Especializando em Direito Tributário pelo Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica). acsa.silva@tcm.go.gov.br

RESUMO

Constitui objeto deste estudo a seletividade do Imposto sobre Produtos Industrializados, de competência federal, e cuja alteração da alíquota prescinde da participação do Congresso Nacional, sendo atribuição do chefe do Poder Executivo, o qual fixa o percentual de incidência nos limites da Lei. Esta peculiaridade na fixação da alíquota representa uma exceção ao princípio da legalidade que, associada à supressão ao princípio da anterioridade de exercício, compõe o caráter extrafiscal do IPI. Neste contexto, o imposto pode ser utilizado como mecanismo de intervenção do Estado na economia, na medida em que a elevação ou diminuição da alíquota pode inibir ou estimular determinados comportamentos do consumidor. Por conseguinte, torna-se importante ressaltar o princípio da seletividade, o qual considera a essencialidade dos produtos para a fixação de alíquotas. Em decorrência, restringe-se a presente análise aos mercados consumidores de veículos e de tabaco, no período de 2010 a 2016, quando serão apreciados os efeitos das medidas extrafiscais do governo federal nestes setores produtivos. Ante a relevância da política econômica adotada no país, é imprescindível a avaliação dos efeitos da intervenção direta do Estado na economia, sobretudo para os consumidores e respectivos segmentos produtivos. A condução do presente trabalho se deu a partir de pesquisa exploratória com a utilização do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: IPI. Intervenção estatal. Extrafiscalidade. Essencialidade. Seletividade.

THE SELECTIVITY OF TAX ON INDUSTRIALIZED PRODUCTS AS AN INSTRUMENT OF STATE INTERVENTION IN THE ECONOMY: ANALYSIS OF THE MARKET FOR CONSUMPTION OF VEHICLES AND TOBACCO, FOR THE PERIOD 2010 TO 2016

ABSTRACT

The object of this study is the selectivity of the Tax on Industrialized Products, which is a federal jurisdiction and whose alteration of the tax rate does not involve the participation of the National Congress, being attributed by the head of the Executive Branch, which sets the percentage of incidence within the limits of the Law. In the determination of the rate represents an exception to the principle of legality that, associated to the elimination of the principle of prior exercise, make up the extra-fiscal nature of the IPI. In this context, the tax can be used as a mechanism for intervention by the State in the economy, since raising or lowering the tax rate may inhibit or stimulate certain consumer behavior. Therefore, it is important to emphasize the principle of selectivity, which considers the essentiality of the products for rates definition. As a result, the present analysis is restricted to the consumer vehicle and tobacco markets, from 2010 to 2016, where the effects of tax economics measures of the Federal Government in these productive sectors will be assessed. Given the importance of the economic policy adopted in the country, it is essential to evaluate the effects of the direct intervention of the State in the economy, especially for consumers and their productive segments. The conduction of the present work was based on an exploratory research using the hypothetical-deductive method.

Keywords: Tax on industrialized products. State intervention. Economics purpose of tax. Essentiality, Selectivity.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O tributo como mecanismo de intervenção do Estado na economia. 2.1 O conceito de Estado intervencionista. 2.2 A função alocativa. 2.3 A função redistributiva. 3 Os objetivos da extrafiscalidade e da seletividade tributária. 4 A finalidade extrafiscal e seletiva do imposto sobre produtos industrializados. 4.1 O IPI como instrumento de intervenção do Estado na economia. 4.2 Análise jurídica do IPI sob os aspectos da extrafiscalidade e da seletividade. 4.3 Uma análise empírica sobre o consumo do álcool, do tabaco e de veículos a partir da perspectiva seletiva e extrafiscal do IPI. 4.3.1 O segmento de veículos. 4.3.2 O segmento do tabaco. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Considerando-se a relevância da tributação como meio de financiamento do Estado, o presente trabalho se propõe a examinar o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) a partir dos seus aspectos jurídico e econômico. Com efeito, além de se constituir em importante fonte de receita do Estado, o imposto possui caráter extrafiscal, pois permite a sua utilização como importante instrumento de intervenção na economia.

A análise jurídica abrangerá todas as características do IPI, sobretudo no que se refere à sua extrafiscalidade e à sua seletividade. Estas atribuições extrapolam a função fiscal dos tributos e viabilizam a ação estatal de intervenção no domínio econômico, ao inibir ou fomentar determinados comportamentos na medida em que estimulam ou desestimulam determinados consumos. Deve ser observado, ainda, que o caráter extrafiscal do tributo permite a supressão dos princípios da legalidade e da anterioridade, à proporção que admite a alteração da alíquota por meio de decreto assinado pelo chefe do Poder Executivo. A seletividade, por sua vez, fundamenta-se no artigo 153, § 3º, inciso I da Constituição Federal, o qual estabelece como parâmetro para a aplicabilidade da alíquota do IPI a essencialidade do produto. Nesse sentido, o trabalho procedeu ao levantamento dos decretos emitidos pelo presidente da República, que alteraram as alíquotas do IPI para veículos e tabaco no período de 2010 a 2016. Tal procedimento justifica-se pela necessidade de se avaliar os efeitos produzidos por tais medidas extrafiscais nestes setores produtivos.

Considerando-se, portanto, que os mecanismos atrelados ao IPI produzem resultados nas esferas econômica e social, far-se-á uma abordagem econômica, com fundamento na Teoria da intervenção do Estado, mediante o acompanhamento do mercado consumidor de veículos, álcool e tabaco no período de 2010 a 2015 em face das alterações do IPI. Em decorrência, este trabalho foi estruturado para apresentar, em uma primeira parte, o tributo como mecanismo de intervenção do Estado na economia por meio das funções clássicas do tributo, quais sejam, a alocação, a redistribuição e a estabilização, com o intuito de justificar essa intervenção; a segunda foi dirigida aos objetivos da extrafiscalidade e da seletividade tributária, o que forneceu o esboço teórico para o objetivo primordial da argumentação, que seria o de validar a finalidade extrafiscal do IP. Para se confirmar as hipóteses expostas, recorreu-se à pesquisa exploratória, com a utilização do método hipotético-dedutivo.

2 O TRIBUTO COMO MECANISMO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Neste tópico expõe-se acerca da dinâmica de mercado ante a atuação ou a omissão do Estado na economia. Deve ser salientada a tradição clássica, doutrina segundo a qual o crescimento econômico prescinde às políticas de estabilização dos ciclos econômicos em detrimento à escola keynesiana, cujas políticas monetárias e fiscais são imprescindíveis ao crescimento econômico (SAMUELSON; NORDHAUS, 2004, p. 564).

Para melhor elucidar o mecanismo de intervenção do Estado na economia, apresenta-se, inicialmente, o conceito da atividade financeira do Estado traduzido na obtenção de recursos econômicos e financeiros para o desempenho de suas atividades, principalmente via tributação. Esta premissa representa o modelo de Estado liberal, cuja atividade financeira restringe-se à cobertura dos dispêndios gerados pela máquina administrativa. O referido modelo, todavia, demonstrou-se incapaz de apontar soluções para a crise econômica decorrente da quebra da bolsa de Nova York em 1929, o que levou à adoção do modelo keynesiano de intervenção do Estado na Economia (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2017, p. 21). Neste modelo, o objeto da tributação extrapola a simples função arrecadatória e passa a contemplar a possibilidade de intervenção no domínio econômico.

É importante salientar a diferenciação de França (2009, p. 6) entre a intervenção do Estado no domínio econômico e a intervenção do Estado sobre o domínio econômico. No primeiro termo, o Estado assume um papel de agente econômico, controlando e gerindo, total ou parcialmente, os meios de produção e/ou troca essenciais a uma atividade econômica em sentido estrito determinada. O segundo, mais assemelhado ao objeto de estudo deste trabalho, encontra-se associado ao papel normativo do Estado, que pressupõe a imposição de comportamentos aos agentes econômicos privados para a concretização da finalidade político-econômica abrigada na Constituição Federal. Nesse aspecto, o autor menciona a seguinte classificação (FRANÇA, 2009, p. 6):

- (a) intervenção por direção, quando o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito, através de normas diretivas;
- (b) intervenção por indução, quando o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados, mediante normas de indução.

O IPI representa, no caso concreto, a possibilidade de intervenção econômica por meio da edição de ato normativo, conforme supraexposto. Isto porque, nas palavras de Paulsen e Melo (2013, p. 93), a Constituição Federal, em artigo 153, § 1º, atenua a legalidade tributária estrita do IPI ao facultar ao Poder Executivo a alteração das alíquotas sem a intermediação do Congresso Nacional. Na verdade, este constitui um dos mecanismos empregados pela política fiscal, no qual o governo, com a finalidade de estimular a atividade econômica, reduz os impostos que, associados à elevação da renda disponível, podem expandir o consumo pessoal e, conseqüentemente, a demanda global (MENDES, 2009, p. 178). Objetiva-se, então, o equilíbrio dos bens e recursos, os quais, em perfeita alocação, alcançam o “Equilíbrio Geral”, obtendo-se a satisfação dos desejos e necessidades dos indivíduos, conciliados por meio da oferta e da demanda (RIANI, 2016, p. 6).

Em contraposição à teoria clássica, segundo a qual “a oferta cria a sua própria procura” (KEYNES, 1973, p. 15), o economista instituiu o postulado de que o nível de emprego em uma economia depende da demanda efetiva, ou seja, da proporção da renda gasta em consumo e investimentos. Em suma, ao Estado como regulador máximo da economia compete, por mecanismos de incentivo, realizar investimentos públicos com viés social, que gerem emprego e renda, de modo a garantir um ciclo virtuoso de crescimento (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2017, p. 24).

Para o estudo em tela, é evidente a intervenção estatal por meio da alteração das alíquotas dos impostos, cuja redução visa, em primeiro momento, a desonerar a cadeia produtiva, criando um estímulo à produtividade de determinado setor. A principal consequência, além da geração de emprego, é o aumento da oferta, a qual, em razão da queda no valor do produto ao consumidor, eleva também a procura, de modo que oferta e demanda estejam em pleno equilíbrio. Em sentido contrário, o Estado pode atuar quando almeja desestimular o consumo de determinados produtos. Nestes casos, a elevação da tributação mostra-se eficiente no sentido de inibir a produtividade, promovendo-se a respectiva queda no consumo, em face da elevação do produto final.

2.1 O conceito de Estado intervencionista

Ferrari (2016, p. 15) define a intervenção estatal como “atuação em área de outrem”, ou seja, em área cuja titularidade de exploração cabe, precipuamente, ao setor privado. A falência do liberalismo, fundado na premissa do *laissez-faire*, ensejou a necessidade de intervenção do Estado em vários setores para prover as necessidades da população. Neste contexto, o Estado de Bem-estar controla, estabelece limites e impõe dire-

trizes à iniciativa privada. e se coloca como distribuidor com o intuito de auxiliar e amparar os menos favorecidos economicamente. De acordo com Silveira Neto (2014, p. 46), a intervenção no domínio econômico pode assumir as mais variadas formas, conforme elencadas a seguir:

- (i) diretamente, por meio de suas empresas públicas, como é o caso da Petrobrás ou do Banco do Brasil. Nesse caso, para alcançar mais rapidamente objetivos de política econômica, o Estado, ao invés de esperar que o setor privado naturalmente ocupe espaços econômicos importantes, antecipa-se a isso e diretamente o faz;
- (ii) indiretamente, por meio da regulação dos mercados. Nesse caso, enxergando que o mercado, desde que estimulado, pode rapidamente ocupar determinados espaços econômicos, o Estado, via disciplina jurídica do ambiente econômico, induz o setor privado a tomar determinadas ações. Ou ainda;
- (iii) por meio da sua atividade financeira, mais precisamente, por meio do manejo direcionado da relação arrecadação-orçamento-dispêndio. Nesse caso, as finanças públicas do Estado não se limitam somente a cumprir suas funções burocráticas junto à sociedade, mas também a agir sobre o domínio econômico, mais especificamente sobre o setor privado, com o escopo de direcioná-lo ao alcance do bem comum.

O presente estudo abrange as funções regulatórias e regulamentares do Estado, detalhadas no item (ii) da citação anterior. A primeira função inclui a utilização dos mecanismos da macroeconomia, a exemplo da “lei de oferta e de procura”, para promover a correção das distorções de mercado, enquanto a segunda restringe-se à edição de leis ou atos normativos em geral, sendo abordado, neste estudo, a edição de decretos do Poder Executivo com vistas à alteração da alíquota do IPI.

As formas de intervenção do Estado na economia, apontadas anteriormente, servem para elidir as falhas do sistema de mercado, assim elencadas por Riani (2016, p. 28):

- Indivisibilidade do produto: classificados como bens puros, por suas características só podem ser oferecidos pelo governo;
- custos de produção decrescentes e mercados imperfeitos: economias de escala, que promovem o decréscimo do custo de produção, e conseqüentemente a concentração de mercado (oligopólio, monopólio e competição monopolística);
- riscos e incertezas na oferta dos bens: decorre da falta de conhecimento do mercado, e, por conseguinte, a dificuldade de se obter alocação ótima de acordo com a preferência da sociedade e os interesses dos produtores.

Vasconcellos (2015, p. 104) acrescenta ainda, ao rol das falhas de mercado, a externalidade: quando o consumo ou a produção de determinado bem ou serviço produz efeitos colaterais, gerando custos superiores aos benefícios. Em virtude das falhas de mercado, conforme detalhamento supra, o Estado dispõe de mecanismos para amenizá-las e, por conseguinte, alcançar maior nível de bem-estar à população. Considerando-se o escopo do presente trabalho, relativo à intervenção do Estado na economia por meio da atividade financeira, passa-se à análise do Estado intervencionista, com ênfase nas funções alocativa, distributiva e estabilizadora, consideradas como a base da teoria econômica clássica do tributo (FALCÃO, 2012, p. 125).

2.2 A função alocativa

Segundo Vasconcellos (2015, p. 410), a função alocativa do governo está associada ao fornecimento de bens e serviços não oferecidos adequadamente pelo sistema de mercado na produção ou consumo de certos bens e serviços. Esta função do governo atua, sobretudo, no mercado de bens públicos, aqueles indivisíveis.

Além de assumir o mercado de bens e serviços, cuja indivisibilidade dos produtos inviabilize os investimentos do setor privado, Riani (2016, p. 28) enumera formas pelas quais o governo assegura a alocação dos recursos de forma indireta, ou seja, induzindo a oferta pelo setor privado:

- o governo poderá alocar diretamente recursos na produção e oferta dos bens. Por exemplo, os serviços de defesa nacional e segurança pública são os mais próximos desse caso;
- o governo poderá adquirir os produtos de empresas privadas e oferecê-los à sociedade. Exemplo: medicamentos, merenda escolar, etc.;

– através de subsídios e incentivos diversos o governo poderá induzir o setor privado a investir recursos na produção, o que não aconteceria sem a sua interferência. Nesses casos os bens e serviços seriam produzidos e vendidos no mercado pelo setor privado; e– o governo poderá investir recursos na instalação de empresas públicas com o objetivo de gerar e/ou produzir bens e serviços necessários e não oferecidos pelo setor privado. Esses casos enquadram-se na produção de bens econômicos por parte do governo, ou seja, esses bens seriam vendidos no mercado.

Na realidade, a utilização de decreto para alterar a alíquota do IPI, por parte do Poder Executivo, não se enquadra em nenhuma das hipóteses anteriormente arroladas, porquanto, não obstante este mecanismo ser considerado uma forma de intervenção do Estado na economia, caracteriza-se pela interferência indireta, analisando-se as referidas hipóteses.

Ademais, a função alocativa do Estado pode ser ampliada para abranger a função distributiva (trabalhada no tópico a seguir) nos seguintes moldes: externa (ou política), por meio de políticas sociais voltadas aos segmentos assistidos, e interna (ou administrativa), que se executa por intermédio dos orçamentos públicos, na distribuição dos meios financeiros entre entes e órgãos (MOREIRA NETO, 2005, p. 15).

No que diz respeito à execução do orçamento, pode o Estado diminuir a alíquota de determinado imposto, renunciando à receita, para estimular o segmento produtivo que alcance parcela menos favorecida da população em detrimento àquela de maior poder aquisitivo. No sentido inverso, o Estado pode promover a justiça social, aumentando a alíquota de determinado imposto, cuja incidência seja em desfavor de certo setor produtivo, composto por parcela privilegiada da população.

2.3 A função redistributiva

Vasconcellos (2015, p. 321) acentua a política fiscal como um dos principais mecanismos do governo para promover a distribuição de renda. Todavia, a premissa supracitada, todavia, pode aparentar um paradoxo, uma vez que “não somos habituados a considerar o Estado como distribuidor de riqueza entre os seus cidadãos, mas como um distribuidor de encargos, em forma de tributação”.

Em que pese suposta contradição, ante o caráter oneroso dos tributos em desfavor do contribuinte, na atualidade o governo tem se utilizado da política fiscal para promover os princípios da justiça distributiva e da igualdade, por meio da análise da capacidade econômica do contribuinte como critério para graduação das alíquotas. Assim estabelece o artigo 145, § 1º da Constituição Federal (BRASIL, 2017):

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – impostos;

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Sobre o assunto em tela, Yamashita (2014, p. 54) afirma que a Constituição Federal não somente proibiu certos critérios de comparação, mas também elegeu, segundo dispositivo supracitado, como critério de comparação a capacidade contributiva, a qual também se ampara no princípio constitucional do Estado Social, que garante a cada cidadão o mínimo existencial, seja transferindo aos cidadãos necessitados os recursos que eles precisam para a existência, seja como Estado Tributário, deixando aos contribuintes pelo menos um mínimo existencial. Na prática, Riani (2016, p. 38) elenca algumas formas pelas quais o Estado aplica sua função redistribuidora, quando: destina as cargas tributárias mais elevadas para as camadas mais ricas da sociedade; cria mecanismos adequados de transferências de renda pessoal e regional; institui subsídios e incentivos que diminuem o custo de acesso a certos bens e serviços; cria leis regulatórias de proteção a um salário mínimo de subsistência; dá proteção tarifária e aplica gastos públicos em atividades que permitam a utilização dos bens e serviços por uma camada da sociedade carente de recursos para obter esses bens no mercado privado.

O mercado automotivo constitui um importante exemplo da distribuição de renda promovida pelo Estado. A redução da alíquota do IPI produz um efeito cascata, quando desonera os meios de produção e diminui o preço final ao consumidor. Nesse sentido, aumentam-se as possibilidades de as classes média e baixa adquirirem um veículo.

2.4 A função estabilizadora

A função estabilizadora utiliza-se dos instrumentos macroeconômicos para manter certo grau de utilização dos recursos e estabilizar o valor da moeda. Segundo Vasconcellos (2015, p. 322), objetiva-se alterar o comportamento dos níveis de preços e emprego, pois o pleno emprego e a estabilidade dos preços não ocorrem de maneira automática na economia.

Riani (2016, p. 39) ressalta a relevância desta função em períodos de crise econômica, porquanto, quando o desemprego prevalece, o governo aumenta a demanda no mercado, elevando seus gastos ou diminuindo seus tributos, realocando a produção no pleno emprego. Por outro lado, se há inflação, o governo pode reduzir o patamar da demanda no mercado, ajustando seus gastos e tributos, reduzindo assim a demanda e os preços.

Esta função foi objeto do estudo empírico de Salomão (2014, p. 47), o qual discorreu acerca da intervenção estatal em momento de crise econômica no período de 2008 a 2013, quando, visando a alavancar a indústria automobilística no Brasil, importante segmento produtivo no cenário econômico nacional, reduziu-se a alíquota do IPI. Como resultado da desoneração tributária, demonstrou-se, por meio de dados estatísticos, que a redução nos custos de produção elevou a demanda por veículos, e, no plano macroeconômico, garantiu a manutenção de cerca de 1,5 milhões de vagas de trabalho diretas, assim como a manutenção de um setor que representa 6,5% de todo o Produto Interno Bruto brasileiro.

3 OS OBJETIVOS DA EXTRAFISCALIDADE E DA SELETIVIDADE TRIBUTÁRIA

Decorridas as análises concernentes à função precípua da política fiscal de arrecadação de recursos em face das despesas da máquina administrativa, propõe-se a apreciação do caráter extrafiscal do tributo, em razão da essencialidade do produto sobre o qual incide o ônus. De acordo com Ferraz, Godoi e Spagnol (2017, p. 21), a função arrecadatória pode ser relegada a segundo plano quando o objetivo for induzir o comportamento do particular, a exemplo do ITR progressivo para propriedades improdutivas, ou o controle da atividade econômica, exemplificado pelo aumento da alíquota do IOF para conter uma explosão de consumo.

O caráter extrafiscal inerente a determinados tributos tem amparo constitucional no artigo 153, § 1º. Na verdade, excepciona-se à participação do Congresso Nacional na alteração da alíquota, concedendo ao chefe do Poder Executivo autonomia para fixá-la por meio de decreto. A Constituição Federal, neste aspecto, flexibilizou os princípios da legalidade e da anterioridade, atribuídos aos tributos. Segue citação do referido dispositivo constitucional (BRASIL, 2017):

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

- I – importação de produtos estrangeiros;
- II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
- III – renda e proventos de qualquer natureza;
- IV – produtos industrializados;
- V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
- VI – propriedade territorial rural;
- VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

Diante do exposto, salienta-se o motivo pelo qual a Constituição Federal concede a extrafiscalidade a alguns impostos: o princípio da seletividade, também estabelecido na Constituição Federal, no seu artigo 153, § 3, inciso I, conforme segue (BRASIL, 2017):

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

IV – produtos industrializados;

[...]

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

I – será seletivo, em função da essencialidade do produto;

[...].

A seletividade leva à aplicação de alíquotas diferenciadas segundo o tipo de produto objeto da tributação. O critério utilizado para a escolha das alíquotas foi fixado pelo artigo 153, § 3º, inciso I da Constituição Federal (supramencionado), a saber, a essencialidade do produto. Conforme estudado anteriormente, na função redistributiva do Estado o princípio da seletividade atende ao princípio da capacidade contributiva quando onera a carga tributária de produtos supérfluos (adquiridos por consumidores de maior poder aquisitivo) e minimiza os efeitos da tributação sobre produtos indispensáveis/essenciais aos indivíduos de baixa capacidade contributiva (PAULSEN; MELO, 2013).

Evidencia-se, assim, a classificação dos produtos cujas alíquotas podem ser aplicadas consoante o princípio da seletividade (VALLE, 2013).

a) bens de primeira necessidade, dos quais precisam todos, mas que são os únicos produtos ao alcance daqueles que se mantêm no nível mínimo de subsistência; b) bens não necessários, que são consumidos por um número bastante grande de pessoas, que vivem em diversos graus de escala econômica, porém todos acima do nível mais baixo; c) artigos de luxo, disponíveis, principalmente, para as pessoas em nível mais elevado de bem-estar.

Além de considerar a capacidade do contribuinte, a extrafiscalidade e a seletividade são mecanismos estimuladores ou inibidores de comportamento (consumo). Neste ponto, Paulsen e Melo (2013) mencionam a tributação dos cigarros, cujo objetivo é desestimular o consumo por motivos de saúde. Vale mencionar, no sentido contrário, a redução da alíquota do IPI, incidente sobre veículos automotores, no intuito de elevar o consumo.

4 A FINALIDADE EXTRAFISCAL E SELETIVA DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

Superada a análise geral acerca da intervenção do Estado na economia, aborda-se, na presente seção, o Imposto sobre Produtos Industrializados, sob a perspectiva empírica.

Segundo Ribeiro (2013, p. 123), o IPI constitui imposto de competência federal, e sua existência remonta à Constituição de 1934, a qual foi também estabelecida na Constituição Federal de 1988, no artigo 153, inciso IV, com os acréscimos no § 3º, introduzidos pela Emenda Constitucional EC nº 42/03. Além da Constituição Federal, menciona-se a legislação correlata ao IPI, a saber, Lei nº 4.502/1964 (Lei instituidora), artigos 46 a 51 do Código Tributário Nacional, os quais estabelecem normas gerais do tributo, e Decreto nº 7.212/2010, que regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do imposto.

A seguir, tem-se a apreciação do IPI sob o enfoque da regra matriz de incidência tributária, na qual se adotam os critérios da hipótese (material e espacial) e da consequência (sujeitos ativo/passivo e quantitativo – base de cálculo e alíquota).

No que concerne ao critério material, relativo ao fato que enseja a incidência do IPI, evidencia-se que o mesmo recai sobre qualquer produto decorrente do processo de industrialização, mencionando-se, neste contexto, os dizeres de Paulsen e Melo (2013, p. 90), que, assim, delimitaram a incidência do imposto:

[...] o IPI incide nas operações de que participa o industrial que industrializou o produto, mas não na venda por comerciante ao consumidor. Não basta, portanto, que o produto objeto do negócio jurídico tenha sido industrializado em algum momento, mas que se tribute a própria produção quando ela acontece. Na venda de produto por comerciante, temos apenas o comércio, a circulação de mercadoria. A fase de produção, de industrialização, é anterior.

O critério espacial, pertinente ao local onde ocorreu o fato supradescrito, encontra-se evidenciado no *caput* do artigo 153 da Constituição Federal, o qual estabelece que “*compete à União instituir impostos [...]*”, que arrola no inciso IV o IPI, presumindo-se que incide o IPI sobre o fato gerador ocorrido no território da União. Ademais, o artigo 46 do CTN descreve o momento segundo o qual há incidência da exação em comento:

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I – o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II – a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III – a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

No que diz respeito aos critérios de consequência, quais sejam, sujeitos ativo e passivo, considera-se sujeito ativo a União, que institui e fiscaliza a cobrança do imposto por meio de seus órgãos e, sujeito passivo, o contribuinte, pois sobre este recai o ônus da tributação. Neste sentido, o artigo 51 do CTN enumera em rol taxativo os contribuintes do IPI:

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

I – o importador ou quem a lei a ele equiparar;

II – o industrial ou quem a lei a ele equiparar;

III – o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;

IV – o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante (BRASIL, 2017).

Por fim, também incluído nos critérios de consequência, menciona-se o aspecto quantitativo do tributo, sobre o qual advém a base de cálculo e a alíquota. Sobre o primeiro, a base de cálculo, o artigo 47 do CTN estabelece-o em rol taxativo; o segundo, atinente à alíquota, conforme mencionado exaustivamente no decorrer deste estudo, estabelece-se por meio de Decreto, emitido pelo chefe do Poder Executivo, o que não obsta a fixação pelas vias ordinárias, ou seja, pelo Poder Legislativo.

Art. 47. A base de cálculo do imposto é:

I – no caso do inciso I do artigo anterior, o preço normal, como definido no inciso II do artigo 20, acrescido do montante:

a) do imposto sobre a importação;

b) das taxas exigidas para entrada do produto no País;

c) dos encargos cambiais efetivamente pagos pelo importador ou dele exigíveis;

II – no caso do inciso II do artigo anterior:

a) o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria;

b) na falta do valor a que se refere a alínea anterior, o preço corrente da mercadoria, ou sua similar, no mercado atacadista da praça do remetente;

III – no caso do inciso III do artigo anterior, o preço da arrematação.

Dadas as considerações iniciais pertinentes ao IPI, procede-se a análise das peculiaridades deste imposto, ante a possibilidade de intervenção do Estado na Economia.

4.1 O IPI como Instrumento de Intervenção do Estado na Economia

O IPI excepciona-se ao princípio da anterioridade de exercício intrínseco à maioria dos impostos, porque permite a cobrança do imposto no mesmo exercício em que foi editada a Lei que alterou sua alíquota. Este é o caráter extrafiscal do tributo, ao qual Torres (2007, p. 177) atribui a responsabilidade pela regulação do mercado, pelo desenvolvimento de certas atividades e pela inibição de consumos.

Assim, a exceção ao princípio da anterioridade, associada à mitigação ao princípio da legalidade, a qual concede, ao chefe do Poder Executivo, a faculdade de alterar a alíquota do IPI sem a participação do Congresso Nacional, constituem fatores que possibilitam a interferência do Estado na produção econômica, na medida em que estimulam ou inibem o consumo de determinados produtos.

No âmbito jurídico, o caráter extrafiscal do IPI compõe o Estado Democrático de Direito eleito na Constituição Federal, a qual estabelece valores e objetivos que necessitam ser instituídos por meio de políticas públicas. Neste contexto, a tributação é um instrumento por meio do qual o Estado concretiza as diretrizes constitucionais.

No contexto econômico, a explanação de Chiesa (2013, p. 187) evidencia a função extrafiscal do tributo como instrumento de intervenção na economia:

A extrafiscalidade, portanto, caracteriza-se pelo uso de instrumentos jurídicos-tributários para induzir comportamentos, estimulando-os ou os desestimulando, detendo o agente político liberdade de escolha sobre o modo como irá utilizá-los e sobre quais valores postos na Constituição pretenderá realizar ou implementar, por meio da tributação, desde que não seja o valor “essencialidade”, já que para este não há liberdade para o Estado implantar ou não uma política fiscal seletiva, mas imposição da Constituição que seja realizada pela seletividade.

Da citação supra depreende-se que a seletividade é um princípio norteador, e se sujeita o IPI, especialmente quando considerado na função extrafiscal. Isso porque quando o Poder Executivo exerce a faculdade de alteração das alíquotas do IPI, o faz em razão da essencialidade dos produtos.

4.2 Análise Jurídica do IPI sob os aspectos da extrafiscalidade e da seletividade

No presente subtítulo evidencia-se o caráter extrafiscal do IPI à luz do princípio da seletividade, transpondo-a para os segmentos “veículos” e “tabaco”, com o escopo de demonstrar, de forma quantitativa, a relevância destes produtos no mercado de consumo brasileiro.

Para o estudo em tela, a abordagem de séries históricas, relacionadas à aquisição de veículos e tabaco, é estratégica. Quanto ao primeiro – veículos –, evidencia-se o estudo de Salomão (2014, p. 20), segundo o qual o mercado automotor foi objeto de interferência do governo no período da crise de 2008, em razão de sua relevância na economia brasileira, por representar um percentual de 6,5% do Produto Interno Bruto brasileiro. Nesse contexto, o mencionado autor enumerou os impactos da crise econômica no setor automotivo, quais sejam:

(i) a redução na concessão de créditos, devido à instabilidade macroeconômica mundial, dificultando, dessa forma, o financiamento de automóveis; e (ii) o aumento do dólar, fator que elevou o valor do automóvel importado, além de indiretamente, elevar o valor do automóvel nacional. Segundo o site GLOBO.COM, “o câmbio, que estava em cerca de R\$ 1,60 em agosto de 2008, chegou cerca de R\$ 2,40 em dezembro do mesmo ano”. Diante da crise no mercado, o setor automotivo necessitava de uma ação governamental para evitar o colapso.

A segunda abordagem, no segmento do tabaco, traz uma clara representação do princípio da seletividade, cujo critério para a escolha da alíquota do IPI, por parte do chefe do Poder Executivo, é a essencialidade do produto. Neste aspecto, é importante ampliar o conceito de essencialidade do produto associado à perspectiva da *elasticidade-preço* condicionada às variações da carga tributária (VASQUES, 2005):

Se o aumento percentual no preço de um bem provoca uma quebra percentualmente superior na quantidade procurada, diz-se que a procura é elástica – significa isso que, dentro de certo intervalo, qualquer aumento do preço induzido pelo imposto tem como resultado último a diminuição na receita angariada. Se o aumento per-

centual no preço de um bem provoca uma quebra percentualmente idêntica na quantidade procurada, a elasticidade da procura diz-se unitária, significando isso que dentro de certo intervalo, a receita tributária se mantém a mesma, qualquer que seja o peso do imposto. Se o aumento percentual no preço de um bem provoca uma quebra percentualmente inferior na quantidade procurada, a procura diz-se rígida. Significa isso que dentro de certo intervalo qualquer aumento do preço induzido pelo imposto gera um aumento da receita angariada.

Ainda, quanto aos efeitos da tributação seletiva, Vasques (2005) reforça que “os impostos especiais de consumo podem rever um caráter predatório do bem, podendo o legislador voltar-se contra os hábitos de consumo a que os contribuintes não podem escapar”. Aplica-se esta questão ao caso do tabaco, uma vez já conhecidos os efeitos nocivos deste aos usuários. Outro exemplo prático seria aquele aludido por Samuelson e Nordhaus (2004, p. 272), quando consideram a possibilidade de utilizar-se do mecanismo da tributação para conter externalidades indesejáveis, a exemplo da aplicação de um “imposto sobre o carbono”, visando à redução da emissão de gases.

Além da essencialidade, há de se ponderar a *elasticidade* dos produtos na escolha do mercado, que se constituirá objeto da política econômica, ou seja, é mais conveniente a escolha daqueles bens considerados mais *elásticos*. A elasticidade, termo utilizado nas ciências econômicas, muito se assemelha ao princípio da seletividade. Este analisa o produto sob a perspectiva de sua essencialidade, ou seja, os produtos imprescindíveis, a exemplo dos remédios, que não podem ter suas alíquotas majoradas, ao contrário das bebidas, cigarros e refrigerantes, que, por não serem essenciais, devem ter suas cargas tributárias aumentadas para, inclusive, desestimular o consumo. Neste ponto, Coêlho (2008, p. 507) frisa que o legislador não é apto a declarar a essencialidade ou não essencialidade de determinado produto. Não compete ao Poder Legislativo a fixação de alíquota. Neste caso, a responsabilidade recai sobre o Poder Executivo, o qual, dentro dos limites fixados em lei e por meio de ato administrativo, determina o percentual de incidência do IPI. Esta atribuição ao chefe do Executivo, concedida pela Constituição e pelo CTN, foi instituída para viabilizar o ajuste da política industrial do país.

No tocante à *elasticidade*, convém salientar a premissa estabelecida por Wessels (2010, p. 456), segundo a qual “a carga da tributação cai sobre aqueles cuja demanda ou oferta for mais inelástica”. A carga tributária incidente sobre o mercado imobiliário, sobretudo propriedades rurais, exemplifica perfeitamente esta tese, uma vez que as interferências neste mercado não produzem mudanças imediatas quando comparadas aos efeitos no mercado de bens e serviços.

Em sentido inverso à mencionada premissa, a extrafiscalidade do IPI é mais utilizada quando se trata de produtos mais *elásticos*, ou seja, aqueles cuja reação dos consumidores às variações do preço final, seja maior. Em outras palavras, quando se adota uma política econômica expansionista, com o objetivo de geração de emprego, produto e renda, a diminuição da carga tributária desonera todo o ciclo produtivo, viabilizando o consumo em razão da queda do preço no bem final. Como consequência da expansão da demanda, exige-se do fornecedor maiores quantidades de produtos, forçando um acréscimo na mão de obra, alterando-se o cenário econômico naquele segmento produtivo no qual houve intervenção direta do Estado.

4.3 Uma análise empírica sobre o consumo do álcool, do tabaco e de veículos a partir da perspectiva seletiva e extrafiscal do IPI

Dadas as exposições teóricas acerca da extrafiscalidade e seletividade do IPI, apostos ao mercado de veículos e tabaco, propõe-se, nesta seção, a análise quantitativa destes mercados, demonstrando-se, por meio de dados estatísticos, os efeitos da aplicação dos mecanismos de intervenção do Estado na economia. Dessa forma, seguem os subtópicos “veículos” e “tabaco”.

4.3.1 O segmento de veículos

Conforme mencionado no decorrer deste trabalho, o mercado automobilístico compõe um importante setor da economia brasileira, tanto na composição do PIB quanto na geração de emprego e renda. Isso explica as inúmeras medidas executadas pelo governo federal com vistas à alavancagem do setor. Nesse sentido, considerando-se o período abordado, de 2010 a 2015, o Poder Executivo alterou inúmeras vezes a alíquota do IPI, mediante decreto que estabeleceu as alíquotas de IPI incidentes sobre determinados produtos, os quais recebem uma classificação numérica na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (Tipi).

A citada tabela classifica os “Automóveis de passageiros e outros veículos automóveis principalmente concebidos para transporte de pessoas, incluindo os veículos de uso misto e os automóveis de corrida”, no código 8703. Este código se subdivide consoante as particularidades do automóvel. Como objeto para análise deste trabalho, toma-se como parâmetro o código 8703.21.00, relativo aos automóveis de passageiros cujas cilindradas não sejam superiores a mil centímetros cúbicos, popularmente conhecidos como carros de motor 1.0.

Esta escolha é didática e visa a se compatibilizar com os dados dos “emplacamentos” de veículos disponibilizados pela Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores – Fenabreve, que assim classifica os veículos: A) Autos; B) Com. Leves; C) Caminhões; D) Ônibus; E) Motos; F) Impl. Rod.; Outros; e Máq. Agrícolas.

Embora se tenha observado, no período analisado, que as alterações das alíquotas do IPI, incidiram na mesma proporcionalidade sobre os veículos cuja potência do motor seja superior a 1.0 (classificados no código 8703.22 da TIPI como automóveis cuja cilindrada seja superior a 1.000 centímetros cúbicos, mas não superior a 1.500 centímetros cúbicos), o presente estudo restringe-se aos veículos classificados no código 8703.21.00, por corresponderem aos dados de emplacamentos da Fenabreve, classificados no item A) Autos.

Desse modo, segue o histórico de variação da alíquota do IPI do período de 2010 a 2015, cujos dados, pertinentes às alíquotas, advêm das informações contidas no trabalho de Salomão (2014, p. 22-29); do levantamento dos Decretos editados pelo Presidente da República bem como das notícias veiculadas por meio do portal da GLOBO.COM.

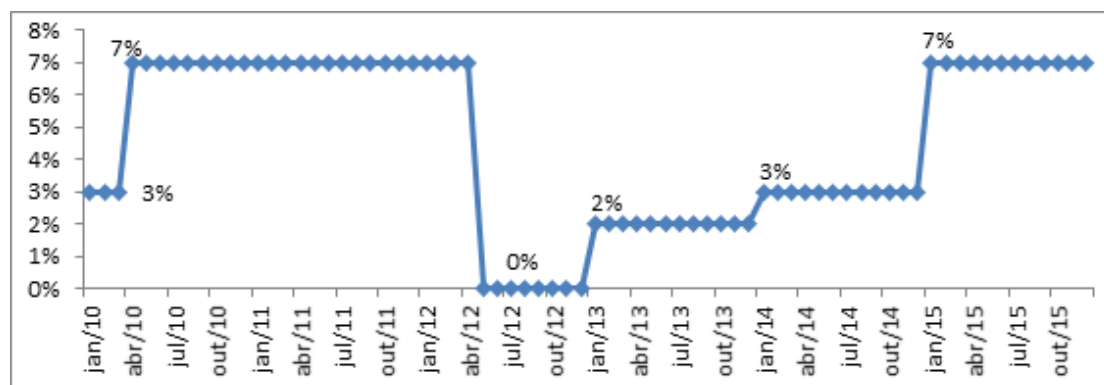
As variações das alíquotas do IPI, incidentes sobre os veículos classificados no código 8703.21.00, serão demonstradas primeiramente na Tabela 1, quando se discrimina o período com a respectiva alíquota vigente, e, posteriormente, o Gráfico 1 expõe os mesmos valores em forma de figura, de modo a facilitar a visualização das variações ao leitor.

Tabela 1 – Percentual de IPI incidente sobre veículos classificados no código 8703.21.00 da Tipi, do período de 2010 a 2015

Período de vigência	Alíquota do IPI
Janeiro, fevereiro e março de 2010	3%
Abril a dezembro de 2010	7%
Exercício de 2011	7%
Mai a dezembro de 2012	0%
Janeiro a dezembro de 2013	2%
Exercício de 2014	3%
Exercício de 2015	7%

Fonte: Salomão (2014, p. 22-29), Decretos do Poder Executivo (Palácio do Planalto, 2017) e notícias (GLOBO.COM, 2017).

Gráfico 1 – Percentual de IPI incidente sobre veículos classificados no código 8703.21.00 da Tipi, do período de 2010 a 2015



Fonte: Salomão (2014, p. 22-29); Decretos do Poder Executivo (Palácio do Planalto, 2017); e notícias (GLOBO.COM, 2017).

Para se mensurar a efetividade das medidas adotadas pelo governo federal, confrontam-se os seguintes dados: alíquota do IPI vigente e emplacamentos de veículos, aplicando-se a seguinte metodologia:

De acordo com o Gráfico 1, depreende-se que os cinco anos adotados para análise podem ser divididos em seis grupos, consoante o percentual de IPI aplicado.

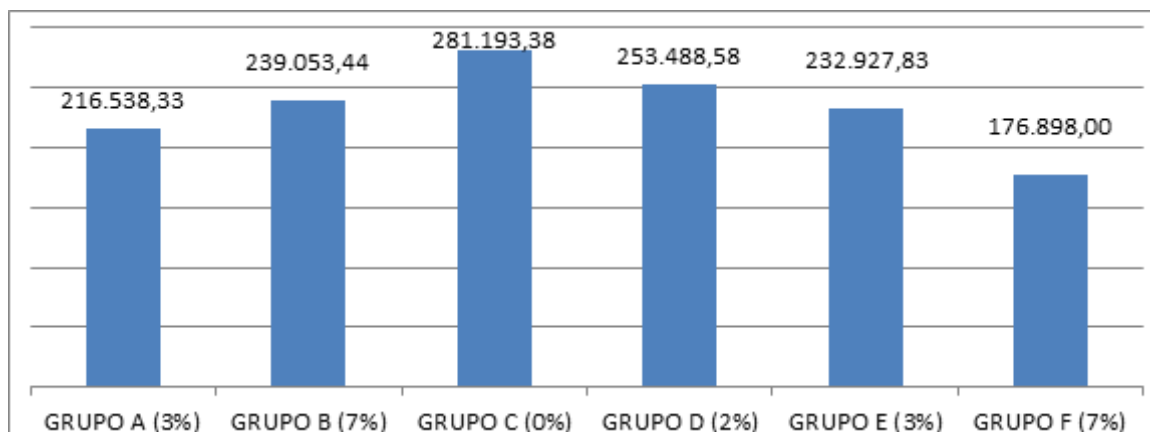
Tabela 2 – Percentual de IPI incidente sobre veículos classificados por Grupos

Grupos	Período	Alíquota IPI
GRUPO A	janeiro a março de 2010	3%
GRUPO B	abril de 2010 a abril de 2012	7%
GRUPO C	maio a dezembro de 2012	0% (isenção)
GRUPO D	janeiro a dezembro de 2013	2%
GRUPO E	janeiro a dezembro de 2014	3%
GRUPO F	janeiro a dezembro de 2015	7%

Fonte: Salomão (2014, p. 22-29); Decretos do Poder Executivo (Palácio do Planalto, 2017); e notícias (GLOBO.COM, 2017).

Para os seis grupos será feita a média aritmética da quantidade de veículos emplacados, possibilitando-se a comparação entre os quantitativos de emplacamentos efetuados em razão de cada alíquota de IPI aplicada, conforme Gráfico 2, que segue.

Gráfico 2 – Quantitativo de veículos emplacados em razão das diferentes alíquotas de IPI aplicadas no período de 2010 a 2015



Fonte: FENABRAVE (2017).

No gráfico 2 avaliou-se as vendas de veículos em virtude das alterações da alíquota do IPI no período de 2010 a 2015, considerando-se constantes outras variáveis, como qualidade do produto e renda do consumidor, em latim *Ceteris Paribus*.

Da análise dos dados supra, depreende-se que a alíquota de IPI aplicada e a quantidade de veículos vendida, apresentaram-se inversamente proporcionais, ou seja, quanto menor a alíquota do IPI, maior o consumo de veículos, destacando-se o período no qual vigorou a isenção do IPI (alíquota 0%), cujo consumo atingiu o ápice no período analisado (281.193,38 emplacamentos).

Excetua-se o Grupo A, no qual os resultados dos emplacamentos foram inferiores quando comparados aos outros grupos, cujas alíquotas foram superiores ao percentual de 3% aplicado ao Grupo A. Merece se considerar, todavia, o contexto no qual foi fixada essa alíquota de 3%: até setembro de 2009, como resultado do Decreto nº 6.809/09 prevalecia a isenção (0%) de alíquotas do IPI em favor dos veículos zero mil cilindradas (cm³), posto que, a partir de outubro, as alíquotas foram sendo ajustadas paulatinamente, chegando ao percentual de 3% em janeiro de 2010. Para o período em questão, janeiro a março de 2010, portanto, a alíquota

do IPI estava alta, quando comparada ao exercício anterior, 2009, cuja alíquota prevalecente entre janeiro a setembro foi de 0%. Isso constituiu um fator psicológico que influenciou o comportamento do consumidor, desestimulando o consumo no período do Grupo A.

Em contrapartida, vale salientar o aumento do consumo no grupo seguinte, Grupo B, que, a despeito da alíquota de IPI elevada, de 7%, o número de emplacamentos subiu num percentual de 9,41%, comparado ao Grupo A. Neste contexto, a ausência de previsão para a redução das alíquotas de IPI estimulou o consumo daqueles que já tinham a intenção de adquirir um veículo.

Nos demais grupos, o aumento da procura por veículos, em decorrência da medida extrafiscal do governo de redução da alíquota do IPI, evidencia a elevada elasticidade dos veículos, que pode ser atribuída à essencialidade do bem. Neste ponto, o aumento da população, associado à respectiva expansão das cidades e à precariedade do sistema de transporte coletivo, tornam-se fatores imprescindíveis para a aquisição de veículo de uso particular, visando à maior mobilidade e à conseqüente autonomia aos indivíduos (LUZ *et al.*, 2014, p. 395).

Diante do exposto, conclui-se que as ações do governo produziram resultados diretos e imediatos no mercado de veículos, porquanto, restou demonstrado, por meio de dados estatísticos, que a redução das alíquotas do IPI, por meio de decretos do Poder Executivo, elevou as vendas de veículos a patamares consideráveis, consoante a alíquota aplicada.

4.3.2 O segmento do tabaco

O tabaco constitui-se o principal insumo na produção de cigarros. Por este motivo, analisa-se, neste subitem, o consumo de cigarros ao longo do período de 2012 a 2016, em razão da alíquota de IPI incidente.

Convém salientar a adoção de período diferenciado daquele utilizado na análise do mercado consumidor de veículos, em virtude do advento da Lei nº 12.546/11, que estabeleceu novo regime de tributação a partir de dezembro de 2011, motivo pelo qual os dados da pesquisa abrangerão o período de 2012 a 2016.

O portal eletrônico do Instituto Nacional do Câncer – Inca (INCA, 2017), órgão auxiliar do Ministério da Saúde, assim diferencia os dois regimes de tributação instituídos – o geral e o especial:

A regra geral de tributação do IPI estabelece que o mesmo será calculado utilizando-se de uma alíquota ad valorem de 300% aplicada sobre 15% do preço de venda a varejo dos cigarros, resultando em uma alíquota efetiva de 45% sobre o preço de venda. A carga tributária total sobre os cigarros fica em 81%, sendo 45% de IPI, 11% de PIS/Cofins e 26% de ICMS. Caso o fabricante ou importador de cigarros opte pelo regime especial de apuração e recolhimento do IPI, o valor do imposto será obtido pelo somatório de 2 (duas) parcelas, sendo um *ad valorem*, calculada da mesma forma que o regime geral, e outra específica, de acordo com o tipo de embalagem (maço ou box).

Na Tabela a seguir expõem-se as alíquotas do IPI aplicadas ao cigarro, discriminadas pelos dois regimes de tributação mencionados, do período de dezembro de 2011 a dezembro de 2016, de acordo com os dados da Receita Federal – Ministério da Fazenda.

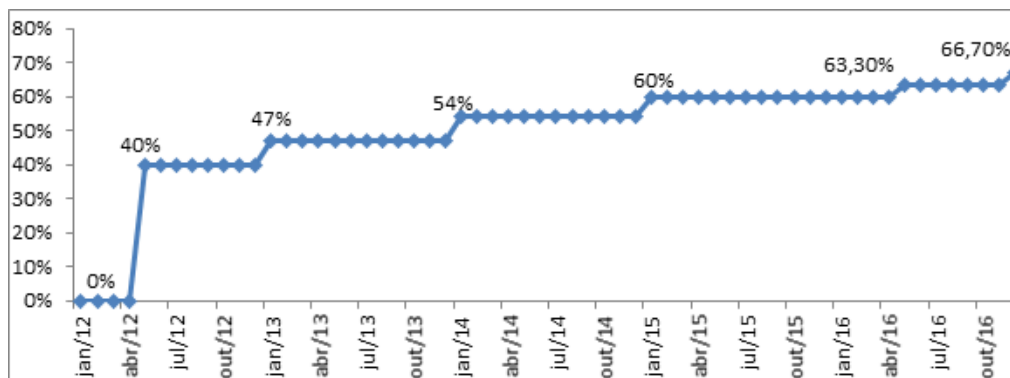
Tabela 3 – Percentual de IPI incidente em cigarros no período de dezembro de 2011 a dezembro de 2016

Vigência	Alíquotas		
	Ad Valorem	Específica	
		Maço	Box
1/12/2011 a 30/4/2012	0%	R\$0,80	R\$1,15
1/5/2012 a 31/12/2012	40,0%	R\$0,90	R\$1,20
1/1/2013 a 31/12/2013	47,0%	R\$1,05	R\$1,25
1/1/2014 a 31/12/2014	54,0%	R\$1,20	R\$1,30
1/1/2015 a 30/4/2016	60,0%	R\$1,30	R\$1,30
1/5/2016 a 30/11/2016	63,3%	R\$1,40	R\$1,40
A partir de 1º/12/2016	66,7%	R\$1,50	R\$1,50

Fonte: (RFB, 2017).

Para a análise do mercado consumidor de cigarros, em razão das alíquotas do IPI, adota-se a metodologia da Organização Mundial de Saúde, cuja fórmula é: Produção de cigarros – Exportação de cigarros + Importação de cigarros (INCA, 2017). Desse modo, serão utilizados os dados de “produção”, “exportação” e “importação” de fumo, disponíveis no Ipeadata, com periodicidade mensal, e unidade de medida *quantum*, motivo pelo qual se aplica a alíquota *ad valorem*, conforme o Gráfico 3, que demonstra a variação dos percentuais de IPI incidentes do período de 2011 a 2016.

Gráfico 3 – Percentual de IPI incidente sobre o fumo no período de 2012 a 2016



Fonte: (RFB, 2017).

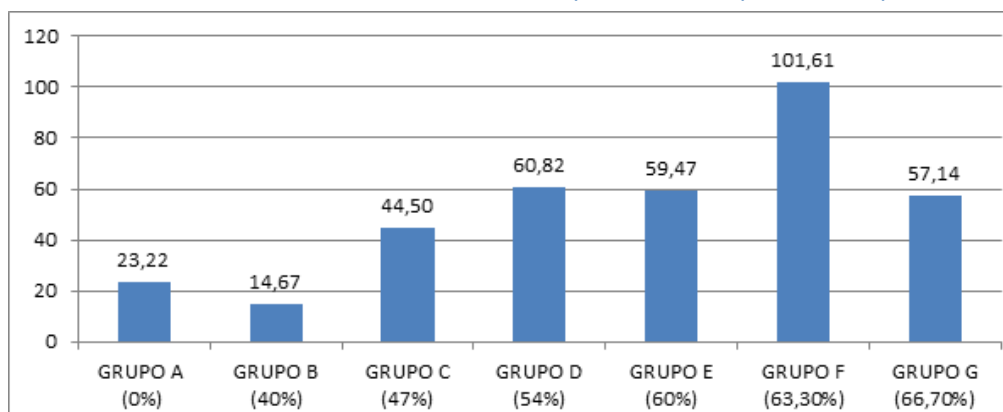
Como forma de análise, adota-se idêntico critério aplicado ao mercado consumidor de veículos, qual seja, divide-se o período de 2012 a 2016 em sete grupos, consoante a variação da alíquota do IPI (Tabela 4), para, posteriormente, se estabelecer o comparativo de consumo entre os períodos, que será obtido por meio da média aritmética do consumo de cada grupo (Gráfico 4).

Tabela 4 – Percentual de IPI incidente sobre o fumo classificados por Grupos no período de 2012 a 2016

Grupos	Período	Alíquota IPI
GRUPO A	janeiro a abril de 2012	0%
GRUPO B	maio a dezembro de 2012	40%
GRUPO C	janeiro a dezembro de 2013	47%
GRUPO D	janeiro a dezembro de 2014	54%
GRUPO E	janeiro de 2015 a abril de 2016	60%
GRUPO F	maio de 2016 a novembro de 2016	63,3%
GRUPO G	dezembro de 2016	66,7%

Fonte: (RFB, 2017).

Gráfico 4 – Consumo de tabaco em razão das diferentes alíquotas de IPI aplicadas no período de 2012 a 2016



Fonte: IPEADATA (2017).

Da análise dos dados supradispostos, depreende-se que o mercado consumidor de fumo se distingue do mercado consumidor de veículos em razão da essencialidade dos produtos. Enquanto na análise do primeiro o consumo aumentou em virtude da redução das alíquotas do IPI, que desonerou o preço do produto final, no caso do fumo o aumento das alíquotas não ensejou uma reação do mercado, no sentido de privar o consumo. Ao contrário, a elevação gradativa da alíquota no decorrer do período adotado não obsteu a escalada ascendente do consumo de cigarros, sobretudo no que concerne ao Grupo F, cuja alíquota majorada de 63,30% não inibiu o consumo, que chegou a superar em 41,47% o consumo alcançado no período anterior, de janeiro de 2015 a abril de 2016 (Grupo E).

O baixo consumo notado no Grupo G não pode se constituir em parâmetro para se estabelecer um comparativo entre a alíquota majorada, de 66,70%, em face do consumo reduzido, porquanto o referido grupo abrangeu somente o mês de dezembro de 2016. Embora nos dois casos (veículos e tabaco) a alteração das alíquotas do IPI seja resultado de medidas extrafiscais, os objetivos do governo na adoção dessas medidas são distintos. Na situação dos veículos, a redução da alíquota, fundamentada no princípio da seletividade, é explicada pela essencialidade do veículo, que estimulou uma reação direta e imediata do mercado consumidor em razão da alteração do preço final do bem. O mercado automotivo constitui-se, portanto, um importante mecanismo de intervenção do Estado na economia, na medida em que o aumento ou a diminuição da procura pode determinar os níveis de renda e emprego na economia.

Também, sob o prisma do princípio da seletividade, as medidas extrafiscais do governo no mercado do tabaco não têm o condão de estimular ou desestimular o segmento produtivo. Por ser o tabaco um produto não essencial e nocivo, que representa um problema de saúde pública, o governo aplica uma alta carga tributária para desestimular o consumo e, por consequência, minorar os efeitos nocivos do tabagismo à população. Para a série adotada – 2011 a 2016 –, porém, a demanda do produto apresentou-se *inelástica*, ou seja, a elevação da carga tributária não provocou uma reação do mercado consumidor no sentido de desestimular o consumo.

Neste ponto, é importante realçar que o desestímulo ao tabagismo não se encontra atrelado à alta tributação em desfavor do produto. Em realidade, encontra-se diretamente relacionado com as políticas públicas de conscientização dos efeitos negativos do fumo à saúde, dentre os quais se destaca a Lei nº 9.294/96, a qual restringiu a propaganda de produtos fumíferos. Logo, a omissão da publicidade direcionada ao mercado do fumo pode produzir maiores efeitos do que uma política tributária austera.

Assim, a intervenção do Estado na indústria do tabaco não gera efeitos imediatos no consumo; ao contrário, somente inviabiliza o investimento por parte do produtor, na medida em que diminui a produtividade. Ademais, não obstante o fato de o mesmo se constituir em uma questão de saúde pública, a interferência estatal se vê impedida, nesta esfera de produção, em face de a atividade ser um instrumento de alavancagem da economia, no que diz respeito à geração de emprego e renda. Conclui-se, desse modo, que, além da inviabilidade do direcionamento de políticas econômicas à indústria do tabaco, a elevação da carga tributária, no período de 2012 a 2016, não produziu efeitos diretos e imediatos em relação ao consumo do bem, pois sua demanda é inelástica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado intervencionista foi instituído, em contraposição ao Estado liberal, para enfrentar as falhas de mercado, que assim podem ser relacionadas: indivisibilidades, externalidades, custos de produção decrescentes e mercados imperfeitos, e riscos e incertezas na oferta dos bens. Nesse sentido, o Estado assume as funções: alocativa, relacionada ao fornecimento de bens e serviços não oferecidos adequadamente pelo sistema de mercado; redistributiva, para promover a distribuição de renda; e estabilizadora, para manter certo nível de utilização dos recursos e estabilizar o valor da moeda.

Das formas de intervenção do Estado na economia, abordou-se, neste trabalho, a extrafiscalidade do IPI, na perspectiva do princípio da seletividade, o qual adota a essencialidade do produto como parâmetro para se estabelecer as alíquotas do IPI. Assim, escolheu-se os mercados consumidores de veículos e tabaco, os quais, submetidos às variações de percentuais de IPI, obtiveram diferentes resultados.

Para o mercado de veículos, a inversão na proporcionalidade dos resultados, ou seja, quanto maior a alíquota de IPI menor o número de emplacamentos e vice-versa, evidencia, além da *elasticidade* do produto em razão das modificações de seu preço, a possibilidade de o Estado exercer suas funções redistributiva e estabilizadora. Na primeira, a redução no preço, viabiliza o acesso ao produto às populações de baixa renda; e a segunda, produz efeitos na esfera macroeconômica, por meio do fomento do setor produtivo de veículos.

Os resultados da política extrafiscal para o mercado de tabaco foram totalmente inversos ao setor de veículos. Isso porque as alterações na alíquota do IPI não produziram os resultados almejados no mercado consumidor, qual seja, a redução no percentual do IPI não foi apta a reduzir o consumo do tabaco. Este comportamento evidencia a *inelasticidade* do produto, ou seja, a elevação no preço de cigarros não inibe seu consumo. Tal fenômeno pode assim ser explicado: a dependência produzida pelo uso do cigarro torna o consumidor insensível à elevação de seu preço. Para este caso, mais eficientes são as políticas públicas de conscientização dos efeitos danosos do consumo do tabaco.

Ante o exposto, depreende-se que a política extrafiscal consubstancia o Estado Interventor na aplicação de seus objetivos, sobretudo econômicos, como no caso do setor de veículos, cuja alteração das alíquotas promoveu o desenvolvimento do setor com respectivos efeitos na política macroeconômica do Estado. A aplicação de medidas extrafiscais, todavia, deve estar fundamentada no princípio da seletividade, cujo parâmetro é a essencialidade do produto. Ou seja, produtos considerados não essenciais não devem ser objeto dessa política econômica, a exemplo do tabaco, pois, por serem inelásticos, não apresentarão resultados consoante as variações de alíquota de IPI.

6 REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e municípios. Denominado Código Tributário Nacional pelo art. 7º do Ato Complementar nº 36, de 13.3.1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 15 jun. 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292p.
- CHIESA, C. *IPI – Compostura das regras-matrizes e a essencialidade dos produtos como fator determinante na fixação da carga tributária*. 2013. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.
- COELHO, S. C. N. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*: revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- FALCÃO, M. A. A teoria econômica clássica do tributo. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, v. 9, n. 3, p. 123-144, set./dez. 2012.
- FENABRAVE. *Quantitativos de veículos emplacados em 2017*. Disponível em: www3.fenabrave.org.br:8082/plus/modulos/listas/index.php?tac=indices-e-numeros&idtipo=1&id=725&layout=indices-e-numeros. Acesso em: 19 maio 2018.
- FERRARI, N. R. O Estado intervencionista e seus limites. *Interesse Público*, Belo Horizonte, 18(96), p. 15-26. 2016.
- FERRAZ, L.; GODOI, M. S.; SPAGNOL, W. B. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- FRANÇA, V. Considerações sobre a intervenção do Estado na Economia na ordem constitucional brasileira. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 55, p. 81-96, 2009.
- INCA. Instituto Nacional do Câncer. *A prevalência do tabagismo*. 2017. Disponível em: http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/dados. Acesso em: 11 jul. 2017.
- IPEADATA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2017. Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- KEYNES, J. M. *A teoria geral do emprego, dos juros e da moeda*. São Paulo: Atlas, 1982.
- LUZ, J. S. et al. Procedimentos utilizados na aquisição de veículos, isentos de IPI, que têm como finalidade o transporte autônomo de passageiros. In: SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DO CURSO DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS, 8, 2014, Caxias do Sul. *Anais* [...]. Caxias do Sul: Centro Universitário da Serra Gaúcha, 2014. 12p. Disponível em: <http://ojs.fsg.br/index.php/anaiscontabeis/article/view/1180/886>. Acesso em: 1º ago. 2017.
- MENDES, Judas Tadeu Grassi. *Economia: fundamentos e aplicações*. 2. ed. São Paulo: ABDF, 2009.
- MOREIRA NETO, D. F. O novo papel do Estado na Economia. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- SILVEIRA NETO, O. S. A intervenção do Estado no domínio econômico via extrafiscalidade do direito do crédito público brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, 2017. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2017.

- PAULSEN, L.; MELO, J. E. S. de. *Impostos: federais, estaduais e municipais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- RFB. Receita Federal do Brasil. *Imposto sobre produtos industrializados*. 2017. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/tributos/ipi>. Acesso em: 1º ago. 2017.
- RIBEIRO, R. L. *Tributos: teoria geral e espécies*. Niterói: Impetus, 2013.
- RIANI, F. *Economia do setor público: uma abordagem introdutória*. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2016.
- SALOMÃO, F. M. *Redução do imposto sobre produtos industrializados: uma análise econômico-tributária dos reais efeitos das medidas de incentivo ao mercado automotivo*. 2014. Rio de Janeiro, 50f. Monografia (Conclusão do curso de Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2014.
- SAMUELSON, P. A.; NORDHAUS, William D. *Economia*. 17. ed. Rio de Janeiro: Mc Graw Hill, 2004.
- TORRES, R. L. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os Tributos na Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- VALLE, M. D. T. O princípio da seletividade do IPI. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, v. 2, n. 9, 2013. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- VASCONCELLOS, M. A. S. *Economia: micro e macro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- VASQUES, S. Origem e finalidades dos impostos especiais de consumo. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, n. 17, 2005. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico. Acesso em: 20 jul. 2017.
- WESSELS, W. J. *Economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- YAMASHITA, D. *Direito tributário: uma visão sistemática*. São Paulo: Atlas, 2014.

PROPOSTAS DE REFORMA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E PROCEDIMENTO DELIBERATIVO COMO INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.140-152>

Recebido em: 21/9/2017

Aceito em: 22/10/2018

Ramá Lucas Andrade

Professor-adjunto no Departamento de Economia, com pesquisa nas áreas de Desenvolvimento Regional, Finanças e Direito Econômico. Universidade Regional do Cariri – Urca. ramalucas@hotmail.com

João Luis do Nascimento Mota

Professor-adjunto no Departamento de Economia, com pesquisa nas áreas de Teoria das Organizações e Direito Econômico. Universidade Regional do Cariri – Urca. motajoaluis@yahoo.com.br

RESUMO

O objetivo deste artigo é propor o debate sobre o Procedimento Deliberativo como instrumento de construção democrática da Justiça Tributária no Brasil. Para tal incursão é feito um estudo sobre as propostas de reformas do Sistema Tributário brasileiro, em seguida se descreve o modelo de Procedimento Deliberativo como jurisdição constitucional, indicando-o como possível proposta de construção democrática do Sistema Tributário brasileiro. Este artigo, do ponto de vista da abordagem do problema, foi tratado de forma qualitativa. Em relação aos objetivos foi utilizada a pesquisa descritiva, já do ponto de vista dos procedimentos técnicos foi realizado um estudo bibliográfico. Diversos elementos dos valores da sociedade brasileira estão fundados nas normas constitucionais, e interpretados por meio do método hermenêutico do concretismo. Não se discute participação popular como elemento de construção de Justiça Tributária, pois não faz parte do jogo de interesses outro tipo de processo, a não ser o conflito institucional ou a obediência aos preceitos do mercado. É necessária a ampliação do debate sobre a jurisdição constitucional procedimentalista, que traz o discurso do fortalecimento das instituições no Brasil, assim como a ampliação dos mecanismos democráticos como elementos essenciais à construção de uma sociedade mais justa.

Palavras-chave: Substancialismo. Procedimentalismo. Reforma tributária. Sistema Tributário brasileiro. Democracia.

PROPOSALS FOR REFORMS OF THE TAX SYSTEM BRAZILIAN AND DELIBERATIVE PROCEDURE AS INSTRUMENT OF DEMOCRATIC CONSTRUCTION

ABSTRACT

The purpose of this article is to propose the debate on the Deliberative Procedure as an instrument for the democratic construction of tax justice in Brazil. For this incursion a study is made on the proposals for reforms of the Brazilian Tax System, then the model of Deliberative Procedure is described as constitutional jurisdiction, indicating the same as a possible proposal for the democratic construction of the Brazilian Tax System. This article, from the point of view of the problem approach, was treated in a qualitative way, in relation to the objectives was used descriptive research, from the point of view of technical procedures was carried out through a bibliographic study. Several elements of the values of Brazilian society are based on constitutional norms and interpreted through the hermeneutic method of concretism. Popular participation is not discussed as an element of the construction of tax justice, since another kind of process is not part of the game of interests, other than institutional conflict or obedience to the precepts of the market. It is necessary to expand the debate on procedural constitutional jurisdiction, which brings the discourse of strengthening institutions in Brazil, as well as the expansion of democratic mechanisms as essential elements for building a more just society

Keywords: Substantialism. Procedimentalism. Tax reform. Brazilian tax system. Democracy.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Propostas de Reforma do Sistema Tributário brasileiro. 2.1 Proposta de Emenda Constitucional nº 46/95. 2.2 Proposta de Emenda Constitucional nº 175-A/95. 2.3 Proposta de Reforma Tributária do Ministério da Fazenda. 3 Procedimento Deliberativo como Instrumento de Construção Democrática. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças ocorridas na economia mundial têm forçado os sistemas nacionais a adequarem seus mecanismos políticos e estruturais de maneira que atendam às novas exigências globais e principalmente às demandas internas. As questões internas passam pelo reposicionamento do papel do Estado no processo de desenvolvimento e na busca por maior equidade. Em meio a este processo está o papel dos tributos como elemento essencial dessa transformação, atuando, de um lado, como financiador das políticas públicas e dos projetos sociais, por outro como agente de estímulo ao sistema produtivo e maior eficiência econômica.

No Brasil, com sua imensa desigualdade social e uma carga tributária que incide principalmente sobre o consumo da população menos favorecida, deve-se buscar instrumentos de diminuição dessas disparidades. Há, portanto, uma necessidade de promover uma reforma no sistema tributário brasileiro.

Em 1987, mediante o consenso sobre a necessidade de Reforma Tributária em bases constitucionais e não mais infraconstitucionais, foi criada a Comissão de Reforma Tributária e Descentralização Administrativa (Cretad), da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, formada por técnicos e estudiosos na área tributária, encarregada de realizar um estudo de projeto de reforma com a diretriz voltada para a descentralização. Ou seja, o sistema tributário deveria contemplar Estados e municípios com fontes de receita mais produtivas, além de lhes conceder mais autonomia para legislar sobre os tributos que viessem a ser atribuídos à sua competência.

Em linhas gerais, as propostas de reformulação do sistema em direção ao federalismo eram as seguintes: I) Autonomia fiscal dos Estados e municípios: era necessário aumentar o grau de autonomia fiscal dos Estados e municípios. Não se tratava, contudo, de autonomia absoluta, posto que o federalismo é uma relação de interdependência e cooperação entre níveis de governo. Em consequência a autonomia seria limitada; II) Descentralização administrativa e financeira: o sistema tinha embutido na concentração de receita no âmbito da União a ampliação do hiato entre necessidade e disponibilidades de recursos para Estados e municípios. Estas unidades dependiam crescentemente de transferências e ficavam tolhidas em sua capacidade de prover serviços e atividades de cunho social.

Após o fracasso de Plano Collor, surgiram diversas propostas com o objetivo de equilibrar a economia, a inflação e as receitas do Estado. Entre elas: Proposta da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp, Proposta do Plano de Estabilização com Crescimento – PEC – Proposta da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – Fipe, Proposta da Comissão Executiva de Reforma Fiscal – Cerf – Proposta da Força Sindical, Proposta do deputado José Serra, Proposta do deputado Luis Carlos Hauly, Proposta do deputado Roberto Freire – PEC 48-A, Substitutivo Benito Gama e a Emenda Constitucional n.3, Proposta do Imposto Único sobre Transações, do professor Marcos Cintra e do deputado. Flávio Rocha, Proposta do deputado Luis Roberto Ponte, entre outras.

As principais tendências observadas nestas propostas referiam-se principalmente a duas linhas de reformulação quanto aos impostos. A primeira dizia respeito aos impostos indiretos, notadamente sobre o valor agregado (IVA), com variantes para sua substituição, e a segunda referia-se às contribuições tributárias, mobilizadas ao financiamento da Seguridade Social e, marginalmente, à folha de salários. Tratavam de forma menos reiterada da tributação direta (renda e patrimônio) e deixavam implícito, normalmente, o impacto federalista das propostas, no sentido de garantir mínimos por meio de equalização fiscal, preocupando-se com a questão dos encargos, nunca solucionada, mas por todos mencionada e defendida na vertente de sua explicitação rígida e homogênea por esfera de governo.

Essas propostas tiveram pouco ou nenhum alcance à época em que foram colocadas. Tratava-se de uma multiplicidade de soluções desconstruídas, sem pontos comuns nos diagnósticos e sem qualquer viabilidade política, de forma que nenhuma conseguiu aglutinar densidade de apoio e ser efetivamente posta em prática.

Estas, portanto, são as propostas hegemônicas que existem no Brasil. Todas elas propõem a solução dos obstáculos via a institucionalização das decisões por meio do modelo proposto pelo sistema neoliberal. Onerar, contudo, quem tem maior renda, sobrecarregar o capital ou distribuir renda para o social e não para o mercado, são propostas incompatíveis com o determinismo econômico capitalista.

São diversos os problemas enfrentados no tocante às questões tributárias no Brasil, entre elas podem ser elencadas: i) na perspectiva arrecadatória: por ocorrer mais tributação regressiva (principalmente sobre bens de consumo) e não progressiva (como é exemplo a não regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas – IGF); não regulamentação do capital especulativo (Bolsa de Valores) – que é base do Estado capitalista, entre outros problemas que tornam o sistema tributário injusto; ii) na perspectiva distributiva: alocação dos recursos estarem voltados mais para o capital financeiro (rentistas, financistas e capitais estrangeiros) e muito menos para saúde, educação, segurança, moradia.

Neste sentido o tributo, o sistema tributário e a política tributária têm importante papel na busca pelo desenvolvimento e mudança do *status quo* da sociedade, assim como para a concentração de riquezas do país, o aprofundamento da desigualdade e o alto custo da produção nacional.

No Brasil, o debate em torno da Justiça Tributária está delimitado pelo determinismo econômico. O sistema adotado, o capitalista-liberal, impõe uma estrutura a todas as instituições, representativas ou não, ou seja, Executivo, Legislativo e Judiciário estão presos aos muros do sistema.

Assim, ao se falar em Justiça Tributária, o apelo sempre é limitado ao determinismo econômico-constitucional. De um lado os defensores dos preceitos constitucionais, como o respeito ao princípio da capacidade contributiva, a isonomia, a universalidade e a essencialidade. Nesta proposta estão inclusos aqueles que defendem a ideia de cobrar mais de quem ganha mais, ou onerar mais o capital – isto vai afrontar as bases do sistema capitalista neoliberal. Por outro os defensores de uma maior distribuição de renda, obtida com os tributos, ampliando a assistência aos mais pobres, ou seja, o aumento das chamadas proteções sociais – outra política que foi reduzida, na década de 90, com a redução do chamado Estado de bem-estar.

Diante disto, o problema fundamental deste artigo é propor o debate sobre o Procedimento Deliberativo como instrumento de construção democrática da Justiça Tributária no Brasil. Para tal incursão é feito um estudo sobre as propostas de reformas do Sistema Tributário brasileiro, em seguida descreve-se o modelo de Procedimento Deliberativo como jurisdição constitucional, indicando-o como possível proposta de construção democrática do Sistema Tributário brasileiro.

Este artigo, do ponto de vista da abordagem do problema, foi tratado de forma qualitativa, pois considera que existe uma relação entre o mundo e o sujeito traduzida em representações não numéricas. Em relação aos objetivos foi utilizada a pesquisa descritiva, uma vez que buscou descrever as características de um fenômeno. Do ponto de vista dos procedimentos técnicos foi realizada mediante um estudo bibliográfico, posto que procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em documentos (GIL, 2007).

2 PROPOSTAS DE REFORMA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Na sequência apresenta-se as propostas de Reforma Tributária que ocorreram no Brasil após o Plano Real. O texto foi retirado de um trabalho realizado pelo Ipea, intitulado *Reforma Tributária no Brasil: entre o ideal e o possível*, de Edilberto C. P. Lima (1999):

2.1 Proposta de Emenda Constitucional nº 46/95

Os objetivos dessa proposta eram simplificar radicalmente e modernizar o Sistema Tributário nacional.

Para tanto, as principais alterações eram:

Criação de impostos sobre: i) movimentação financeira ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, com alíquota máxima de 0,5%; ii) produção, circulação, distribuição ou consumo de bebidas; veículos, energia, tabaco, petróleo e combustíveis, inclusive derivados daquele e destes; sobre serviços de telecomunicações ou outros definidos em lei complementar. Tais impostos podem ser seletivos; iii) comércio exterior; iv) renda, com papel residual e v) propriedade imobiliária, com possível progressividade.

Todos os impostos passam a ser instituídos pela União. Desaparecem as contribuições sobre folha de pagamentos, lucro e faturamento. A fonte de financiamento da seguridade social passa a ser as contribuições do segurado e a receita dos concursos de prognósticos. A carga tributária máxima fica limitada a 25% do PIB.

Segundo o portal do Senado Federal,¹ esta PEC foi arquivada em 29/1/1999, nos termos do artigo 332 do RISF. DSF Nº 22-A DE 24 02 PAG 3276.

2.2 Proposta de Emenda Constitucional nº 175-A/95

Os objetivos explícitos dessa proposta são os seguintes: i) simplificar o Sistema Tributário nacional; ii) aumentar o seu grau de equidade; iii) dificultar a sonegação e iv) tornar a economia brasileira mais eficiente.

Embora fosse um objetivo explícito da PEC nº 175/95 o respeito à capacidade contributiva, suas propostas não mudavam substantivamente o quadro da estrutura tributária: contribuintes com maior capacidade de pagamentos continuariam tendo acesso a contadores e advogados, o que tornaria tímida a proposta de progressividade tributária.

A proposta de eliminação das múltiplas alíquotas e de possibilidades de isenção tornaria o sistema bem mais simples e, conseqüentemente, mais barato, tanto para o governo quanto para o contribuinte.

No tocante à harmonização do federalismo fiscal, de um lado, acabaria definitivamente com a guerra fiscal, mas, ao acabar com a competência impositiva de Estados e municípios em seus principais tributos (ICMS e ISS, respectivamente), tornaria a sua efetivação mais difícil politicamente.

Segundo o portal da Câmara do Deputados² a PEC 175/1995 foi arquivada, em 4/6/2003, mediante MSC³ 199/2003.

2.3 Proposta de Reforma Tributária do Ministério da Fazenda

Esta proposta retiraria a obrigatoriedade de que o imposto de renda fosse progressivo, e instituiria a uniformidade de alíquotas para os Impostos sobre Valor Adicionado e sobre vendas a varejo. Por outro, ao eliminar isenções e simplificar o sistema, essa proposta diminuiria a possibilidade de planejamento tributário, que frequentemente favorece os de maior capacidade contributiva, que são os que podem pagar a profissionais especializados em descobrir lacunas na legislação.

A proposta ainda eliminaria a multiplicidade de alíquotas do IPI e do ICMS. Ao estabelecer-se uma alíquota uniforme para todos os produtos seria, portanto, um avanço considerável em termos de eficiência econômica porque a interferência na alocação de recursos do mercado desaparece.

De forma geral, a proposta do Ministério da Fazenda era bem mais ambiciosa que a PEC nº 175/95. Propunha mudanças realmente radicais no Sistema Tributário nacional.

Um ponto negativo seria sob a perspectiva de eficiência, uma vez que a proposta não deixava muito claro se as contribuições cumulativas, que financiam a seguridade social, seriam extintas ou não.

Além das propostas anteriormente descritas surgiram outras referentes à reforma do Sistema Tributário nacional, entre elas a EC Nº 41/2003 e PEC Nº 233/2008.

A Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003 (BRASIL, 2003), trouxe relevantes modificações para o sistema de aposentadoria dos servidores, especialmente referente à forma de cálculo da integralidade e ao fim da chamada paridade entre os servidores ativos e inativos. Nesta, as aposentadorias por invalidez decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, antes baseadas na última remuneração do servidor, passaram a ter sua forma de cálculo determinada pelos parágrafos §§ 3º e 17 do artigo 40, que adota como critério para o cálculo dos proventos a média das remunerações de contribuição do servidor aos regimes de previdência próprios e gerais, devidamente atualizados, na forma da lei.

Segundo Jorge (2004), a Emenda Constitucional nº 41/2003 rompe com uma série de princípios respeitados pelo poder constituinte derivado. Tal Emenda olvida os princípios do ato jurídico perfeito, direito adquirido e irredutibilidade de vencimentos.

¹ Fonte: <http://www25.senado.leg.br>.

² Fonte: <http://www.camara.gov.br/>.

³ Mensagem do Congresso Nacional.

Neste mesmo sentido assevera Medina (2004) que a EC nº 41/2003, ao modificar as regras de transição⁴ criadas pela EC nº 20/98, incorreu em vício de inconstitucionalidade, tendo em vista que operou com efeitos retroativos. Segundo este autor, violou-se o direito subjetivo dos servidores, que ingressaram no serviço público até 15.12.1998, de se aposentar de acordo com as regras de transição estipuladas àquela época.

Para Jorge (2004), a Reforma da Previdência que se iniciou com a Emenda Constitucional nº 20/98 e se consolidou na EC nº 41/2003, trata-se de medida desacertada e com o intuito nítido de desmontar o Estado, de desestruturar as carreiras típicas de Estado e facilitar o ingresso de investimentos estrangeiros. Não visa, portanto, a resolver suposto problema da balança orçamentária da Previdência, e que boa parte dos doutrinadores são veementes em acenar para a inconstitucionalidade de vários dispositivos da EC nº 41/2003.

O poder Executivo enviou, em 28/2/2008, para apreciação do Congresso Nacional, a PEC nº 233/2008 (Mensagem nº 81/2008), que propõe alterações no Sistema Tributário Nacional.

Segundo Soares (2008), a PEC 233/2008 possui 13 artigos. O 1º deles altera 20 artigos da Constituição Federal (artigos 34, 36, 61, 62, 105, 114, 146, 150, 151, 153, 157, 158, 159, 160, 161, 167, 195, 198, 212 e 239) e insere um novo artigo no Texto Constitucional permanente (artigo 155-A); o artigo 2º altera 2 artigos do ADCT (artigos 60 e 76); o artigo 3º trata do atual ICMS; o artigo 4º, do novo ICMS; o artigo 5º, do Fundo de Equalização de Receitas; o artigo 6º, das destinações para Educação Básica e ações na área de transportes; o artigo 7º, do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional; o artigo 8º extingue o Salário-Educação; o artigo 9º prevê estabelecimento de limites para a carga tributária, relativamente ao IR, IVA-F e novo ICMS; o artigo 10º, sanções para Estados e Distrito Federal em caso de concessão de benefícios irregulares do atual ICMS; o artigo 11 trata de redução de alíquotas da contribuição do empregador à Previdência Social; o artigo 12, da eficácia dos dispositivos da futura Emenda Constitucional e o artigo 13, da revogação de dispositivos constitucionais em vigor.

Extrai-se da Exposição de Motivos nº 16/08 que acompanha a Proposta de Emenda à Constituição – PEC 233 – de 2008, os seguintes objetivos: i) Simplificar o Sistema Tributário nacional; ii) Eliminar a guerra fiscal; iii) Avançar na política de desoneração tributária; iv) Aperfeiçoar a política de desenvolvimento regional.

Em um trabalho intitulado Nota Técnica sobre a PEC 233/2008, a Federação Nacional do Fisco Estadual – Fenafisco (2008), em março de 2008, afirma que o projeto de Reforma Tributária de 2008, de autoria do Executivo federal, traz um pacote de alterações prejudiciais aos Estados brasileiros que superam em muito os danos causados pelas propostas de reforma tributária encaminhadas ao Congresso Nacional em 1998, 2003 e 2004 (FEDERAÇÃO..., 2008).

O mesmo trabalho relata que tal constatação é proveniente da verificação de afronta a um dos mais caros princípios constitucionais, ou seja, a forma federativa de Estado brasileiro (artigo 60, §4º, I, CF). Afirma ainda que a proposta de alteração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é danosa aos interesses dos Estados e municípios, criando o Imposto sobre Valor Adicionado – IVA Federal – tributo que será de sua competência e que terá base muito mais ampla que o ICMS.

Para a Fenafisco (FEDERAÇÃO..., 2008), o projeto condena os Estados e municípios a continuarem tendo como suas principais fontes arrecadatórias o ICMS e o ISS, tributos que se tornarão obsoletos, em curto espaço de tempo, com a entrada em vigor do IVA amplo federal.

Diferente percepção, ao anteriormente exposto, é a posição de Campello (2013, p. 4) que diz:

Desde já, afirma-se que não há agressão ao pacto federativo (cláusula pétrea: art. 60, §4, I, da CF), tendo em vista que o que se busca não é suprimir competências tributárias para agredir a autonomia dos Estados membros (arts. 18 e 25 da CF).

⁴ As regras de transição em matéria previdenciária propiciam a contagem do tempo de serviço ou de contribuição prestado antes da alteração do regime de forma diferenciada, de acordo com a situação individual do segurado. Cf.: Manual de Aposentadoria. Voluntária – Livro I. Setembro de 2008. Disponível em: <http://www.portaldoservidor.sc.gov.br/ckfinder/userfiles/arquivos/Manuais%20e%20Formulários/Manuais/Previdencia/Aposentadoria_Voluntaria_-_Livro_I.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.

A intenção da reforma é tão-somente racionalizar a tributação, sobretudo em relação ao ICMS (art. 155, II, da CF), o qual, apesar de ser um tributo cuja atribuição legislativa para instituí-lo (poder de tributar) foi conferida aos Estados (e ao DF: art. 147 da CF), em verdade, o mesmo possui características de tributo “federal”, já que o seu fato gerador é a circulação de mercadoria de bens (e de determinados serviços) dentro do território nacional, não havendo razão para existência de diferentes regimes de tributação, em cada ente regional da nossa República.

Tal desiderato é manifestado, inclusive, pela exposição de motivos nº 16 que acompanhava o anteprojeto desta PEC, enviada ao Chefe do Poder Executivo federal, em 26 de fevereiro de 2008, pelo Ministro do Estado da Fazenda.

No que se refere ao ICMS tem-se, atualmente, um quadro de grande complexidade da legislação. Cada um dos Estados mantém a sua própria regulamentação, formando um complexo de 27 diferentes legislações a serem observadas pelos contribuintes. Agrava esse cenário a grande diversidade de alíquotas e de benefícios fiscais, o que caracteriza o quadro denominado de “guerra fiscal”. Para solucionar essa situação a proposta prevê a inclusão do artigo 155-A na Constituição, estabelecendo um novo ICMS em substituição ao atual, que é regido pelo artigo 155, II, da Constituição, o qual resta revogado.

O autor ainda afirma que a principal alteração no modelo é que o novo ICMS contempla uma competência conjunta para o imposto, sendo mitigada a competência individual de cada Estado para normatização do tributo. Assim, esse imposto passa a ser instituído por uma lei complementar, criando dessa forma uma lei única nacional, e não mais por 27 leis das unidades federadas (CAMPELLO, 2013).

De maneira geral os modelos propostos de reforma do Sistema Tributário brasileiro estão presos ao modo de Estado democrático representativo, ao modelo econômico neoliberal, a uma jurisdição constitucional substancialista e ao debate institucional. Tal estrutura tem afastado a participação social e contribuído para deslocar a soberania popular dos assuntos como a função legiferante e da gestão política e, como consequência, da construção democrática da Justiça, notadamente da Justiça Tributária.

A perspectiva substancialista sustenta que as decisões judiciais, mesmo que por meio da politicização do Direito, auxiliam na afirmação dos direitos fundamentais e na realização de uma “agenda igualitária”, valorizando a Constituição como instrumento vinculante e programático, diretriz e argumento de conservação do Estado Democrático de Direito, que ainda resguarda a ordem e a liberdade, sendo uma garantia-forma, no sentido de uma promessa da construção de um Estado Social livre e independente (MADERS; DUARTE, 2011).

Streck (2006) alerta para o papel do Judiciário no Brasil:

[...] No Brasil, a Constituição aponta as linhas de atuação para a política, estabelecendo as condições para a mudança da sociedade pelo direito na construção de um Estado Social, pauta para a alteração das estruturas sociais. Trata-se de uma cláusula transformadora permanente (p. 101).

Nesse sentido o Judiciário garante que estas leis sejam cumpridas. E mesmo que se defenda a posição de um Judiciário mais atuante, e seja adepto da judicialização da política, esta função, de transformar a Constituição formal em Constituição substancial, vai estar adstrita ao contorno e aos limites constitucionais, ou seja, às leis que sofreram as influências dos valores e preceitos econômicos dominantes, além de provocar uma aporia do poder.

Por outro lado, a atividade legiferante é desenvolvida por poucos, eleitos democraticamente, mas sem controle social (apesar dos mecanismos constitucionais). Assim, os legisladores estão sujeitos ao controle de quem tem mais força, o capital. O mesmo ocorre com a atividade judiciária, também desenvolvida por poucos, sem controle da sociedade, influenciado pelo capital e por correntes teóricas hegemônicas, baseados na racionalidade e que buscam afastar os diversos aspectos da Justiça, reduzindo todos os conflitos sociais ao mundo da racionalidade e da relação entre benefício e custo.

Este processo ocorre igualmente nas questões que envolvem a busca por uma justiça tributária. Tais influências também estarão presentes na criação e execução das leis tributárias. O resultado é um Sistema Tributário brasileiro injusto, regressivo e que fere os preceitos constitucionais de justiça⁵ e equidade.

Como proposta de mudança de tal cenário é necessário ampliar o debate sobre os determinismos econômicos e as propostas de reforma do Sistema Tributário brasileiro, baseados na jurisdição constitucional substancialista, para uma maior participação da população nos debates públicos e na construção mais democrática do Estado, por meio da chamada jurisdição constitucional procedimentalista, ou procedimento deliberativo.

3 PROCEDIMENTO DELIBERATIVO COMO INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA

A construção democrática aqui proposta é aquela que não se opõe às instituições, não propõe um novo modelo de Estado, mas que percebe na força da participação popular o seu principal instrumento nos processos de normatização, institucionalização e administração da sociedade.

É a percepção da democracia propugnada por Habermas, Cohen e Bohman em sua forma deliberativa, que se estabelece entre a democracia representativa e a republicana.

As ideias habermasianas têm como pressupostos, de um lado, um esgotamento dos ideais propugnados pela modernidade, como a promessa do trabalho livre, tanto no Estado Liberal como no Estado de Bem-Estar Social, e o surgimento das sociedades complexas. Outro ponto que baseia o pensamento de Habermas está relacionado ao papel da liberdade subjetiva (defendida pelos liberais) e ação do sujeito coletivo na estrutura política do Estado. Para alguns a forma representativa é legítima na defesa dos interesses de toda a sociedade; para outros o povo deveria participar de forma mais direta nos assuntos da administração pública. Estes modelos normativos são denominados por Habermas de liberal e republicano.

No modelo *liberal*, o processo democrático tem por objetivo intermediar a sociedade (um sistema estruturado segundo as leis do mercado, interesses privados) e o Estado (como aparato da administração pública). Nesta perspectiva, a política tem a função de agregar interesses sociais e os impor ao aparato estatal; é essencialmente uma luta por posições que permitam dispor de poder administrativo, uma autorização para que se ocupem posições de poder. O processo de formação da vontade e da opinião política é determinado pela concorrência entre agentes coletivos agindo estrategicamente em manter ou conquistar posições de poder. Por esse modo, esta compreensão de política opera com um conceito de sociedade centrado no Estado (como cerne do poder político). Como não é possível eliminar a separação entre Estado e sociedade, visa-se superá-la apenas via processo democrático. No entanto, a conotação normativa de equilíbrio de poder e interesses é frágil e precisa ser complementada estatal e juridicamente. Mas ela se orienta pelo lado *output* da avaliação dos resultados da atividade estatal. O êxito em tal processo é medido pela concordância dos cidadãos em relação a pessoas e programas, quantificado em votos (LUBENOW, 2010, p. 233).

Este modelo, o liberal, considera os indivíduos portadores de liberdades subjetivas independentes do Estado, a política é o resultado da disputa parlamentar entre partidos políticos, ou seja, torna legítimas as tomadas de decisão das instituições sociais que foram eleitas pela população, e em relação às normas jurídicas⁶ estas funcionam para proteger as liberdades subjetivas, fundadas em um direito formal e racional.⁷

⁵ Não se enfrentarão neste artigo as diversas concepções de Justiça Tributária. O conceito aqui estabelecido é limitado ao determinismo econômico-constitucional. De um lado os defensores dos preceitos constitucionais, como o respeito ao princípio da capacidade contributiva, a isonomia, a universalidade e a essencialidade. Nesta proposta estão inclusos aqueles que defendem a ideia de cobrar mais de quem ganha mais, ou onerar mais o capital – isso vai afrontar as bases do sistema capitalista neoliberal. Por outro lado os defensores de uma maior distribuição de renda, obtida com os tributos, ampliando a assistência aos mais pobres, ou seja, o aumento das chamadas proteções sociais – outra política que foi reduzida, na década de 90, com a redução do chamado Estado de Bem-Estar.

⁶ Modelo normativo do liberalismo por meio de uma simples substituição: o lugar dos cidadãos e de seus interesses individuais é ocupado por organizações e interesses organizados. Fonte: HABERMAS, Jürgen, 1929. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 58. V. II.

⁷ Formal no sentido de sua positivação e racional por tratar-se de representar um resultado deliberativo nas diversas instâncias da sociedade.

No modelo *republicano*, o processo democrático vai além dessa função mediadora. Apresenta a necessidade de uma formação da opinião e da vontade e da solidariedade social que resulte da reflexão e conscientização dos atores sociais livres e iguais. Nessa perspectiva, a política não obedece aos procedimentos do mercado, mas às estruturas de comunicação pública orientada pelo entendimento mútuo, configuradas num espaço público. Este exercício de auto-organização da sociedade pelos cidadãos por via coletiva seria capaz de emprestar força legitimadora ao processo político. Por esse viés, da auto-organização política da sociedade, esta compreensão de política republicana opera com um conceito de sociedade direcionado contra o Estado (sociedade é o cerne da política). Orienta-se pelo *input* de uma formação da vontade política (LUBENOW, 2010, p. 233).

Este modelo vê a identidade do indivíduo não de forma atomística como no modelo liberal, mas mediante o reconhecimento recíproco de indivíduos, que compartilhem vida em comum e buscam viver relações de solidariedade, desenvolvendo uma participação política ativa no exercício da cidadania. Os órgãos políticos estão vinculados à vontade expressa pelos cidadãos. Neste modelo a representação é mitigada, dando lugar ao apelo dos cidadãos nas assembleias e sua opinião na formação de políticas. O Direito, o sistema jurídico, também vai servir para garantir os direitos subjetivos da liberdade individual, contudo busca a integridade de uma forma de viver compartilhada e baseada no respeito recíproco.

O que se percebe é que tanto o liberalismo como o republicanismo estão focados na proteção das liberdades e dos direitos individuais, ao tempo que desenvolvem a concepção de democracia centrada no Estado, posto que entendem a relação entre Estado e sociedade por meio de sistemas de normas de regulamentação do mercado ou da interação deste Estado com ações conscientes do povo.

O modelo *deliberativo*, por sua vez, acolhe elementos de ambos os lados e os integra de uma maneira nova e distinta num conceito de procedimento ideal para deliberações e tomadas de decisão. Esta compreensão do processo democrático tem conotações normativas mais fortes que o modelo liberal, mas menos normativas do que o modelo republicano (LUBENOW, 2010, p. 233).

A política deliberativa de Habermas oferece uma teoria normativa da democracia descentralizada do Estado, ao passo que vê na teoria do discurso o procedimento ideal para deliberações e tomadas de decisão.

Esse processo democrático estabelece umnexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nesta linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação lingüística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa (HABERMAS, 1997, p. 19).

Este princípio da democracia busca um processo de institucionalização dos mecanismos de expressão da opinião e da vontade dos cidadãos, que garanta uma igual participação nos procedimentos legítimos de normatização.

Tal concepção procedimental de democracia vai trazer um conflito entre facticidade e validade, ou entre entendimento dos fatos cotidianos e a normatividade. “(...), entre facticidade e validade, a teoria da política e do direito decompõe-se atualmente em facções que nada têm a dizer umas às outras” (HABERMAS, 1997, p. 19).

Assim este conflito ou disputa política se desenvolve nas esferas públicas como um jogo, no qual todos estão envolvidos como participantes. Tal conflito gira em torno de fluxos comunicativos entre o poder na base social do cotidiano e o poder administrativo gerado no sistema político.

Habermas busca um modelo de interpretação sociológica para fundamentar a sua teoria da ação comunicativa.

Ele apresenta um processo de evolução da sociedade que resulta na sua divisão em dois níveis fundamentais: 1) *o mundo da vida*: a) Cultura: acúmulo de conhecimento do qual os atores se alimentam de interpretações quando buscam a compreensão do mundo; b) Sociedade: as pessoas que formam a sociedade regulam suas relações no mundo social por intermédio de ordens legítimas; c) Personalidade: é a competência que torna um sujeito capaz de falar e agir, ou seja, de compor sua própria personalidade); 2) *as esferas sistêmicas* (representadas pelo Estado e pelo mercado). Enquanto as sociedades primitivas contemplavam apenas

o mundo da vida, nas sociedades tradicionais tem-se a emergência da esfera estatal e na sociedade capitalista a submissão das esferas anteriores (mundo da vida e Estado) à influência do mercado (ou do capital, segundo Marx). Fica claro neste esquema que o que caracteriza o subsistema econômico (mercado) e o subsistema político (Estado) é o predomínio da racionalidade instrumental (AMORIM, 2015).

Dessa forma, o avanço da modernidade, ou as sociedades complexas, provoca um processo de racionalização do mundo da vida, isto é, os atores sociais passam a definir os conteúdos da cultura, suas relações sociais e sua própria personalidade, não mais mediante tradições não contestáveis, mas a partir da própria razão. Por outro lado, quando as estruturas do mercado e do Estado se expandem, este processo fica bloqueado e passa a ser definido pelos imperativos funcionais do Estado e do mercado. Habermas, no entanto, afirma que o mundo da vida não reage apenas passivamente ao fenômeno de colonização do mundo da vida (invasão da esfera do mercado e do Estado na definição do próprio conteúdo da cultura, das relações sociais e mesmo da personalidade). Na Teoria da Ação Comunicativa Habermas aponta os “novos movimentos sociais” como os atores responsáveis pela defesa do mundo da vida. Assim, os movimentos sociais representam as reações deste mundo ao Estado e ao mercado.

Na mesma linha de Habermas pode-se destacar o pensamento de Joshua Cohen, ao qual é atribuído o mecanismo de como se chegar e efetivar a deliberação que compreende discussão e participação nas tomadas de decisão da sociedade junto com o Estado.

A democracia deliberativa está ligada ao ideal intuitivo de uma associação democrática, na qual as justificações dos termos e condições da associação procedem através dos argumentos públicos e do raciocínio público e consideram suas instituições fundamentais como legítimas, na medida em que eles estabelecem a moldura para a deliberação pública livre (COHEN, 1999, p. 2).

Tal processo de deliberação segue os seguintes postulados:

a) As deliberações realizam-se de forma argumentativa, portanto, através da troca regulada de informações e argumentos entre as partes, que recolhem e examinam criticamente propostas.⁸ b) As deliberações são inclusivas e públicas. Em princípio, ninguém deve ser excluído, pois todos os possíveis interessados nas decisões têm iguais chances de acesso e de participação, c) As deliberações são livres de coerções externas. Os participantes são soberanos na medida em que estão submetidos apenas aos pressupostos da comunicação e às regras do procedimento argumentativo.⁹ d) As deliberações também são livres de coerções internas que poderiam colocar em risco a situação de igualdade dos participantes. Cada um tem as mesmas chances de ser ouvido, de apresentar temas, de dar contribuições, de fazer propostas e de criticar. Tomadas de posição em termos de sim/não são movidas exclusivamente pela força não coativa do melhor argumento.¹⁰

Para tal procedimento de deliberação pressupõe-se uma associação entre os cidadãos que concordem em regulamentar a vida em sociedade. Por outro lado, o que faz que tal associação se agrupe é um laço linguístico que mantém a coesão da comunidade.

Assim como Habermas e Cohen, Bohman (1996) busca analisar como as instituições públicas podem tornar-se mais democráticas por meio da qualificação dos métodos e das condições de debate, discussão e persuasão, enfim, pela deliberação pública. Para esse autor deliberação é um processo dialógico de intercâmbio de razões cujo objetivo é solucionar situações problemáticas que não seriam resolvidas sem a coordenação e a cooperação impessoal.

⁸ A deliberação é racional na medida em que os participantes são chamados a enunciar seus argumentos a favor das propostas feitas, a suportá-los ou a criticá-los. Os argumentos são oferecidos com a pretensão de levar os outros a aceitar a proposta, tendo em conta seus objetivos díspares e sua obrigação de proporcionar as condições de sua associação através da deliberação livre entre iguais (HABERMAS, 1997, p. 29).

⁹ Seu exame das propostas não está submetido à autoridade das normas ou exigências anteriores (Ibid).

¹⁰ Os participantes são fundamentalmente iguais, na medida em que a distribuição existente do poder e das fontes não configura suas chances de contribuir para a deliberação, nem a distribuição desempenha um papel autoritário em sua deliberação (HABERMAS, 1997, p. 29).

Não obstante o debate destas diversas correntes sobre democracia deliberativa, faz-se necessário um direcionamento teórico no sentido de se buscar aproximar tais posicionamentos a propostas de reforma do Sistema Tributário brasileiro, e indicar a possibilidade de uma construção democrática da Justiça Tributária no Brasil.

Nesse sentido, deve-se retornar ao pensamento de Habermas, de um lado, no tocante à crise do Estado de Direito e fazer uma análise de sua interpretação procedimentalista, e de outro, à soberania do povo como processo de transformação.

Habermas inicia seu estudo discutindo como o Direito pode ser utilizado como uma categoria de mediação entre os fatos da vida e a validade das normas.

A tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante versus observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual versus descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos, etc.) (HABERMAS, 1997, p. 23).

Dessa forma busca explicar, ou esclarecer, o papel dos atores sociais, assim como uma teoria da sociedade e suas instituições, baseada na teoria do direito ao expressar que “(...) as instituições que surgem naturalmente e o direito tem que amortizar as instabilidades de um tipo de socialização que se realiza através das tomadas de posição – em termos de sim/não – com relação a pretensões de validade criticáveis” (HABERMAS, 1997, p. 24).

Estas ideias estão no centro de uma discussão da relação entre Direito e política. Alguns teóricos fazem a defesa de teses chamadas substancialistas, tais como Streck, Cappelletti e Dworkin, preceituando a materialidade dos direitos fundamentais e destacando que a Constituição deve ser entendida como valores a serem realizados, uma vez que surge a partir de um contrato social; por outro, as teses procedimentalistas, que têm como seus principais defensores Habermas e Garapon, buscam assegurar, de forma sólida, o processo democrático, para que a própria participação defina as prioridades a serem realizadas, por intermédio da soberania popular.

Assim, os substancialistas valorizam o conteúdo material das Constituições, atribuindo-lhes um papel diretivo, cabendo à lei operacionalizar a concretização dos vetores axiológicos que contemplam (por exemplo: os direitos sociais). Com isto, o Direito avança em esferas afetas à liberdade política e o Judiciário assume um relevante papel na efetivação da Constituição. Já os procedimentalistas, por sua vez, acentuam o papel instrumental da Constituição, na medida em que ela estaria primordialmente voltada à garantia de instrumentos de participação democrática e à regulação do processo de tomadas de decisão, com a conseqüente valorização da liberdade política inerente à concepção democrática. Apesar de reconhecerem a penetração de valores substantivos nesse processo, defendem que a sua importância é meramente secundária, não dirigindo o processo em si. Ao Judiciário caberia tão somente assegurar a observância desse processo, cabendo a cada geração estabelecer as bases axiológicas sobre as quais se desenvolverá (GARCIA, 2008).

Buscando analisar criticamente as instituições brasileiras e a estrutura democrática do Brasil, este artigo aproxima-se das ideias habermasianas, as quais fazem uma crítica ao modelo de Estado Democrático de Direito, com base em orientações liberais, e o papel da Constituição e do Judiciário neste contexto, trazendo para o centro das proposições de mudanças o discurso (a linguagem), como elemento aglutinador dos diversos interesses sociais, e a participação popular, como processo primordial da mudança no *modus operandi*, modo de administrar a coisa pública.

Sobre o Estado Democrático de Direito, Habermas começa fazendo uma crítica ao Direito formal liberal, o qual busca uma Justiça por intermédio das liberdades individuais e o respeito ao contrato social.

Descobriu-se que a concepção que determina o paradigma do direito formal – segundo a qual somente a justiça individualista é capaz de assegurar solidariedade social e somente a liberdade contratual pode garantir uma proteção eficaz e justa da confiança – é insustentável. Por isso, o fato de mais obrigações

positivas se acrescentarem aos direitos negativos destinados a impedir certas intervenções abusivas não implica uma mudança profunda na idéia de um direito apoiado (...) no princípio da reciprocidade (HABERMAS, 1997, p. 170).

Baseando-se nas ideias de Denninger (1990 apud HABERMAS, 1997, p. 177), Habermas mostra que o aumento da intervenção do Estado e ampliação dos direitos, é na verdade uma passagem de um sistema da segurança jurídica para um sistema da segurança de vantagens jurídicas, o qual modifica e dilui a proteção jurídica dos indivíduos. Além disso, a dialética entre tutoramento e autorização se acelera, no âmbito do Estado social, na medida em que o controle constitucional do dever de proteção do Estado tem como consequência a ampliação e o armamento do Estado de Direito, que passa a ser um “Estado de segurança”. “Isso vale especialmente para a transformação da liberdade garantida pela Constituição, a qual entra em cena quando uma sociedade produz um excesso de riscos de segurança, tendo que proteger os bens constitucionais ameaçados através da ampliação considerável do aparelho de vigilância” (HABERMAS, 1997, p. 177).

Habermas chama a atenção para o papel do Direito na passagem do Estado liberal para o Estado social. Assim, no Estado social “o direito torna-se politicamente disponível, porém, ao mesmo tempo, ele prescreve para a política as condições de procedimento que ela tem que levar em conta para dispor do direito” (GÜNTHER, 1990 apud HABERMAS, 1997, p. 171). Quando o Estado amplia suas políticas, instrumentalizando e regulando as atividades sociais, vai haver uma substituição de medidas de legitimação jurídica pelo emprego do poder administrativo.

Neste ponto Habermas vai mostrar que há, nesse momento de transição, um conflito entre o que ele chama de administração clássica, ao referir-se ao modo de Estado Democrático de Direito liberal¹¹ e a necessidade de estruturação e regulação de políticas que surgiram com a complexidade das sociedades, que necessitava de uma moderna administração, prestadora de serviços, que assumisse tarefas de provisão, de elaboração de infraestrutura, de planejamento e de previsão de riscos, portanto tarefas da regulação política em sentido amplo, agindo voltada para o futuro e para a cobertura de grandes espaços. Tais intervenções deveriam interferir também nas relações entre sujeitos privados e grupos sociais.

Para superar tais obstáculos Habermas propõe o paradigma jurídico procedimentalista.

De um lado, a *teoria do direito*, fundada no discurso, entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito. De outro lado, a *teoria da sociedade fundada na comunicação* entende o sistema político estruturado conforme o Estado de direito como um sistema de ação entre outros (1997, p. 181).

Para este teórico o paradigma procedimental do Direito resulta de uma controvérsia acerca de paradigmas, segundo a qual o modelo jurídico liberal e o do Estado social interpretam a realização do Direito de modo demasiado concretista, ocultando a relação interna que existe entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretada caso a caso. Tais premissas colocam as citadas tendências de crise do Estado de Direito numa outra perspectiva e a necessidade de uma avaliação diferente recomenda novas práticas.

Aqui é feita uma crítica às formas de interpretações constitucionais que têm as instâncias de quem legisla, quem executa e quem aplica o Direito, e o papel da separação dos poderes, propondo outra institucionalização, por meio do discurso e novas formas de comunicação.

O discurso concretista sobre o “legislador”, a “justiça” e a “administração” disfarça a lógica de uma separação de poderes conforme o Estado de direito, que regula, num outro nível de abstração, o poder de dispor sobre os tipos de argumentos e o modo de tratá-los. Ele exige a institucionalização de diferentes discursos e formas de comunicação correspondentes, as quais abrem – *em qualquer tipo de contexto* – possibilidades de intervir

¹¹ Enquanto a administração clássica podia concentrar-se em tarefas de ordenação de uma sociedade econômica, entregue à autorregulação econômica ela só devia intervir, em princípio, quando a ordem garantida pelo Estado de direito e pelo direito constitucional fosse perturbada. (...) o sentido da ordem jurídica consistia em proteger a liberdade jurídica das pessoas contra intromissões de um aparelho de Estado limitado à manutenção da ordem (HABERMAS, 1997, p. 173-174).

nos tipos de argumentos. Uma abordagem reflexiva dos problemas carentes de solução, dos tipos apropriados de direito e dos argumentos exigidos traz conseqüências, tanto para a gênese, democrática, como para a elaboração posterior de programas legais (HABERMAS, 1997, p. 182).

Com tais ideias é atingido o núcleo do paradigma procedimentalista do Direito, pois a combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não institucionalizada (MAUS, 1992 apud HABERMAS, 1997, p. 186) são a chave para se entender a gênese democrática do Direito. O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do Bem-Estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais¹² e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos.

Esta hermenêutica vai influenciar as definições do que seja igualdade, solidariedade e justiça.

Vai influenciar também o entendimento sobre Justiça Tributária, sobre os mecanismos de produção da legislação sobre os tributos, sobre as propostas de reforma do Sistema Tributário brasileiro, a função do Estado fiscal, e ainda sobre o papel do contribuinte, como ator da construção do Estado democrático.

Nesse sentido, pode-se propor o fortalecimento da soberania popular e de atividades públicas não estatais. O fortalecimento das instituições no Brasil deve passar pela ampliação dos mecanismos democráticos, que são elementos essenciais à construção de uma sociedade mais justa. A efetividade dos preceitos constitucionais da justiça e da equidade, contudo, passa, necessariamente, por um aumento da participação direta da população na construção, exercício e controle das atividades públicas. Esta participação deve estar relacionada, sobretudo, às questões tributárias: criar impostos mais justos, arrecadar bem e gastar bem, são etapas que exigem a participação direta de todos, na busca de um Sistema Tributário brasileiro mais justo e equânime.

4 CONCLUSÃO

De acordo com o exposto, o que se viu, de maneira geral, é que as propostas de reforma do Sistema Tributário brasileiro trazem diversos elementos em comum: foi demonstrada a ineficácia das instituições, como do Legislativo e do Executivo, na construção de uma estrutura tributária mais justa; as instituições de pesquisa fazem seus estudos baseados nos determinantes econômicos – preceitos neoliberais e forças de mercado. De maneira geral o Sistema é regressivo, injusto e fere os preceitos constitucionais de Justiça e equidade.

Diversos elementos dos valores da sociedade brasileira estão fundados nas normas constitucionais, e interpretados por meio do método hermenêutico do concretismo. As propostas de mudanças (emendas constitucionais) são rígidas e passam por um processo, que na maioria das vezes não contempla a participação popular, fazem parte de um jogo de interesses, do qual grupos hegemônicos, com maior poder de barganha, saem vitoriosos na construção e reformulação das leis.

Não se discute a participação popular como elemento de construção de justiça tributária, pois não faz parte do jogo de interesses outro tipo de processo, a não ser o conflito institucional ou a obediência aos preceitos do mercado. Outro elemento faltante nas discussões é o debate sobre se a democracia (esta que está posta no ordenamento jurídico constitucional brasileiro), chamada de representativa, é ou não adequada? Até que ponto o Legislativo representa o interesse do povo?

Deve-se ampliar o debate sobre reforma administrativa, a qual está ligada não à eliminação do Estado, mas precisamente a sua reconstrução em moldes mais efetivos. Uma reconstrução que pressupõe a superação de dilemas obsoletos, como o que pretendia forçar-nos a optar entre estatismo exacerbado e o livre-mercado, e que tampouco se deixa manietar por uma falsa identificação entre o público e o estatal.

É necessária a ampliação do debate sobre a jurisdição constitucional procedimentalista, que traz o discurso do fortalecimento das instituições no Brasil, assim como a ampliação dos mecanismos democráticos como elementos essenciais à construção de uma sociedade mais justa.

¹² “(...) a teoria da ação comunicativa, uma nova teoria da racionalidade, uma teoria consensual da verdade e da correção e uma teoria da evolução social” (CORTINA, 2010, p. 163).

De acordo com tais construções teóricas, pode-se visualizar a dificuldade de construção da Justiça (ou redução da injustiça) Tributária no Brasil. Um arquétipo social baseado na bipolarização de discursos hegemônicos que transitam entre o Estado mínimo e aumento do Estado; entre redução ou aumento da intervenção do Estado na economia; entre politização do Judiciário ou judicialização da política. Não se muda, contudo, a estrutura democrática, representativa, e seu principal aliado, o mercado. As instituições políticas, jurídicas e econômicas permanecem presas aos mecanismos de dominação do poder; por outro lado, soberania popular e efetiva participação cidadã continuam fazendo parte das agendas do futuro.

5 REFERÊNCIAS

- AMORIM, Wellington Lima. *Sobre a democracia deliberativa: Joshua Cohen a Jürgen Habermas*. 2015. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ltaca/article/view/2410/2059>>. Acesso em: 14 nov. 2016.
- BOHMAN, J. *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*. 1996. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40238011>>. Acesso em: 14 nov. 2016.
- BRASIL, Constituição (1988). *Emenda Constitucional Emenda Constitucional nº 41*, de 19 de dezembro de 2003.
- CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. *Reforma tributária: uma breve análise da PEC Nº 233/2008*. Jan. 2013. Disponível em: <<http://www.sinprofaz.org.br/artigos/reforma-tributaria-uma-breve-analise-da-pec-no-2332008/pagina-12>>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- COHEN, Joshua. Reflections on Habermas on Democracy. *Ratio Juris*, vol. 12, n. 4 dez. 1999. [on-line]. Disponível em: <<http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/5452/Ratio-Juris-Vol12-No4.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.
- CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FEDERAÇÃO NACIONAL DO FISCO ESTADUAL (Fenafisco). *Nota técnica sobre a PEC 233/2008*. Brasília, 2008.
- GARCIA, Emerson. *Direito Judicial e Teoria da Constituição*. 2008. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=2da5f8f6-8764-4584-9c41-a4268b1595c8&groupId=10136>. Acesso em: 17 dez. 2011.
- GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, 1929. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. II.
- JORGE, Éder. Estudo sobre a reforma da previdência – EC Nº 41/2003. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VII, n. 18, ago. 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4387>. Acesso em: 9 mar. 2017.
- LIMA, Edilberto Carlos Pontes. *Reforma Tributária no Brasil: entre o ideal e o possível*. TD Nº 666. Brasília: Ipea, 1999.
- LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion* [on-line], vol. 51, n. 121, p. 227-258. ISSN 0100-512X, 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2010000100012>>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- MADERS, Angelita Maria; DUARTE, Isabel Cristina Brettas. Procedimentalismo e substancialismo: diferentes perspectivas sobre a jurisdição constitucional brasileira na atualidade. *Orbis: Revista Científica*, v. 2, n. 2, 2011.
- MEDINA, Damares. *A Emenda Constitucional nº 41/03 e as regras de transição*. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5346>>. Acesso em: 8 mar. 2016.
- SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha. *Reforma tributária PEC Nº 233/2008*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2008.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2006.

GUERRA TOTAL E A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.153-164>

Recebido em: 14/3/2019

Aceito em: 19/4/2019

Sidney Cesar Silva Guerra

Pós-Doutorado pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutorado e Mestrado em Direito. Especialização em Direito Internacional pela Academia de Direito Internacional de Haia. Especialização em Direito Humanitário pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Especialização em Direito Internacional pelo Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos (OEA). Professor-adjunto IV da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Professor-convidado de várias Universidades Estrangeiras. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional Público, Direitos Humanos e Direito Ambiental. sidneyguerra@terra.com.br

Lucas Leiroz de Almeida

Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional. llucasleiroz@gmail.com

RESUMO

Desde os seus primórdios, a humanidade sempre conviveu com o conceito de guerra. A intolerância, o egoísmo e a falta de amor ao próximo, conduziram a raça humana para muitas contendas que, indubitavelmente, acabam por resultar em danos irreversíveis para milhares de pessoas. Na guerra não se faz outra coisa senão lutar, e essa luta é feita com armas. Houve, portanto, a necessidade de se estabelecer regramento próprio para a mesma na esfera do Direito internacional. A tentativa de se abolir a guerra do seio da sociedade mundial é extremamente difícil, fazendo com que os Estados adotem medidas para minimizar as atrocidades praticadas quando da eclosão de um conflito bélico, surgindo as normas provenientes do *jus in bellum*. Iniciados os atos de hostilidade, o *jus in bellum* é imediatamente acionado na ordem jurídica internacional, tendo em vista ser o conjunto de normas que deverá ser observado durante o conflito, incluindo o tratamento aplicado pelos Estados beligerantes aos enfermos, feridos, prisioneiros, população civil, assim como aos combatentes e não combatentes. O *jus ad bellum* (direito à guerra) consiste no direito de fazer a guerra quando esta se apresentar com subsídios para sua legitimação (justa). Hodiernamente, o direito à guerra se apresenta na ordem jurídica internacional como um ilícito, salvo duas hipóteses previstas na Carta das Nações Unidas: legítima defesa coletiva ou individual e autorização do uso da força junto ao Conselho de Segurança das Nações Unidas. Neste estudo, o principal objetivo será o de apresentar uma abordagem do ordenamento jurídico internacional contemporâneo a partir do conceito militar, histórico e geopolítico de guerra total (Totaler Krieg). O advento deste novo tipo de guerra no século 20 e as experiências registradas entre 1914 e 1945, fornecem valiosos dados para a compreensão da natureza do Direito Internacional em sua forma moderna.

Palavras-chave: Direito internacional. Guerra total. Relações internacionais. Geopolítica.

TOTAL WAR AND THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER

ABSTRACT

Since its beginning, humanity has always lived with the concept of war. Intolerance, selfishness, and a lack of love for others have led the human race to many strife that undoubtedly results in irreversible harm to thousands of people. In war there is nothing else but fighting, and this fight is done with weapons. Therefore, there was a need to establish its own rules in the sphere of international law. Attempting to abolish warfare within world society is extremely difficult, so the states adopt measures to minimize the atrocities practiced in the outbreak of a war conflict, emerging the rules of the *jus in bellum*. Initiated the acts of hostility, *jus in bellum* is immediately triggered in the international legal order, in order to be the set of rules that should be observed during the conflict, including the treatment by belligerent states to the sick, wounded, prisoners, civilian population, as well as combatants and noncombatants. *Jus ad bellum* (right to war) is the right to make war when it comes with subsidies for its (just) legitimation. Today, the right to war presents itself in the international legal order as an illicit one, except for two hypotheses provided for in the United Nations Charter: legitimate collective or individual self-defense and authorization of the use of force before the United Nations Security Council. In this study, the main objective will be to present an approach to the contemporary international legal system from the military, historical and geopolitical concept of total war (der Totale Krieg). The advent of this new type of war in the 20th century and the experiences registered between 1914 and 1945 provide valuable data for understanding the nature of international law in its modern form.

Keywords: International law. Total war. International relations. Geopolitics.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Breve contextualização histórica do Direito internacional. 3 Da guerra e da guerra total. 4 De Vestfália a Nuremberg. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde tempos imemoriais o homem está habituado à prática da guerra. São inumeráveis as razões pelas quais diferentes grupos humanos se enfrentam com apelo à violência física. Uma recente descoberta arqueológica de pesquisadores no Quênia registrou a mais antiga ocorrência de um massacre entre grupos humanos.¹ O conflito, especula-se, se deu entre dois diferentes grupos de caçadores em busca de recursos naturais e territórios. Entre os esqueletos são encontrados mulheres e crianças, sugerindo os níveis de violência já alcançados nas pré-históricas modalidades de guerra.

Ao iniciar com os caçadores nômades primitivos até a bomba atômica, uma longa tradição bélica foi construída por todos os povos. Líderes políticos e militares, teólogos, poetas e acadêmicos das mais diversas áreas do conhecimento, se propuseram a estudar, narrar, interpretar, teorizar e inovar a guerra. Desde os épicos homéricos às *Tempestades de Aço* de Ernst Jünger, toda sorte de esforços é empregada em descrever a guerra. A valorização da figura do herói tem sido, em tempos remotos, uma marca singular das narrativas da guerra. Pode-se afirmar que até o século 20 essa figura ainda possuía em si alguma espécie de base lógica efetiva, premiando o combatente corajoso, vitorioso, destemido e leal, independente do lado pelo qual combatia – desde uma perspectiva clássica do heroísmo. O progresso técnico e seus desdobramentos bélicos, contudo, trouxeram consigo uma mudança radical no modo de se interpretar a guerra, uma vez que, na era da artilharia pesada, dos bombardeios aéreos e das armas de destruição em massa, torna-se praticamente impossível evitar o ofuscamento de qualquer figura heroica ou destemida. A guerra progressivamente adquire um caráter pessoal. O combate corporal e as mobilizações de infantaria gradativamente cedem espaço ao poder mortífero dos ataques aéreos e das armas de destruição em massa, que extinguem toda possibilidade de luta pessoal, ofuscando o heroísmo e agregando à guerra um caráter de pura aniquilação.

A transição da guerra em seu conceito parcial tradicional para uma dimensão total, tem suas origens ainda nos séculos 18 e 19,² mas seu estopim se deflagra com o advento das Guerras Mundiais entre 1914 e 1945, naquilo que Eric Hobsbawn chamaria de Guerra Mundial de 31.³ Conceitos outrora bem-demarcados, tais quais campo de batalha e metrópole e combatente e civil, são flexibilizados, caracterizando uma nova modalidade de guerra, praticamente sem limites, com uma mobilização plena de todos os recursos do país para fins bélicos e absolutamente tudo o que se remete ao agrupamento humano oponente – Estado-Nação, movimento beligerante ou correlato – adquire um caráter inimigo, incluindo a população não militar, as cidades, a ideologia, a história e a cultura. O objetivo da guerra é transferido da intenção de submeter um grupo inimigo a uma vontade política para a busca por sua total aniquilação, seu completo extermínio.

O desfecho da Guerra Total no século 20 não poderia exigir outra reação da sociedade internacional senão um forte movimento pela paz e pela segurança internacional, contrário a qualquer forma de conflito armado e disposto a sacrificar liberdades básicas dos Estados-Nação, até então os únicos atores do cenário internacional e os grandes responsáveis pelas Guerras Mundiais e por toda a catástrofe delas decorrente. A fracassada Liga das Nações renunciou o sucesso da Organização das Nações Unidas, que em nada mais consistiu do que na criação de um Leviatã hobbesiano na esfera internacional, isto é, uma fuga de uma espécie de *estado de natureza* das nações. Desde então, o mundo westfaliano teve sacramentado seu fim e a transição de um direito internacional de Estados Nacionais para um direito internacional de natureza universalista e levitânica, sendo transferido o *jus belli* para um Conselho de Segurança internacional. Longe, porém, de significar qualquer evidência empírica do mito jurídico da igualdade política de todas as nações, a nova fase do direito internacional estabelecida pelo pós-guerra nada mais representou do que a entronização dos vencedores e sua justiça sobre as nações derrotadas, cujo símbolo atemporal se desenhara na realização dos controversos Julgamentos de Nuremberg, que, longe de representar uma justiça real e uma compensação dos efeitos da

¹ Ver: GORMAN, James. Prehistoric Massacre Hints at War Among Hunter-Gatherers. The New York Times. 21 de Jan. de 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/01/21/science/prehistoric-massacre-ancient-humans-lake-turkana-kenya.html>. Acesso em: 20 fev. 2019.

² Para maior atenção ao tópico, ver: BELL, David. *The First Total War: Napoleon's Europe and the Birth of Warfare as We Know It*. 1 ed. Boston, Houghton Mifflin Co., 2007.

³ HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995. p. 30.

Guerra, marcaram simplesmente uma justiça dos vencedores num tribunal militar de exceção, desprovido de princípios básicos de justiça, levando a julgamento réus acusados de atos que, ao tempo de seu cometimento, não constituíam crimes (*ex post facto*).

Em suma, historicamente as nações têm aberto mão de uma parcela significativa de sua soberania em prol do gozo da parcela restante com maiores níveis de estabilidade e segurança. Se, porém, ainda havia algum tipo de equalização de poderes no sistema bipolar inaugurado pela Guerra Fria sob o antagonismo de duas potências nucleares, com a queda definitiva da URSS e a unipolarização geopolítica sob o jugo americano-ocidental e liberal, esse estado de segurança se deteriora em prol de uma completa subordinação universal à *pax americana*. Recentes eventos na esfera geopolítica têm denotado mais um estado de transição desde o advento da era Putin na Rússia e a ascensão avassaladora da China, tornando possível a especialistas que hoje seja especulado o nascimento de um mundo multipolar, quando a figura do *pluriversum*⁴ seja novamente passível de significação jurídica e política. Enquanto esse processo ainda se desenha sem real prejuízo da ordem vigente, cabe a pesquisadores do Direito Internacional e das Relações Internacionais o estudo das origens da ordem vigente e uma análise comparativa das conclusões obtidas com as linhas que vão, aos poucos, se delineando para a formação de um novo ordenamento. A isto se propõe o presente estudo.

2 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL

Compreender a história do Direito Internacional é um importante ponto para o desenvolvimento do presente estudo. Prenúncios de um *Jus Gentium* podem ser encontrados ao longo da Antiguidade e da era pré-global como um todo. Porém, como assinala Carl Schmitt (2008), porém, os impérios pré-globais tratavam o mundo desde uma perspectiva mítica, dado o total desconhecimento da vastidão territorial dos continentes e oceanos, de modo que o Direito Internacional pré-global é *internacional* em um sentido incompleto e controverso, vindo este fato a mudar apenas com o desbravamento dos mares e o surgimento de verdadeiras potências terrestres e continentais em oposição a potências marítimas e globais.⁵

Na Idade Média, ainda em Carl Schmitt,⁶ o direito das gentes adquire um caráter indissociável da esfera da comunidade cristã europeia, o que se chamou de *Respublica Christiana*, isto é, a comunidade de povos sob o jugo da *auctoritas spiritualis* do Papa de Roma. A guerra, dentro das circunscrições territoriais da *Respublica Christiana*, não abalava sua estrutura e não possuía o mesmo significado material e espiritual da guerra direcionada aos povos estrangeiros e infiéis, cuja guerra e anexação territorial por um soberano cristão era legítima (*justum bellum*) enquanto abençoada pela autoridade papal.

A ideia de *Respublica Christiana* é indissociável do conceito de *Katechon*, da possibilidade de se evitar a vinda do Anticristo. A figura do Imperador e sua aliança espiritual adquirem essa função mística e escatológica tanto no catolicismo romano da Idade Média ocidental quanto na Ortodoxia Oriental durante o Império Bizantino e, posteriormente, no Czarismo russo. As bases estariam nas próprias Escrituras, conforme 2 Tessalonicenses 2:6-2:7 (BÍBLIA, 1969).⁷ Esse caráter metafísico, segundo o qual o político se fundamenta na missão de evitar o fim dos tempos com a chegada do Anticristo – é gradualmente desfeito com a desintegração do conceito de *Imperium* e o advento da Idade Média tardia, onde, após seu apogeu, o sistema socioeconômico e jurídico do medieval entra em decadência, abrindo espaço para o surgimento do Estado e da Modernidade.

A deterioração do Direito das Gentes medieval prossegue com o advento da Modernidade, havendo o surgimento efetivo de uma nova ordem jurídica apenas com a Paz de Vestfália (1648), que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) e reordenou a Europa em uma sociedade de Estados-Nação, diminuindo consideravelmente o poder da Igreja Católica e promovendo uma guinada gnosiológica que sedimentaria as bases para todo o pensamento jurídico e político contemporâneo.

⁴ Sobre o pluriversalismo jurídico, ver: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do Direito internacional*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

⁵ SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del "Jus Publicum Europaeum"*. Buenos Aires: , 2005. p. 30-36.

⁶ *Ibidem*, p 36-48.

⁷ “E agora vós sabeis o que o detém, para que a seu próprio tempo seja manifestado. Porque já o mistério da injustiça opera; somente há um que agora o retém até que do meio seja tirado” (2 Tes. 2:6,7). Historicamente, aquele que detém o Anticristo tem sido interpretado como o Imperador Cristão.

O mundo vestfaliano perdura, sobrevivendo à era napoleônica (1799-1815), e entra em crise paralelamente com o advento do imperialismo liberal-burguês do capitalismo industrial. Para entender o desenvolvimento do Estado e da ordem internacional por sua figura gerada, é necessário também levar em consideração a gestação do capitalismo no estopim da Modernidade e do requerimento por parte da burguesia da chancela do Estado-Nação. A figura do Estado fora indubitavelmente necessária à classe burguesa em seu processo de afirmação histórica e de secularização da ordem europeia na transição do medievo para a Modernidade. Esse cenário, porém, começa a mudar com a necessidade de expansão dos mercados pelas potências capitalistas, marcado pelo avanço imperialista em terras africanas e asiáticas. Pode-se afirmar que, desde uma perspectiva crítica, o declínio da ordem dos Estados Nacionais tem seu início com as movimentações imperialistas entre os séculos 19 e 20.

Também entre fins do século 19 e começo do 20 surgem aqueles que até então seriam os maiores símbolos do Direito Internacional, a saber, as primeiras Convenções de Paz da Haia e as Convenções de Genebra, que lançam as bases do Direito Internacional Humanitário,⁸ que consiste nas regras universais de respeito à vida humana em situação de combate e estabelecem as leis e os crimes da guerra. O período de paz do qual disfrutava a Europa na época de expansão imperialista do capitalismo industrial e de declínio da ordem dos Estados nacionais, tornaram possível estes que seriam, até então, os maiores adventos do direito em esfera internacional: o estabelecimento de regras referentes à prática da guerra positivadas por tratados internacionais celebrados entre potências soberanas. Logo, porém, seriam abaladas todas as conquistas do Direito Internacional com o estopim da Guerra Mundial e a reconfiguração geopolítica e jurídica da Europa e de todo o planeta.

Como menciona Hobsbawn, a palavra “paz” deve significar “antes de 1914”, havendo, depois desse ano, algo que já não mais seria digno desse nome.⁹ A grande Guerra dos Trinta Anos do século 20, tal qual sua predecessora do século 17, assume um papel fundamental na substituição de um ordenamento jurídico internacional por outro. Com as Guerras Mundiais surge a Guerra Total, um conceito radical de guerra que demanda a total mobilização de esforços para os fins do combate. A participação dos civis se torna efetiva, as cidades confundem-se aos campos de batalha e toda a nação está envolta na Guerra em menor ou maior grau. O cenário que então se delineia é o da mais completa catástrofe. É inaugurada a era do massacre.¹⁰ O século mais sangrento da história da humanidade muda para sempre o curso da história.

Com a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), em sua essência, uma guerra imperialista, a ordem dos Estados nacionais, já em declínio, começa a desmoronar. Com o fim do conflito e a derrota da Alemanha, restava clara a todos os Estados envolvidos nos combates a necessidade de se desenvolver o Direito Internacional para além de todos os limites até então alcançados, uma vez que o maior desejo de toda a comunidade internacional, a partir daquele momento, era evitar que novos conflitos de mesma magnitude ocorressem. Em 1919 começam, então, as reuniões em torno de um acordo para pôr um fim definitivo ao conflito, cujo armistício ocorrera no ano anterior, e estabelecer um planejamento com fins de impedir sua retomada ou repetição. Para isso, surge a Liga das Nações, com o objetivo de garantir a paz entre os povos. Em paralelo, é assinado o polêmico Tratado de Versalhes, que explicitamente responsabiliza o Reich alemão pela Guerra e lhe impõe uma série de sanções e restrições, tais quais a perda de territórios, o pagamento de uma desproporcional indenização pelos danos do conflito e uma grande restrição em seu contingente militar. Para os alemães, o Tratado é recebido como uma imposição (*Diktat*), e ao povo germânico representa apenas vergonha, humilhação e todo um rol de mazelas sociais que viriam a se suceder sob a impotente República de Weimar.

Sobre o Tratado de Versalhes, em outra oportunidade¹¹ assentou-se que, diferentemente do que acontecia quando da celebração de Conferências de Paz, este não estabeleceu o encontro entre vencedores e vencidos, haja vista que os Estados derrotados não participaram da referida Conferência, caracterizando a “paz dos vencedores”. A paz estabelecida com o Tratado de Versalhes, como se pode evidenciar, ocorreu com os

⁸ GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁹ HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 30.

¹⁰ *Ibidem*, p. 29-60. Ver também: SINGER, David. *The Wages of War 1816-1965: A Statistical Handbook*. Nova York; Londres; Sidney; Toronto: John Wiley & Sons, 1972. p. 66, 131.

¹¹ GUERRA, Sidney, *op. cit.*, p. 360.

países que venceram a guerra, excluindo-se, então, os derrotados. Levando-se em consideração que eles não foram convocados para participar como signatários do referido tratado, infere-se que foram deixados resquícios para futuros conflitos, tendo em vista ter ficado enraizado, no coração dos derrotados, a fumaça do ódio, da revolta e do repúdio”.

Indubitavelmente que as condições humilhantes impostas à Alemanha pelo Tratado de Versalhes contribuíram consideravelmente para a formação de um nacionalismo hostil entre os alemães. Esse sentimento seria posteriormente aproveitado por Adolf Hitler e contribuiria para o advento do nazismo e do Terceiro Reich. A crise mundial do liberalismo, deflagrada pela Grande Depressão em 1929, que levou nações inteiras à falência, também foram grandes fatores propulsores da avalanche totalitária na Europa. Com populações inteiras insatisfeitas e céticas quanto ao moribundo Estado liberal e temerárias quanto ao comunismo soviético, o resultado não poderia ser outro senão um solo fértil para os discursos extremistas de um ultranacionalismo radical e violento que se apresentava como uma terceira via política.

Em 1939 deflagra-se a Segunda Guerra Mundial, que se estenderia até 1945, envolvendo, de uma forma ou de outra, todos os continentes e, praticamente, todos os países do globo. Ainda que se fale em uma “Primeira Guerra Mundial”, este conflito envolveu efetivamente apenas os limites do continente europeu, e entre 1939 e 1945, pela primeira vez na história, o mundo entrou em guerra, culminando com a denominada “era do massacre” para muito além de todos os limites e especulações que havia alcançado o conflito antecedente. O saldo de cerca de 54 milhões de mortos¹² rendeu ao século 20 a digna e vergonhosa marca de século mais sangrento da história humana. Não bastassem as divulgadas barbáries perpetradas pelas potências do Eixo, a exemplo do Holocausto e das perseguições políticas e raciais, as nações aliadas não deixaram a desejar em termos de desumanidade, como se pôde ver em episódios como o bombardeio de Dresden, a onda de estupros de mulheres alemãs com a vitória soviética, e as desnecessárias e brutais explosões das duas bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki. No fim, todas as partes envolvidas na Segunda Guerra Mundial concordaram em fazer do conflito o de maiores índices de brutalidades.

Com o término dos conflitos e a vitória aliada, tal qual na Primeira Guerra Mundial, as potências vencedoras consentiram em estabelecer uma punição aos derrotados, que foram novamente responsabilizados pelas hostilidades. No afã de punir os alemães, fora estabelecido, em Nuremberg, entre 1945 e 1946, o Tribunal Militar de Nuremberg, cujo fim seria o julgamento de uma lista de nomes de alemães cujos critérios de seleção seguem obscuros. A lista não englobava um número incerto de alemães que, responsáveis por eventos de grande relevância na Guerra, aceitaram, com a rendição, colaborar com as forças aliadas contra a Alemanha, como militares e cientistas radicados nos Estados Unidos da América. Igualmente, não houve um planejamento em se capturar alemães desaparecidos, que fugiram para diversas partes do mundo, e cujo paradeiro permanece em obscuridade.

Os problemas com o Tribunal de Nuremberg não terminam na seleção de réus, mas se estendem à formulação da Corte. Não havia, antes dos Julgamentos, qualquer tipo de lei que tornasse criminosos os atos perpetrados pelos acusados, uma vez que à época ainda prevalecia a soberania dos Estados nacionais ante um direito internacional nascituro. Nuremberg fez e executou a própria lei, em incidência *ex post facto*, num cenário tal em que os vencedores de um conflito criaram, findados os fatos, normas que os condenassem retroativamente, acusando, julgando e condenando homens que, apesar de toda a conhecida desumanidade de seus atos, não estavam a cometer crimes à época de sua execução.

Não sendo de muita relevância a questionabilíssima legitimidade dos Julgamentos de Nuremberg, o que realmente importa ao presente estudo é o legado de sua ocorrência. Nuremberg inaugura uma nova fase do Direito Internacional, em que um seleto número de nações vencedoras acumula o monopólio jurídico internacional, tendo, em decorrência de sua vitória, força suficiente para ditar regras e impor suas vontades políticas no cenário internacional. Dessas nações, as duas que prevaleceram nesse jogo de poder foram os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que, até 1991, dividiram o mundo em uma geopolítica bipolar.

¹² *Idem.*

Outro efeito que não pode deixar de ser mencionado é a conscientização coletiva das nações sobre a periculosidade da soberania irrestrita dos Estados Nacionais, posto que, à época de sua ocorrência, todos os crimes contra a humanidade, perpetrados pelos prepostos dos Estados beligerantes, eram inequivocamente legais – e é justamente aí que se encontra toda a fragilidade da legitimidade dos Julgamentos de Nuremberg. Isso levou a um consentimento dos países em se estabelecer uma nova organização internacional – visto que, como era previsível desde o estopim da Segunda Guerra Mundial, a Liga das Nações não resistiria a seu fracasso em estabelecer a paz mundial –, que asseguraria aos povos um mundo de maior pacificidade e de direitos mínimos universais. A partir daí, os Estados concebem uma nova Organização Internacional – a Organização das Nações Unidas (ONU).

Com o advento das Nações Unidas encerra-se o ordenamento jurídico internacional vestfaliano e inaugura-se uma ordem jurídica internacional, em que o direito sobre a guerra passa às mãos de um Conselho de Segurança ocupado por países de grande relevância geopolítica.

Após a queda do comunismo soviético em 1991, a ordem bipolar se transfigura em um ordenamento geopolítico unipolar, iniciando uma era de pleno poder americano-ocidental, que, por sua vez, implica maior capacidade de violar e criar normas internacionais, legitimando atos ilegais dentro da esfera internacional, tal como se pôde notar em episódios como a Invasão do Iraque (2003) e a Guerra do Kosovo (1998-1999).¹³ Assim, a sucessão de eventos na seara geopolítica, desde o surgimento das Nações Unidas, denota a indubitável relação de subordinação do Direito Internacional para com a *Realpolitik*, inaugurada em Nuremberg.

3 DA GUERRA E DA GUERRA TOTAL

Carl von Clausewitz (2007), o gênio prussiano da guerra, define a mesma como *o ato de força para compelir o inimigo a realizar a nossa vontade*,¹⁴ ou, *nada além de um conflito em larga escala*.¹⁵ Historicamente, as guerras têm servido como instrumentos políticos utilizados pelos agentes beligerantes em uma mútua tentativa de submissão do oponente às suas respectivas vontades. Como diria Carl Schmitt, o meio político extremo.¹⁶ Essa característica “limitada” da guerra marcou, sobretudo, a era moderna e o sistema dos Estados Nacionais, conforme corrobora Hans Morgenthau, em *A Política entra as Nações* (1948).

A guerra parcial, ou limitada, é, por excelência, a guerra entre Estados Nacionais soberanos; o conflito racional entre agentes estatais beligerantes com oponíveis vontades políticas; o duelo estendido à proporção das hostes; a expressão bélica perfeita do sistema individual-estatal e do ordenamento jurídico proto-liberal de fronteiras artificiais atomizadas. Essa ordem internacional perdura ao longo da era vestfaliana, caindo por terra com o advento das guerras mundiais no século 20. Surge, então, a Guerra Total. Este estranho fenômeno transfigura a natureza da guerra, transformando-a de um conflito parcial e incontestavelmente limitado por uma série de fatores materiais e imateriais, em um confronto sem medidas, irrestrito, irracional e de plena mobilização de esforços. Morgenthau (2003) define em quatro os fatores pelos quais a guerra se convertera em um conflito total:

Já assinalamos que a guerra, em nossa época, se tornou total sob quatro aspectos distintos, com respeito: (1) à parcela da população completamente identificada, em suas emoções e convicções, com as guerras de seu país; (2) ao segmento da população que participa da guerra; (3) ao contingente da população afetada pela guerra; e (4) aos objetivos perseguidos pela guerra (2003, p. 679).

Ainda que se determinem primórdios e paralelos nas Guerras Napoleônicas, é a Primeira Guerra Mundial o conflito que inaugura a era da Guerra Total. Nunca antes uma guerra registrara tão expressiva quantidade de mortos e tão larga escala de potencial de destruição e aniquilação. Para ingleses, franceses e alemães, a Grande Guerra foi a mais completa catástrofe. Para os tardios interventores dos Estados Unidos da América, as dimensões foram bem menores. São justamente esses fatores que permitiram a queda da hegemonia da

¹³ Sobre o tema, ver: ZOLO, Danilo. *La Justicia de los Vencedores: de Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Ed. Trotta, 2007. CASSESE, Antonio. Il Processo a Sadam e i Nobili Fini della Giustizia. In: *La Repubblica*, 19 out. 2005.

¹⁴ VON CLAUSEWITZ, Carl. *On War*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 13.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ SCHMITT, Carl. *O Conceito do político*. Teoria do Partisan. Del Rey: Ed. Belo Horizonte, 2008. p. 38.

Europa ocidental ante o desenvolvimento de um novo *hegemon* sob a égide de Washington. O período entreguerras, marcado pela Crise de 1929 e pelo advento dos extremismos e dos governos de massa (fascismo, nazismo, comunismo e *Welfare State*), molda as bases para o conflito mundial subsequente, uma guerra ainda mais brutal e o maior morticínio já registrado na história.

Talvez o grande marco de aquisição de uma natureza “total” por parte da Segunda Guerra Mundial seja a invasão da União Soviética pela Alemanha nazista, que, por sua vez, já se encontrava em combate com as potências ocidentais. Após séculos de czarismo, o recém-fundado gigante vermelho ainda enfrentava as dificuldades para superar as consequências do modelo econômico semifeudal da Rússia imperial e reaver um *status* efetivo de potência mundial. O avassalador poderio bélico alemão impusera, de início, violentas derrotas aos soviéticos, que não tiveram alternativas senão recorrer à guerra total. Todas as forças da União Soviética foram mobilizadas à guerra. Não à toa o conflito é até hoje reconhecido entre os russos como a Grande Guerra Patriótica (*Великая Отечественная война*).

Quando do histórico discurso do ministro da Propaganda do Reich, Joseph Goebbels, no Sportpalast e da declaração da Alemanha de guerra total (“*Wollt ihr den Totalen Krieg?*”)¹⁷ ante a uma inesperada reviravolta soviética, se deflagrara, portanto, o estado de plena mobilização de recursos e esforços na Alemanha. Para os alemães era, então, iniciada a Guerra Total. Para os soviéticos, esta já era uma realidade há muito tempo.

É preciso destacar, contudo, que o conceito de Guerra Total ainda carece de uma robustez teórica, tendo sido utilizado ao longo das décadas de forma demasiadamente vulgar, cumprindo função de propaganda política – vide o caso supramencionado –, ainda que descrevesse um fenômeno real. No afã de se teorizar o que seria uma guerra de natureza “total”, muitos autores tentaram estabelecer premissas a partir das quais se poderia classificar uma guerra como “guerra total”.

Como supracitado, Morgenthau (2003) estabelece quatro aspectos pelos quais a guerra moderna se tornou total. Estes aspectos, contudo, devem ser acrescidos ao caráter fundamental do progresso tecnológico, uma vez que o advento das novas tecnologias é um fator indissociável da conversão da guerra parcial em guerra total. O papel de centralidade da técnica, do aparato material e da indústria na guerra moderna, é o ponto-chave para compreender a nova natureza da guerra, profundamente marcada pela impessoalidade e pela aniquilação. Sobre o tema, recorramos a António Duarte (2005):

A este factor político-militar outro se reúne. A Grande Guerra demonstrou o papel central da realidade material, do factor industrial e tecnológico, da máquina como substituto do homem. A filosofia alemã, desde Nietzsche pelo menos, mais tarde com Heidegger e Junger, tornou central ao seu discurso a complexa relação entre a técnica e o totalitarismo. Junger, principalmente, fez da análise da Grande Guerra e do impacto da técnica nesta, um dos elementos para a compreensão do Mundo moderno, para a afirmação de um universo onde a técnica dominando o homem, o subordina ao seu pathos, aniquilando o indivíduo e com ele a possibilidade de liberdade. Para o autor, apesar de tudo, o “mito” do soldado desconhecido ainda podia fazer perviver o ideal de heróis conquistadores de mundos ígneos, coisa que a Segunda Guerra Mundial, puramente mecânica e automatizada inviabilizava. Era, paradoxalmente para Junger, o triunfo total da lógica da Guerra Total.

¹⁷ Em 18 de fevereiro de 1943, antes de uma inesperada reviravolta na Segunda Guerra Mundial, o ministro da Propaganda do Reich, Joseph Goebbels, declarava Guerra Total em histórico discurso no Sportpalast, em Berlim. Especula-se que o discurso tenha sido planejado por Goebbels ainda no ano anterior, quando começara a se delinear a derrota alemã em Stalingrado. Goebbels evocava a presença de um inimigo judaico-bolchevique, ante o qual as democracias ocidentais se mostravam fracas e incapazes de impedir o controle, restando unicamente à Alemanha a possibilidade de impedir um domínio judaico e comunista de todo o mundo. Em meio a esta disputa de valor quase que escatológico, a Alemanha lidaria agora com um quadro de derrota e vantagem soviética, uma vez que os vermelhos venciam o cerco e iniciavam a grande reviravolta na Guerra. Aos alemães somente restava uma alternativa: a Guerra Total (*der Totale Krieg*), isto é, mobilizar todas as forças e recursos do país para a guerra. Goebbels afirma que as democracias ocidentais divulgam que o governo alemão quer a Guerra Total em detrimento de seu povo, que supostamente clama pela capitulação. O público presente grita “não” e aclama fervorosamente (*Kapitulieren? Nein*). O ministro, então, proclama a indagação que entraria para história: “Vocês querem guerra total?” E, ainda: “Vocês a querem, se necessário, mais total e radical do que a podemos imaginar hoje?”. Em ambas as perguntas o ministro fora interrompido por gritos fanáticos de “sim!” e aplausos. Para os alemães, era o início da Guerra Total. Para os soviéticos, era a sua continuação. Para saber mais sobre o tema, ver, dentre outras fontes: HERF, Jeffrey. *The “Jewish War”: Goebbels and the Antisemitic Campaigns of the Nazi Propaganda Ministry. Holocaust and Genocide Studies*, vol. 19, n. 1, p. 51-80, 1º mar. 2005.

A percepção do que é Guerra Total, contudo, tende a variar entre os autores e suas respectivas nacionalidades de acordo com as experiências de cada nação no fenômeno da guerra moderna. Para os alemães, Guerra Total significa a dinâmica do material (*Materialschlacht*). Por outro lado, as demais partes envolvidas nos conflitos divergiam em interpretações do mesmo fenômeno:

Para facilitar a síntese, é talvez conveniente apresentar a interpretação que os diversos decisores estratégicos institucionais fazem da Grande Guerra e da “Guerra Total” à luz do conceito chave, de uma ideia força, que funciona como metáfora ou arquétipo de sua racionalidade estratégica. Assim, para os anglo-saxões (EUA e GB) a Guerra Total é, antes de mais nada, uma questão de recursos; para os franceses o assento é dado ao fogo, enquanto que para os alemães o que se sobressai é a dinâmica do material e para os soviético-russos o acento é na massa (física e geográfica) (DUARTE, 2005).

O fator determinante da Guerra Total, que prevalece em todas as concepções da mesma, é a mobilização total, isto é, mobilização máxima de recursos humanos e materiais com fins bélicos. É nesta perspectiva que Leon Daudet, em *La Guerre Totale* (1918-2008),¹⁸ conclui que a Guerra Total é a mobilização de toda a sociedade com vistas ao confronto entre as nações.¹⁹

Em verdade, ao fim das Guerras Mundiais – da experiência de 30 anos de Guerra Total – a ordem mundial até então vigente estava liquidada. Saíram vitoriosas do conflito duas potências mundiais ideologicamente antagônicas. Era o fim do ordenamento vestfaliano e o começo de uma ordem geopolítica bipolar, na qual todos os países do globo escolhiam, pela própria prudência, a qual bloco mundial integrar e viver sob quase irrestrita influência. A Liga das Nações, criada no período entreguerras para impedir uma nova experiência de Guerra Total, é substituída, após seu fracasso, pela Organização das Nações Unidas, que monopoliza, liquidada a lei de Vestfália, o direito da guerra sob um Conselho de Segurança, assumindo a guerra, a partir de então, um caráter criminal com uma formal extinção do direito de se fazer guerra, que, em outras e melhores palavras, pode ser também dita como uma monopolização desse direito em um selecionado internacional de potências globais, à época, antagonizadas em dois polos, e, após 1991, integralizadas no universo liberal.

O mérito do presente estudo é relacionar o fenômeno da Guerra Total com a guerra-de-todos-contra-todos, careacterística do estado natural hobbesiano. Tal qual a mítica reunião de indivíduos livres para a celebração do Contrato que criaria o Estado – o Grande Leviatã – se reuniram as nações nos Estados Unidos da América, em 1945, para a fundação da Organização das Nações Unidas, o Leviatã Mundial. Os Estados se convertem em indivíduos e a reunião das nações em assembleia se converte no Estado. O estado de natureza se converte no mundo vestfaliano e a guerra-de-todos-contra-todos se converte na Guerra Total.

Por quase meio século, contudo, o mundo enfrentaria o que se chamou de guerra fria. Um conflito não armado e não declarado entre Estados Unidos e União Soviética com fins de hegemonia global, exercendo influência em conflitos regionais, engajando-se em corridas científicas e tecnológicas, empreendendo uma forte campanha de *soft power* e assombrando todos os povos com uma constante ameaça de guerra nuclear. Com a queda da URSS e o soterramento histórico do socialismo soviético, a ordem geopolítica é reconfigurada sob a égide de um único polo ocidental, liberal e estadunidense. Com os Atentados de 11 de Setembro de 2001, os EUA empreendem uma guerra global ao terrorismo, utilizando desmedidamente de seu poderio militar e de sua influência ideológica para, inclusive com a violação do Direito Internacional quando conveniente,²⁰ garantir seus interesses travestidos de uma cruzada humanitária internacional contra o terror.

A Guerra ao Terror configura uma nova mudança no paradigma da Guerra em sua evolução histórica, assumindo o caráter máximo da Guerra transnacional, territorialmente descontínua e multifacetada. Suas implicações para o Direito Internacional, porém, ademais de não constituírem tema do presente estudo, ainda não se demonstram palpáveis, restando apenas previsões de teor especulativo.

¹⁸ DAUDET, Leon. *La Guerre Totale*. Montana: ,2008 (1918).

¹⁹ DUARTE, Antônio Paulo. A visão da “guerra total” no pensamento militar. *Nação & Defesa*, 3. série, n. 112, outono-inverno 2005. p. 33-50.

²⁰ Vide Guerra do Kosovo (1998-1999) e Invasão do Iraque (2003).

4 DE VESTFÁLIA A NUREMBERG

Rememorando os tópicos até aqui abordados, o conjunto de tratados eternizado como “Paz de Vestfália” soterrou a antiga ordem jurídica e política europeia da *Respublica Christiana*, dando lugar ao ordenamento dos Estados soberanos, que, à medida dos interesses da burguesia emergente, favoreciam o desenvolvimento do sistema capitalista, que então necessitava do resguardo estatal para seu florescimento e afirmação enquanto modelo econômico, pondo um definitivo fim ao velho modelo europeu, baseado no catolicismo romano e na cultura feudal. Como se sabe desde pelo menos Max Weber (1864-1920) e sua *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* (1905), a espiritualidade protestante forneceu uma sólida base metafísica ao despertar do capitalismo, cabendo, porém, também ressaltar o princípio epistemológico norteador do arcabouço ideológico do sistema nascituro, a saber, o individualismo, cujas bases remontam à Escolástica.²¹

Com o enfraquecimento do Sacro Império Romano-Germânico e da Igreja Católica, o reconhecimento do calvinismo e o surgimento de um sistema de Estados soberanos demarcados por fronteiras artificiais invioláveis, a Paz de Vestfália inaugurou um formato de sociedade internacional que permitiu o desenvolvimento do sistema capitalista em uma fase inicial, que sofreria drásticas mudanças com o advento do capitalismo industrial (século 18), que, tendo como sua consequência a necessidade de aquisição de mercado consumidor para a produção – bem como um alargamento das fontes de recursos materiais e humanos –, impulsionou a expansão supranacional do capitalismo, cuja primeira expressão fora o advento do imperialismo neocolonialista e a partilha de territórios na África e na Ásia (século 19). A partir de então, as fronteiras artificiais do modelo vestfaliano, outrora indispensáveis ao capitalismo, tornam-se um obstáculo a seus novos rumos e ambições. Nesse campo, o internacionalista argentino Marcelo Gullo trabalha sua Teoria do Umbral do Poder, segundo a qual, a história da construção do poder entre as nações pode ser visualizada por meio de estágios mínimos a serem alcançados para a conquista da real soberania dos países em cada época, tendo sido o primeiro estágio a constituição de um Estado Nacional, o segundo a industrialização e o terceiro a aquisição de territórios (sendo sucedido pela posse da bomba atômica após as Guerras Mundiais e o desenvolvimento de novas tecnologias na contemporaneidade).²²

O resultado direto da fase imperialista do capitalismo é a Primeira Guerra Mundial, que demonstra os sinais mais fortes da crise do modelo vestfaliano até então registrados. É então que surge a primeira experiência de Guerra Total, abalando todo um ordenamento previamente estabelecido por intermédio de uma nova modalidade bélica jamais registrada outrora. Após a Primeira Grande Guerra, os vitoriosos reuniram-se numa tentativa de estabelecer uma “paz dos vitoriosos”, expressa com grande perspicácia no Tratado de Versalhes, com suas abusivas imposições e restrições à derrotada Alemanha, e na criação da Liga das Nações, a primeira tentativa de se “corrigir” o sistema vestfaliano em prol de uma sociedade internacional mais justa e com força suficiente para assegurar a paz. O flagrante fracasso da Liga culminou na incapacidade de impedir um conflito com a magnitude da Segunda Guerra Mundial, ainda mais avassaladora do que a antecessora, e que dissolveu definitivamente o ordenamento vestfaliano ao evidenciar os perigos da soberania estatal irrestrita. Isto se expõe, uma vez que os atos perpetrados pela Alemanha nazista, de indubitável repulsa universal, não constituíam ao tempo de sua execução qualquer ilícito, sendo consagrados pelo ordenamento interno.

Ainda assim, os Aliados estabeleceram os Tribunais Militares de Exceção em Nuremberg e Tóquio (1945-1946) para julgar aqueles a que consideram culpados pela Guerra e pelos massacres. Desconsiderando uma análise profunda sobre o episódio em Tóquio e dando maior foco aos Julgamentos de Nuremberg em razão de sua inegável maior relevância para o Direito Internacional, é necessário que se estabeleça uma discussão fria e secular em torno do tema, sem incorrer em paixões ideológicas ou em irracionalismo emotivo. Em verdade, ainda que se leve em consideração o teor de barbaridades denunciadas em Nuremberg, a legitimidade do Tribunal ali estabelecido somente pode ser construída com tamanho esforço teórico e, para tal fenômeno, foi

²¹ Sobre este tema, ver: DE ALMEIDA, Lucas Leiroz. Da existência de um totalitarismo liberal-humanitário após 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5.379, 24 mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64898>.

²² Ver: GULLO, Marcelo. *La Insubordinación Fundante: Breve historia de la construcción del poder de las naciones*. *Biblos*, 1. ed. 5 nov. 2008.

necessário cunhar uma nova terminologia, a saber, os chamados *grotian moments*,²³ que, em referência ao jurista considerado o pai do Direito Internacional, Hugo Grócio (1583-1645), aludem a determinados momentos na história do Direito Internacional em que uma ilegalidade ou ilegitimidade se torna justificada por certo teor de “consenso” ante uma aparente necessidade. Nuremberg foi um “momento grociano”; um momento de recriação do Direito Internacional. O Tribunal ilegal se legitimou por um “consenso” (dos vencedores) sobre a necessidade de se punir os derrotados.

Para tratar do tema do Tribunal de Nuremberg, deve-se recorrer à doutrina italiana de Antonio Cassese (2005), com o qual verifica-se a existência do fenômeno da *Síndrome de Nuremberg*, que consiste na perpetuação do modelo de “justiça dos vitoriosos” na esfera das Cortes Internacionais. Danilo Zolo (2007) também toma a referida ideia por pressuposto em sua tese sobre a existência de um “duplo binário”, cuja estrutura se organizara ao fim da Segunda Guerra Mundial, eternizando um sistema de justiça dos vitoriosos, no qual um grupo de poderosas potências mundiais, camufladas sob o véu do Conselho de Segurança das Nações Unidas, rivaliza contra um polo de nações derrotadas e subjugadas.²⁴

Em suma, Nuremberg, com seus Tribunais de Exceção, encerra definitivamente o mundo que nascera em Vestfália com os tratados internacionais que puseram fim à Guerra dos Trinta Anos e inauguraram um ordenamento jurídico internacional de Estados Soberanos. Em uma linha do tempo genérica, após o desmantelamento da *Respublica Christiana*, a ordem dos Estados-Nação é estabelecida em Vestfália e sobrevive até o advento da Guerra Total, que revela as fragilidades do sistema de soberania estatal irrestrita no século 20, sendo o mesmo enfraquecido pela Liga das Nações e, definitivamente, encerrado no transcurso dos Julgamentos de Nuremberg e do advento das Nações Unidas, que fomentam o novo e vigente ordenamento internacional, flagrantemente marcado pelo universalismo jurídico do Leviatã Mundial, que diminui consideravelmente a soberania dos Estados em prol de maiores segurança e justiça na esfera internacional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tradicionalmente, a história do Direito Internacional Público é tratada numa perspectiva linear e evolutiva, de modo a fazer uso do discurso do progresso universal. Em regra, há a ideia de que o Direito Internacional evoluiu ao longo de sua história rumo a um estado de maior segurança entre as nações e garantias mínimas universais com a ideologia dos Direitos Humanos. Como ficou evidente no presente estudo, porém, a ordem jurídica internacional contemporânea apresenta-se como resultado da catástrofe universal deflagrada pelo fenômeno da Guerra Total no século 20, que pôs fim ao ordenamento vestfaliano, evidenciando suas fraquezas e requerendo o advento de um novo Direito Internacional.

A Guerra Total consiste em um fenômeno típico da natureza da guerra moderna, englobando seus traços de profunda mobilização de recursos humanos e materiais. A Guerra Total caracteriza-se pela completa movimentação da sociedade para o fim de não apenas derrotar e subjugar o inimigo, mas de buscar sua plena aniquilação, englobando também a sociedade civil, que se converte em inimiga tal qual o contingente militar.

A partir das experiências de Guerra Total torna-se flagrante a necessidade de um novo Direito Internacional. A Guerra Total transporta para o cenário internacional a realidade dos indivíduos do estado de natureza de Thomas Hobbes. De igual maneira, a criação das Nações Unidas transporta para o mesmo cenário o Leviatã hobbesiano.

Evidenciou-se, também, que o Tribunal de Nuremberg instaurou um novo modelo de jurisdição internacional, que, mais tarde, viria a ser consolidado e perpetuado com as Cortes de Haia. Nesse sistema nurembergiano, perdura um duplo-binário, no qual nações poderosas do Ocidente liberal impõem seus interesses na esfera internacional pela práxis jurídica, incorrendo mesmo, por vezes, na violação das normas vigentes. Violações estas que, pela força dos agentes violadores, passam a constituir novas regras, os chamados *grotian moments*.

²³ Sobre o conceito de Grotian Moment, ver: STERIO, Milena. A Grotian Moment: Changes in Legal Theory of Statehood. *Denver Journal of International Law and Policy*, 39, 209, 2011.

²⁴ Sobre o tema, ver obras suprarreferidas de ZOLO (2007) e CASSESE (2005).

O mundo vestfaliano dá lugar ao mundo nurembergiano. A ordem dos Estados-Nação cede espaço ao ordenamento leviatânico do universalismo jurídico das Nações Unidas. Antes, sob o cenário da Guerra Fria e da geopolítica bipolar, Estados Unidos e União Soviética contrabalanceavam o monopólio do uso da força no cenário internacional, contrapondo seus interesses com seus respectivos aliados na ONU. Após o fim do comunismo, o liberalismo se universaliza, tendo aniquilado toda e qualquer forma de oposição política. Chega-se, então, àquilo que Francis Fukuyama (2005) chamou de *O Fim da História*.

O universalismo liberal desconectou o estado vigente de sua construção histórica e o alienou de seus alicerces ideológicos, criando um estado geral de “normalidade”. A democracia liberal, o Estado de Direito e o capitalismo são universalizados, e sua tutela é reservada ao eixo ocidental, que assume um caráter de “guardião constitucional universal”.

A Guerra Total gerou também o controle total e, conseqüentemente, o totalitarismo universal dos vencedores da Guerra e dos acusadores-julgadores de Nuremberg. Como resultado, vive-se sob aquela que talvez seja a mais frágil ordem política internacional de que se tem registro, quando o poderio concentrado nas mãos de poucos países pela geopolítica unipolar gera um constante estado de insegurança coletiva entre os povos e a generalizada submissão de Estados soberanos a interesses externos.

Como não se poderia deixar de citar, a guerra, na contemporaneidade, assume um caráter global (ZOLO, 2007). Os inimigos dos acusadores-julgadores de Nuremberg se convertem em inimigos gerais da humanidade, sendo a própria “humanidade” uma característica da qual são excluídos. Aos que se opõem à axiologia ou a práxis do *establishment*, resta a mesma Guerra Total. E aqueles que, eventualmente, sejam derrotados pelo poder hegemônico, aguardam em Haia o que sucedera aos alemães em Nuremberg.

É possível pensar alternativas ao quadro vigente a partir das mais diversas perspectivas. As variações no âmbito da geopolítica e das Relações Internacionais tendem a ocasionar novas mudanças no campo do Direito Internacional. As evidências do surgimento de um ordenamento multipolar são cada vez mais bem-aceitas na Academia e, em breve, demandarão novos estudos com fins de se estabelecer uma nova possibilidade jurídica para esta outra realidade.

Por fim, resta mencionar que a Guerra Total continua a ser parte da realidade do mundo contemporâneo, e, por certo, encontra hoje sua face mais ameaçadora ante a possibilidade de um conflito armado com as tecnologias vigentes. É necessário, pois, conhecer a história e a formação do Direito Internacional para que se possa fortalecê-lo, superar suas crises e fraquezas e caminhar firmemente rumo a um mundo mais seguro e de maior estabilidade da paz entre os povos.

6 REFERÊNCIAS

- BELL, David. *The First Total War: Napoleon's Europe and the Birth of Warfare as We Know It*. 1. ed. Boston: Houghton Mifflin Co., 2007.
- BÍBLIA. *A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento*. Trad. João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.
- CASSESE, Antonio. Il Processo a Sadam e i Nobili Fini della Giustizia. *In*: La Repubblica, 19 out. 2005.
- DAUDET, Leon. *La Guerre Totale*. Montana: Kessinger Publishing, LCC, 1918-2008.
- DE ALMEIDA, Lucas Leiroz. Da existência de um totalitarismo liberal-humanitário após 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 23, n. 5.379, 24 mar. 2018. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64898>. Acesso em: 2 mar. 2019.
- DUARTE, António Paulo. A visão da “guerra total” no pensamento militar. *Nação & Defesa*. 3. série, n. 112, outono-inverno, 2005.
- FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.
- GORMAN, James. Prehistoric Massacre Hints at War Among Hunter-Gatherers. *The New York Times*, 21 Jan. 2016. Available from: <https://www.nytimes.com/2016/01/21/science/prehistoric-massacre-ancient-humans-lake-turkana-kenya.html>. Cited: 20 fev. 2019.
- GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GULLO, Marcelo. La Insubordinación Fundante: Breve Historia de la Construcción del Poder de las Naciones. *Biblos*, 1. ed. 5 nov. 2008.

- HERF, Jeffrey. The “Jewish War”: Goebbels and the Antisemitic Campaigns of the Nazi Propaganda Ministry. *Holocaust and Genocide Studies*, v. 19, n. 1, 1º Mar. 2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- HOBBSBAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações: a luta pela guerra e pela paz*. Brasília: Editora Universidade de Brasília/ Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003.
- SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Jus Publicum Europaeum”*. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2005.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político. Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2008.
- SINGER, David. *The Wages of War 1816-1965: A Statistical Handbook*. Nova York; Londres; Sidney; Toronto: John Wiley & Sons, 1972.
- STERIO, Milena. A Grotian Moment: Changes in Legal Theory of Statehood. *Denver Journal of International Law and Policy*, 39, 209. 2011.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do Direito Internacional*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- VON CLAUSEWITZ, Carl. *On War*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- WEBER, Max. *Die Protestantische Ethik Und Der Geist Des Kapitalismus*. 4. ed. Berlim: Createspace Independent Publishing Platform, 2016.
- ZOLO, Danilo. *La Justicia de los Vencedores: de Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Ed. Trotta, 2007.

A VISÃO GARANTISTA ACERCA DAS PROVAS ILÍCITAS NO ÂMBITO CRIMINAL

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.165-174>

Recebido em: 18/9/2018

Aceito em: 4/1/2019

Taciany Amaral de Figueiredo Brambilla

Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (2010). Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia (ESA-SP). Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – linha de pesquisa Direitos fundamentais, democracia e desenvolvimento sustentável. Possui como foco de pesquisa o Estado Garantista desenvolvido por Luigi Ferrajoli. tacianyfigueiredo@hotmail.com

RESUMO

Este artigo pretende esclarecer como o sistema garantista, idealizado por Luigi Ferrajoli, entende a questão relativa às provas ilícitas na seara criminal. A problemática a ser elucidada é entender se esta modalidade de provas no aspecto penal encontra abrigo na teoria do garantismo, a qual é voltada para o Estado democrático de direito. Para que esta análise fosse efetivada, traçou-se um panorama acerca do projeto garantista, e, posteriormente foi contemplada a temática envolvendo provas ilícitas, na qual se averiguou, ainda, as finalidades da proibição desta prova. Ao fim se estabeleceu um paralelo envolvendo as duas categorias estudadas para se verificar sua compatibilidade. Ressalta-se que os resultados encontrados são centrados na inconformidade desta modalidade probatória com a filosofia política do sistema garantista, a qual delinea todas as matizes garantistas. Utilizou-se a abordagem dedutiva e indutiva a partir da pesquisa bibliográfica, na qual a análise de dados se realizou mediante o estudo de conteúdo para a produção de uma pesquisa com finalidade descritiva. Foi escolhida como marco teórico a obra *Direito e Razão: teoria do garantismo penal* (2002), de Ferrajoli, para o exame do estado garantista.

Palavras-chave: Sistema garantista. Provas ilícitas. Estado democrático de direito.

THE GUARANTEE VISION ON CRIMINAL ILLEGAL EVIDENCES

ABSTRACT

This article intends to clarify how the guarantor system conceived by Luigi Ferrajoli understands the question concerning the illegal evidence in the criminal court. The problem to be elucidated is to understand if this modality of evidence in the penal aspect finds shelter in the theory of the garantismo, which is directed to the democratic State of right. For this analysis to be carried out, an overview of the project was drawn up, later the theme involving illicit evidence was considered, in which the purposes of the prohibition of this test were also verified. At the end a parallel was established involving the two categories studied to verify their compatibility. It should be noted that the results found are centered on the nonconformity of this probative modality with the political philosophy of the guarantor system, which delineates all the guarantor shades. The deductive and inductive approach was used based on bibliographical research, in which data analysis was performed through content analysis for the production of a research for descriptive purposes. It was chosen with a theoretical framework of Law and Reason (2002), by Ferrajoli, for the examination of the Guarantor State.

Keywords: Guarantor system. Illegal evidences. Democratic state.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O sistema garantista. 3 Provas ilícitas. 3.1 Provas ilícitas quanto à violação de direitos fundamentais. 3.2 Provas ilícitas quanto à violação a direitos materiais. 3.3 Provas ilícitas quanto à violação ocorrida em ambiente extraprocessual. 4 Finalidades da vedação à prova proibida. 4.1 Preservação a direitos fundamentais. 4.2 Proteção à integridade processual ou efeito dissuasório. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Analisar a questão da prova ilícita é destacar duas das situações mais caras ao Estado de direito. A primeira reside no fato da verificação e respeito aos direitos fundamentais e, a segunda, à qual decorre da primeira, envolve o binômio diametralmente oposto: poder e liberdade. Diante disso, a forma de instituição do sistema penal nos países é alvo de crescentes estudos, tanto no meio jurídico quanto no meio das demais ciências sociais.

Justificada a necessidade do presente estudo, deve-se expor a via eleita para que ele se concretize. Escolheu-se o tema referente ao modelo garantista, o qual não é apenas uma diretriz para o campo penal, mas demonstra material consistente para orientar os demais ramos jurídicos. Por se trabalhar também com a categoria da prova ilícita penal, o sistema garantista a ser exposto ficará centrado em seus dez axiomas, os quais foram idealizados diretamente para a seara criminal e processual criminal.

O desenvolvimento do tema referente às provas ilícitas é apresentado mediante a contemplação da verdade no mundo processual penal, haja vista que o processo caminha para a formação da sentença de acordo com a elucidação do ilícito verificado. Neste aspecto, será frisada a importância da observância dos direitos fundamentais como limitadores ao poder apurador executado pelo Estado-juiz, bem como serão vislumbrados os aspectos em que o instituto da prova proibida viola a liberdade dos indivíduos. Em seguida, serão tratados os objetivos que fundamentam a sua reprovação.

Por fim, em fase conclusiva, será analisada a possibilidade ou não de compatibilidade do instituto da prova ilícita perante um processo fundamentado nos parâmetros garantistas aqui expostos.

2 O SISTEMA GARANTISTA

O garantismo penal é uma construção dogmática elaborada pelo italiano Luigi Ferrajoli, a qual foi materializada na obra *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, publicada inicialmente em 1989. O cerne do sistema garantista (SG) é a submissão da conduta estatal aos preceitos descritos em texto constitucional, com a finalidade de que sejam reduzidas ao máximo as possibilidades de arbítrio. Esta teoria se amolda melhor ao aspecto criminal, mas Ferrajoli (2002) a decompõe em três sentidos: sistema normativo de direito, teoria crítica do direito e filosofia do direito, os quais retratam sua identificação com o Estado de direito.

Freitas, Mandarino e Rosa (2017, p. 144) resumem, desta forma, o SG em suas mencionadas acepções, confirmando que elas se adequam a um estado que pretenda o *status* de democrático:

Na primeira concepção, o garantismo é um modelo normativo legítimo do Estado de Direito e implicaria uma limitação estatal punitiva pelos comandos constitucionais. Na segunda concepção, teoria jurídica da validade e da efetividade, a qual se expressa como uma técnica de aproximação entre a existência formal da norma jurídica com a sua efetiva concretização. Na terceira concepção, o garantismo se apresenta como uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

A esta forma sintetizada de apresentar os três sentidos do garantismo ferrajoliano, é acrescido que tal sistema é um modelo-limite, ou seja, é um sistema que, de fato, não se verifica no mundo concreto, podendo as ações analisadas aproximarem-se ou se afastarem do ideal arquitetado.

Tem-se que os três aspectos possuem igual importância nesta teoria, mas há que ser destacado o aspecto filosófico. Isto decorre da verificação indubitável que este viés traz em apresentar o Estado como meio e não como fim, ou seja, um instrumento voltado à concretização da melhor tutela da sociedade. Isto representa nada menos que a busca pelo estabelecimento e observância dos próprios direitos humanos.

O SG, além dos três sentidos já expostos, também foi idealizado por Ferrajoli com a argumentação em dez postulados, princípios ou axiomas, os quais o autor entende que são fundamentais para uma maior aproximação à vertente garantista, haja vista que se trabalha com um modelo-limite. Tais axiomas são embasados, assim como o próprio sistema, na corrente jusnaturalista do século 17 ao 18. Desta forma, eles irão expressar a busca por um processo penal mais igualitário às partes, negando antigos privilégios, assim como as abstrações metateóricas que contaminavam a análise da culpa com os preceitos sobrenaturais, os quais apenas se mostravam como mantenedores dos *status quo*, principalmente econômico e político, de alguns em detrimento de abusividades perpetradas a outras camadas da sociedade.

A importância dos axiomas reside na sua concepção como regras do jogo fundamentais do direito penal, o que, dessa forma, implica necessidade de observância aos participantes sob pena de macular as garantias igualitárias atribuídas a todos os envolvidos. Apesar da citada importância, esses princípios são mais tendentes à adjetivação prescritiva e não descritiva, porém eles descrevem apenas a expectativa da postura a ser adotada pelas partes, ou seja, são implicações deônticas (dever ser). Por se tratar de regra essencial, a conclusão lógica é que eles configuram elementos indisponíveis; logo, a sua privação resulta em poder exarce-

bado para se decretar punição. Ressalte-se que a maior consequência dos axiomas se refere ao impedimento do uso da arbitrariedade e não a justificar incursões estatais nas esferas de liberdades dos indivíduos. Destaque-se, ainda, que os referidos postulados não são deriváveis entre si, mas sua argumentação foi tracejada de modo a permitir que entre eles haja diálogo, mantendo a coerência do sistema garantista penal.

Ferrajoli (2002), seguindo a tradição latina, apresenta os axiomas no seguinte rol: *Nulla poena sine crimine*; *Nullum crimen sine lege*; *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; *Nulla necessitas sine injuria*; *Nulla injuria sine actione*; *Nulla actio sine culpa*; *Nulla culpa sine iudicio*; *Nullum iudicium sine accusatione*; *Nulla accusatio sine probatione*; *Nulla probatio sine defensione*. Nesta lista, deve ser mencionada a alegação do autor ao expor que os princípios de maior complexidade são os relacionados à prova e à defesa, pois trabalham com a conturbada questão da verdade no campo criminal, uma vez que “representa uma utopia que é tão importante perseguir quanto ilusório e perigoso acreditar que seja possível alcançar” (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

A condensação desses axiomas é trazida por Carvalho e Carvalho (2002) ao explicarem que uma condenação requer a verificação de um ato ilícito exterior previamente definido como crime, que repercute na esfera jurídica de terceiro, sendo o autor imputável e devendo este ato ser apreciado por juízo imparcial com oportunidade de produção de provas perante acusação pública. Desta forma, tem-se que esses postulados regulam não apenas o processo, mas, por trabalhar com o conceito de crime e suas decomposições necessárias, também geram a parte material.

Passaremos a uma visão panorâmica acerca dos mencionados axiomas perante a sua relevância para verificação em graus do SG.

Nulla poena sine crimine é o primeiro axioma, e nos traz a ideia de retributividade da pena em relação ao fato delituoso, ou seja, a consequência do crime. De acordo com o garantismo, aqui nos deparamos com a pergunta: O que punir? A resposta é que se deve punir um crime, mas esta não é apenas uma condição necessária e não suficiente. Para que seja suficiente devem ser verificadas também condições de procedibilidade, de punibilidade e ausência de eximentes. Isto é indispensável para promover a punição em virtude dos atos praticados que se enquadrem no modelo de crime e, com isso, evitar a condenação em face do que se é, ou seja, do estilo de vida adotado, como ocorreu durante a Inquisição, quando não cristãos eram perseguidos. Este axioma combate a tendência do encarceramento em massa, que se mostra muito mais voltado a uma punição seletiva efetivada contra os mais pobres, como afirma Massimo Pavarini (2002), alegando que a origem deste problema tem nascedouro na crise estatal, em não proporcionar políticas públicas voltadas à inclusão social.

Nullum crimen sine lege, é o postulado que se enquadra no princípio da legalidade. Sua mais forte implicação é proibir a incriminação que não seja determinada por lei. Analisar a legalidade garantista requer sua divisão em legalidade formal e substancial, ou seja, entre a mera legalidade e a conformação da lei aos conteúdos constitucionais (CARVALHO; CARVALHO, 2002). Há, porém, outras decorrências dele que também são importantes, como a proibição da irretroatividade da lei penal, tendo exceção apenas nos casos em que poderá beneficiar o réu; e a necessidade de lei taxativa, para que não se banalize o uso de discricionariedade por parte dos aplicadores da lei.

Baratta e Silvernagl (1985), ao comentarem a obra *Ordine pubblico e legislazione eccezionale* (FERRAJOLI, 1977), em que Ferrajoli discute políticas públicas que levariam o Estado de direito a se converter em estado policial, diga-se punitivo, ante a violação de garantias, destacam a importância da incorporação da legalidade pelos ordenamentos, uma vez que este postulado, além de fornecer segurança às relações jurídicas, auxilia a diminuição da discricionariedade, o que pode contribuir também para um papel mais eficiente a ser desempenhado pelos serviços públicos. Conforme os autores, a legalidade conflita com expressões indeterminadas, por exemplo, a força maior, sendo tais conceitos utilizados, por vezes, para se evitar fundamentações, gerando, assim, uma decisão arbitrária. Neste contexto, qualquer decisão, desprovida de legítimos motivos, pode, também, justificar ocultamente, ou melhor, encobrir, casos de ineficiência ou desorganização da administração judicial. Desta forma, torna-se mais cômodo, principalmente ao poder criminal, respaldar-se em um conceito vago para se eximir da observância dos direitos. Os autores exemplificam citando que na Itália, na década de 70 do século 20, fazia-se emprego de conceitos abertos nas decisões para legitimar o uso indevido

da custódia preventiva, quando, em verdade, foram “pensados como respostas contingentes a situações problemáticas ou até mesmo o colapso da ‘justiça’, essas medidas exasperam os efeitos perversos de uma estrutura disfuncional” (BARATTA; SILVERNAGL, 1985, p. 566).

Nulla lex (poenalis) sine necessitate prega a economia do direito penal. Em outras palavras, este axioma preconiza que o direito criminal deve ser a *ultima ratio* a ser recorrida quando nenhuma outra forma de intervenção estatal lograr êxito. Ele está relacionado com a pergunta: Como punir? Para responder a esta pergunta é necessário destacar que o próprio fim do Estado Garantista é o cuidado com o indivíduo, ou seja, é a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, somente se torna legítimo efetuar a atuação penal mediante condutas que ataquem bens jurídicos penais e que sua punição não se traduza em penas desumanas ou, ainda, em desequilíbrio com o fato praticado, haja vista que se busca a ação penal como *ultima ratio*. Trata-se de um aviso, tanto ao Legislativo, em seu momento típico de elaborar leis, principalmente as de execução criminal, proporcionais entre crime e sanção, quanto ao Judiciário, no seu mister de aplicador da lei quando da dosimetria da pena e do cumprimento desta. Exigir do sistema criminal postura diferenciada é convertê-lo em instrumento de controle social, principalmente voltado contra a parte de população hipossuficiente.

Zaffaroni (2007) manifesta apoio a esta forma econômica de se conduzir as tipificações penais. Entende o autor que a inflação de figuras delitivas apenas contribui para o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e para o aumento do poder controlador estatal. Neste sentido, temos a confirmação de que o direito penal, nos moldes garantistas, deve se voltar à atuação como *ultima ratio*.

Nulla necessitas sine injuria. Este axioma possui relação com o princípio da legalidade. A conexão entre ambas reside na imperatividade de se ter uma descrição penal oriunda de uma lei clara quanto à conduta a ser evitada. No que respeita à conduta descrita, há também a observância de que o poder criador a pautar quando o bem jurídico estiver em ataque concreto, ou seja, a conduta prescrita deve resultar em perigo de dano, o que se adéqua com o princípio da lesividade ao bem jurídico. Conforme Ferrajoli (2002), a conduta bem-delimitada pelo tipo penal implica proteção maior ao bem a ser defendido, assim como reduz o poder da discricionariedade jurídica nos moldes supraexpostos.

Nulla injuria sine actione. A estrutura deste axioma é fundada no utilitarismo jurídico e na separação entre moral e direito. É vinculado à ideia de que para se afetar a esfera jurídica alheia há a necessidade de a conduta ser manifestada por uma ação no mundo físico que afete terceiros, assim não são considerados os atos internos e que ainda não sejam moralmente reprováveis. Nas próprias palavras do autor, garantista que possui a convicção de que as condutas, para possuírem o *status* de crime, “devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal” (FERRAJOLI, 2002, p. 384) e que não expressem a recriminação em decorrência do caráter do autor, tais como as ideias de pecado.

Nulla actio sine culpa analisa a forma de responsabilização embasada na capacidade de direção do ato pelo agente ao praticar a conduta. Neste postulado temos a valorização da intenção (consciência e vontade) do autor ao executar o fato, ou seja, é verificado o elemento subjetivo, excluindo-se deste campo as implicações acidentais que possam alterar a ação desejada. Desta forma, a culpa é apontada para o elemento subjetivo e não para o resultado (responsabilização objetiva). A culpa no garantismo “atua na avaliação se o homem, socialmente referido, naquelas circunstâncias fáticas, possuía autodeterminação e possibilidade de agir de modo diverso” (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 48). Sua aplicação resulta na individualização da pena quando ocorre a dosimetria. Neste sentido, a individualização auxilia a medir o grau de reprovabilidade da conduta de acordo com o fato praticado, em que o autor do fato deve possuir condições de autodeterminação.

Nulla culpa sine iudicio representa o princípio da jurisdicionalidade. Em suma, cuida-se da entrega da tarefa de analisar os crimes por um órgão que atue pautado pela lei e de forma imparcial, findando-se a fase da vingança privativa, isto é, a apuração da culpa depende de um juízo legitimamente investido. Assim, o uso da jurisdicionalidade se mostra de acordo com a democracia substancial a ser desempenhada pelo Estado, que, ao acolhê-la, também deve incitar a magistratura ao bom desempenho das suas funções, tais como seguir as “regras do jogo” e, principalmente, os valores em jogo (IBANEZ, 1999) para todos, que refletem na própria legitimidade democrática da magistratura, bem como em outros direitos e garantias a serem conferidos aos cidadãos envolvidos no processo.

Nullum iudicium sine accusatione. O axioma em comento nos reporta ao princípio acusatório. A separação entre o magistrado e as partes é a demonstração elementar de como este axioma deve ser entendido. Ele surge em oposição ao modelo processual inquisitivo, de conotação medieval, que consiste na confusão processual verificada na figura do juiz, uma vez que ele não apenas julga, mas também atua na produção probatória, comprometendo sua imparcialidade e dificultando o desempenho da defesa ao limitar garantias do réu, por exemplo, retirando o caráter de publicidade da colheita probatória. Por sua vez, a construção de um procedimento acusatório requer postura neutra do juiz, no sentido de não se envolver nas questões de produção de prova, mas devendo assegurar a publicidade dos atos praticados. Neste sentido, o juízo torna-se espectador, conferindo igualdade de tratamento às partes. Aury Lopes Junior (2006) aponta como crítica a este axioma e ao princípio da jurisdicionalidade, apresentado anteriormente, a possibilidade de incompatibilização entre a imparcialidade e independência com os poderes instrutórios conferidos ao órgão judicial.

Nulla accusatio sine probatione. Identificado como princípio do ônus acusatório da prova, ele dialoga com o princípio acusatório, posto que na separação entre juiz e acusação o dever de provar os fatos incriminatórios cabe à acusação, pois tem interesse nisso, e não ao juízo, que deve ser comprometido com a busca da verdade e a manutenção das garantias do indivíduo. Com base na explicação, a obtenção probatória que tende à acusação deve ser realizada pela parte interessada perante um juízo regular, aqui devendo ser entendido um juiz imparcial e submetido aos ditames da legalidade, oriunda de um verdadeiro Estado de Direito. Disto extraímos que se deve, antes da prolação do resultado do julgamento, verificar a apresentação pública e adequada, nos moldes já descritos, dos fatos que levam a culpa ao indigitado, para que deles o acusado possa efetuar sua defesa. O contrário levaria à presunção antecipada de não inocência (culpa), o que é entendido como subversão da ordem lógica de um processo que almeja ser garantista.

Analisando este axioma de forma mais teórica, tem-se que ele está atrelado à democracia e às liberdades, não somente pela mera separação entre a atividade julgadora e a acusadora, mas pelas suas consequências, como os poderes da instrução conferidos ao Judiciário. Dotar o órgão julgador de acusatória compromete os ideais de imparcialidade, levando-os a um quadro de paranoia (CORDERO, 1986). Tal afirmação decorre da operação realizada pelo juiz-acusador, a qual resumimos em: “decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro” (COUTINHO, 2001, p. 37).

Nulla probatio sine defensione. A expressão da construção dialética e democrática do processo garantista é concretizada neste axioma pelo princípio do contraditório, o qual é condição indisponível para haver o processo penal. Aqui nos deparamos com a principal garantia epistemológica da prova. Segundo Ferrajoli (2002), esta garantia afirma que a prova será adequada quando posta à contraprova, ou seja, refutada, uma vez que afirmar direito à voz a ambas as partes implica paridade de tratamento e de atuação (paridade de armas). Considerar também esta dialeticidade é demonstração de respeito à inocência, até que se prove a culpa em definitivo. Com base neste postulado deve ser mantido ao acusado o direito de exercer sua defesa, as informações de caráter público, por meio técnico, bem como a autodefesa, em todos os desdobramentos da apuração da culpa.

Entendemos que a finalidade dos dez axiomas garantistas, assim como a finalidade do próprio SG, é minimizar os riscos de uma possível atuação desmedida estatal contra direitos dos cidadãos. Mais especificamente em relação aos axiomas, eles irão delinear as formas adequadas para a intervenção estatal a partir do processo penal. Em semelhante ideia, Carvalho e Carvalho (2002, p. 26) expõem

Tais princípios correspondem às “regras do jogo” do direito penal no interior dos Estados democráticos de direito e, dado o fato de sua gradual incorporação constitucional, conformam vínculos formais e materiais de validade jurídica das normas penais e processuais penais.

Trata-se de uma deslegitimação do processo ao se apresentar fundamentos robustos antropocêntricos respaldados no Estado de direito voltado à limitação punitiva estatal (arbítrio) e o próprio erro penal para se obter segurança no processo. Assim, em uma visão reduzida, entende-se que estes modais deônticos conferem legitimidade aos caminhos percorridos ao longo do processo penal, que deverá ser racional e certo.

3 PROVAS ILÍCITAS

Antes de entrar no assunto referente às provas descritas como ilícitas, devem ser realizadas algumas considerações a respeito da importância da matéria probatória para o desenvolvimento do processo penal.

Para Claus Roxin (2003), a prova objetiva leva ao conhecimento do julgador a certeza da ocorrência de algo. Isto faz entender o processo como uma atividade reconstrutiva, a qual será embasada na descrição dos fatos relevantes para o deslinde da causa, trazidos aos autos, o que muitos entendem como a verdade apurada expressa no termo final – a sentença. Neste ponto, tem-se que a verdade pretendida com o processo não é aquela sintetizada pela máxima “os fins justificam os meios”. Ao contrário, a verdade, a qual a prova pretende demonstrar, deve ser aquela pautada anteriormente pelas regras que fazem parte do processo, constituindo o que se chama de verdade formal, processual ou aproximativa, como Ferrajoli (2002) a define. Em termos práticos, Aury Lopes Junior (2006, p. 274) estabelece quatro limites que a prova, em um sistema garantista, deve respeitar:

- I a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma;
- II a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas;
- III deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição;
- IV a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias.

Neste sentido, a prova supera a constatação de verdades absolutas e se torna elemento de conformação entre a atividade desenvolvida pelas partes no processo e o juiz com o rito definidor das garantias de defesa, impedindo o arbítrio estatal e, principalmente, uma condenação infundada. É neste aspecto que se revela a importância da verificação do instituto da prova ilícita, haja vista que a mentalidade inquisitória ainda se faz presente, sendo verificada no Código de Processo Penal brasileiro, o qual apresenta a mescla entre sistema inquisitivo e acusatório.

Entende-se que prova ilícita, seguindo a orientação de Pietro Nuvolone (1966), é gênero da espécie prova vetada (ou proibida), a qual também é gênero da prova ilegítima. De forma mais clara, deve ser entendido que a prova vetada se subdivide em prova ilícita ou prova ilegítima. Esta diferenciação, para o autor, é imprescindível, pois determinará o futuro das citadas provas. A prova ilegítima é obtida em meio a desrespeito às normas processuais, sendo, assim, considerada nula. Por sua vez, a prova ilícita tem sua obtenção contrária às leis materiais, o que a torna inadmissível no processo (GRINOVER, 1982). Em que pese o respeito à tese italiana acerca da classificação das provas vetadas, é salutar apresentar uma outra classificação com diferente abordagem sobre as formas de violações. Por entender que a divisão entre prova ilícita e ilegítima representa um aspecto limitado de entender o assunto, esta pesquisa usará os dois termos como sinônimos, reservando-se a utilizar a diferenciação apenas quando for estritamente necessário.

3.1 Provas ilícitas quanto à violação de direitos fundamentais

Segundo Grinover (1982), a produção probatória que não observa os direitos fundamentais é ilícita. A importância de se trabalhar com a violação aos direitos fundamentais, no tocante à prova ilícita, é fruto principalmente da constatação explicitada por Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Domínguez (2001), em que o direito penal é o campo de ação estatal em que são concedidos maiores poderes ao Estado, e isto resulta na possibilidade de restrições a direitos fundamentais dos cidadãos.

Diante disso, tem-se que a necessária atenção aos direitos fundamentais concretiza o ideal garantista calcado na maximização dos direitos e na minimização das arbitrariedades, as quais são indispensáveis para a construção do Estado de direito democrático, uma vez que o pretendido Estado implica obediência aos preceitos constitucionais. Neste sentido, quando ocorrer a ruptura da norma contida em texto constitucional com fins de obtenção probatória, se estará diante de uma forma de prova ilícita, a qual é não apenas uma nulidade, mas uma garantia (LORENCE; TORNABENE, 2005).

De acordo com Gloeckner (2010, p. 422), a importância em firmar a defesa a direitos fundamentais e sua consequente invalidade, reflete na busca por um sistema de apuração de culpa mais democrático e menos falho ou abusivo.

Deve ser frisado que, embora o valor representado pela nulidade/garantia nas situações em que a produção probatória viola os parâmetros constitucionais, o mencionado binômio nulidade/garantia somente surtirá os efeitos desejados caso, de fato, resulte lesão ao preceituado em dispositivo constitucional. Assim, torna-se imperioso haver uma conexão direta entre o estabelecido em Carta Magna e a transgressão praticada.

Ocorre que trabalhar com esta conexão direta, que lese, de maneira grave, a Constituição, gera uma série de problemas que deve ser enfrentada para que se possa decidir pela possível nulidade dos atos. Segundo Ávila (2006), os problemas estão relacionados à discricionariedade, à dificuldade em se comprovar a ligação entre o bem jurídico lesado e ao postulado constitucional, somados à intensidade do dano.

3.2 Provas ilícitas quanto à violação a direitos materiais

Esta violação pauta-se na não observância de normas materiais quando do momento da produção probatória. Tem-se aqui a prova ilícita nos moldes em que Nuvolone (1966) a concebeu. Diferente da classificação anterior, que exigia a dupla conformação – previsão constitucional e processual –, esta é satisfeita apenas com a infração a normas de cunho material, categoria desprestigiada na primeira violação (item 2.1). Tal infração legal torna-se um pouco mais complexa de ser observada se comparada a uma violação a direitos processuais, pois o modo em que a prova é levada ao processo é matéria nitidamente formal, fazendo com que o foco esteja muito mais voltado para a verificação dos requisitos processuais em detrimento das circunstâncias da sua produção.

Cabe, anta a dificuldade afirmada mais ao norte, esclarecer como esta violação poderá ocorrer. Para isso, é possível utilizar o seguinte exemplo: imagine que uma determinada forma de prova é admitida por dado ordenamento, desde que respeite a certos critérios estabelecidos processualmente; este mesmo ordenamento, porém, prevê como criminosa uma conduta desempenhada por algum agente público para que a prova fosse produzida, ou seja, a prova é típica e foi realizada mediante a verificação de todos os trâmites formais que a legislação exige, mas sua obtenção mascara a prática de um delito (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Esta situação hipotética concretizou-se, principalmente, em países marcados pela herança de períodos ditatoriais, como o Brasil e o Chile, quando se verificam as alegações de confissões que, aparentemente, respeitaram os requisitos formais, mas que foram forjadas mediante o crime de tortura.

A consequência para a prova que violou direitos materiais é a sua inadmissibilidade nos autos, portanto fica impossibilitada de ser renovada.

3.3 Provas ilícitas quanto à violação ocorrida em ambiente extraprocessual

Esta classificação não se relaciona com o tipo de direito desrespeitado, mas, sim com o lugar de “fabricação” da prova (MAGALHÃES GOMES FILHO, 1997). É preferível a palavra fabricação, pois a violação ora analisada está centrada na distinção entre obter e produzir. A obtenção corresponde ao primeiro ato de contato com a prova, que pode ser no processo ou alheio a ele; em suma, é o primeiro acesso que a parte tem à prova, enquanto a produção é o ato subsequente, correspondendo à ação de se incorporar aos autos. Para melhor interpretação desta categorização é preciso utilizar a redundância, de forma que: a obtenção de uma prova proibida em ambiente extraprocessual causa a inadmissibilidade, logo é uma prova ilícita, não podendo ser renovada; já a produção desse tipo de provas, quando ocorre no curso do processo, é eivada de nulidade, uma vez que não está conforme os procedimentos estipulados.

4 FINALIDADES DA VEDAÇÃO À PROVA PROIBIDA

A preocupação em negar a aceitação da prova proibida no processo penal decorre, principalmente, do moderno entendimento referente à busca da verdade no processo. Conforme já explicado, a verdade, hoje almejada para fins processuais, não é admitida de forma irrestrita; ela se apresenta condicionada a certas regras, as quais devem ser respeitadas, e, caso assim não ocorra, restará prejudicado o Estado democrático de direito. Neste mesmo sentido, Rangel (2003, p. 414) elucida as linhas mestras da finalidade desta proibição. Para o autor, “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado democrático de direito que não admite a prova do fato e, consequentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”.

Segundo Magalhães Gomes Filho (1997, p. 6), a finalidade da proibição cumpre um papel político “principalmente na justiça criminal, pois seria absurdo que o Estado, para impor a pena ao autor de um crime, permitisse a prática de métodos criminosos para apurar a verdade sobre o fato”.

Já Mendes e Branco (2014, p. 488) trazem a ideia de que a proibição a esta modalidade de prova visa também a criar um efeito dissuasório.

Com base nos dois posicionamentos ora apresentados, serão tecidas considerações a respeito do que se objetiva com a vedação em comento.

4.1 Preservação a direitos fundamentais

Conforme Magalhães Gomes Filho (1997), o maior bem a se proteger, em se tratando da exclusão/inadmissão de provas ilícitas, são os direitos fundamentais. Tal resguardo é atribuído à necessidade de fortalecimento do sistema democrático, o qual não mais comporta a desmedida busca por vingança revestida em justiça.

Neste sentido, reconhece-se que a busca pela verdade é limitada a certos parâmetros inafastáveis, e isto resulta no entendimento de que não há nenhum princípio criminal que autorize a apuração da culpa a qualquer preço. A isto também deve ser acrescido que a investigação criminal, e todos os seus atos derivados, não mais pertencem à antiga visão dicotômica entre interesse público e privado, na qual o Estado apresentava supremacia desmedida. Complementando este entendimento, Távora e Alencar (2016) argumentam que a preservação de direitos é o melhor caminho se comparada com a flexibilização, pois esta mitigação, muitas vezes, acoberta a ilegalidade, a qual resulta na insegurança de todos.

A legislação constitucional portuguesa escolheu destacar a sua preocupação com os direitos fundamentais descrevendo a prova ilícita no artigo 32, 8, como nula, sendo assim todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Burgoa (2006), perante o desenvolvimento desta conceituação, afirma que a prova ilícita naquele país deve implicar violações a direitos e garantias fundamentais, ou seja, resultar em lesão à dignidade humana. A legislação processual penal mexicana também foi reformada, em 2011, para melhor se amoldar à proteção das garantias fundamentais (VILLANUEVA, 2017).

No Brasil, a Constituição Federal não prevê, ao tratar da prova proibida, a sua violação a direitos fundamentais; apenas afirma que não serão aceitas as provas obtidas por meios ilícitos. O Código de Processo Penal, reformado em 2008, porém, esclarece que as provas ilícitas são as que violam normas constitucionais ou legais. Desta forma, a partir de 2008 ficou evidente que, no Brasil, tanto direitos fundamentais quanto normas materiais ou formais, fazem parte das violações deste instituto.

Entender que não há méritos em se proteger dos direitos fundamentais, principalmente quando se está diante do Estado-juiz criminal, é admitir o processo como descrito por Kafka (2002): opressor, claustrofóbico, incoerente e, por isso, não é viável contestar ante a certeza da condenação, ainda que injusta. Tal adjetivação poderia ser utilizada para descrever a Inquisição Medieval ou, ainda, o momento ditatorial enfrentado por alguns países da América do Sul, haja vista a supressão injustificada de direitos e garantias.

4.2 Proteção à integridade processual ou efeito dissuasório

O efeito dissuasório pretende desestimular as condutas que levam a macular a prova, bem como o processo, haja vista que o seu conteúdo, ainda que desconsiderado, poderá refletir, de forma íntima, na motivação do julgador, por isso também se fala em integridade processual.

Assim, tem-se que o resultado da obtenção de uma prova proibida será a não admissibilidade ou a sua nulidade, em razão da contaminação processual das garantias fundamentais. Este resultado é uma resposta desestimulante à conduta violadora, devendo ser encarado como medida a evidenciar a proteção das fundamentalidades. Logo, a proteção à integridade do processo ou o efeito dissuasório, nada mais representam que um desdobramento à proteção dos direitos fundamentais.

Esta consideração é embasada também no entendimento de que o processo é composto por garantias invioláveis, as quais são necessárias para manter as partes detentoras de sua dignidade e, com isso, servir de desestímulo a possíveis atos estatais que impliquem arbítrio, tais como os praticados em operações policiais, quando agentes públicos “plantam” a evidência, muitas vezes por razões pessoais. É neste sentido de promo-

ção a atitudes éticas e, conseqüentemente, o contraestímulo a atitudes que lesem as garantias, que as cortes americanas e alemãs desenvolveram suas argumentações (ÁVILA, 2006). A arguição americana (*deterrent effect of policial misconduct*) é fundamentada na prevenção dessa conduta indesejada, para que não se tenha de reparar posteriormente. Já o motivo alemão (*schtzinstrument der individual-und Grundrechte*), que leva à desconsideração desta prova, é o entendimento que o ato de desprezo é um instrumento para se firmar o respeito às garantias. Assim, verifica-se “o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais” (LOPES JUNIOR, 2006, p. 1). Complementa o autor explicando que a instrumentalização processual está, também, a serviço do projeto democrático, com destaque para a liberdade individual, o que contraria o entendimento ultrapassado e antigarantista que expressava a instrumentalidade do processo penal voltada à defesa social, mantendo o Estado como detentor supremo e ilimitado do poder punitivo e protetivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em verificação ao que foi apresentado mais ao norte, primeiramente será analisado o sistema de garantias de Ferrajoli. Este modelo-limite, percebido nas suas três dimensões (sistema normativo, teoria jurídica e filosofia política) possui toda a sua construção realizada a partir da sua filosofia política, uma vez que esta requer postura estatal como instrumento (meio) e não como fim a pautar suas ações voltadas à sociedade. Neste mesmo sentido, entendeu-se que os dez axiomas materializam a máxima garantista em assegurar o exercício das fundamentalidades elencadas em rol constitucional para balizar a atuação dos órgãos estatais, principalmente quando tais atos possam repercutir na esfera de direitos dos indivíduos. Desta forma, os axiomas são limites impostos ao Estado-juiz, na esfera criminal processual, para controlar ou impedir possíveis abusos.

A temática envolvendo a prova ilícita, seguramente, é reflexo do entendimento dispensado à repercussão da preocupação com a comprovação da verdade quando se analisa o processo. A história já demonstrou que a busca desarrazoada pela verdade pode causar supressão de bens jurídicos valiosos, além de justificar sistemas políticos ditatoriais com a adoção de práticas medievais, como a tortura física. Assim, a busca pela verdade, para o sistema garantista, implica respeito a requisitos mínimos que consigam assegurar, da melhor forma possível, a intrusão estatal na esfera de liberdades do cidadão. Ainda sobre a prova ilícita, com o desenvolvimento de sua conceituação, a qual ultrapassa a classificação referente às infrações a disposições materiais e processuais, e sua conseqüente inadmissibilidade ou nulidade, foi afirmado que tal classificação é dispensável, por ser verificado que qualquer violação, no tocante à demonstração dos fatos analisados, tende a prejuízos inestimáveis à dignidade da parte. Tal lesão não contém apenas efeito individual, mas torna-se coletiva, por levar a sociedade a um *status* de insegurança jurídica no tocante aos requisitos em que o Estado aufere a culpa. Em virtude disso, esta pesquisa, que não pretende esgotar esta temática, porém apenas lançar luzes para a continuação de demais trabalhos de conteúdo semelhante, entende que o sistema garantista, nos moldes que Ferrajoli descreve em *Direito e Razão: teoria do garantismo penal* (2002), tende a não comportar o instituto da prova ilícita. A exposição para esta negação é embasada na avaliação de que, em se tratando de prova proibida, certamente sua fabricação remonta a uma violação, seja material ou processual; mais certo ainda será o dano causado na esfera de liberdades do prejudicado. Este dano não pode ser admissível, uma vez que, ao lesar a dignidade do indivíduo, fere conjuntamente os ditames constitucionais, os quais são os pilares do Estado Democrático de Direito.

Qualquer justificativa para se constringer direitos e liberdades em prol de um bem maior ou, ainda, da defesa social, é inaceitável se não respeitar com atenção as regras do jogo. Desta forma, não se pode conduzir a conduta processual para confirmar abusos, legitimar vulnerações, e, assim, aniquilar a democracia.

6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Brasília, 2006, 295f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

BARATTA, Alessandro; SILVERNAGL, Michael. La Legislación de Emergencia y el Pensamiento Jurídico Garantista. In: *Revista Doctrina Penal*. Buenos Aires, v. 8, p. 559-580, 1985. Disponível em: <https://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/la-legislacion-de-emergencia-y-el-pensamiento-juridico-garantista-a-baratta-y-m-silvernagl/>. Acesso em: 8 out. 2017.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988 (atual.).
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Brasília, DF: Senado Federal, 2008 (atual.).
- BURGOA, Elena. Prueba ilícita en el proceso penal portugués. In: RAMIRÉZ, Sergio García; MARISCAL, Olga Islas de González. *Panorama internacional sobre justicia penal*. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados. México D. F.: Unam – Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 17 -37, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Ordine pubblico e legislazione eccezionale. *La Questione Criminale*, Firenze, ano 3, fasc. 3, p. 361-404, 1977.
- FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; MANDARINO, Renan Posella; ROSA, Larissa. Garantismo penal para quem? O discurso penal liberal frente à sua desconstrução pela criminologia. In: *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 75, p. 129-156, abr. 2017.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 2001.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Curitiba, 2010, 637f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- IBANEZ, Andrés Perfecto. Garantismo y Proceso Penal. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, n. 2, p. 46-65, 1999.
- KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos de instrumentalidade constitucional)*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- LORENCES, Valentín; TORNABENE, María Inés. *Nulidades en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XXI (II Série), p. 35-78, 1966.
- PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad. Ignacio Munagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 1974 (atual.) Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 8 maio 2018.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
- ROXIN, Claus. *Derecho Processual Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.
- VILLANUEVA, Raúl Plascencia. La Prueba Ilícita. In: RAMIRÉZ, Sergio García; MARISCAL, Olga Islas de González. *Evolución del sistema penal em México*. Tres cuartos de siglo. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados. México D.F.: Unam – Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.