

Direitos Humanos em Perspectiva

v. 22, n. 43,
jul./out. 2018
ISSN: 2177-8337



Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



Auditorium

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994-



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



EQUIPE EDITORIAL

Editores-Chefe:

Desembargador Federal Dr. André Fontes

Desembargador Federal Dr. Reis Friede

Juiz Federal Dr. Osair Victor de Oliveira Junior

Editora Executiva:

Dra. Maria Geralda de Miranda - Pós-doutora em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro/Diretoria Executiva do CCJF

Editores Gerentes:

Me. Eduardo Barbuto Bicalho, CCJF, Centro Cultural Justiça Federal

Equipe SEPGE/SID - Justiça Federal de 1º Grau - Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Conselho Editorial:

Prof. Dr. André Fontes, UNIRIO, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil e TRF2, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Brasil

Prof. Dr. Reis Friede, UFRRJ, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UNIRIO (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro), e CCJF, Centro Cultural Justiça Federal, Brasil

Profa. Dra. Maria Geralda de Miranda, UNISUAM, Centro Universitário Augusto Motta e CCJF, Centro Cultural Justiça Federal, Brasil

Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Universidade de Brasília, Brasil

Antonio Baptista Gonçalves, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade de Marília, Brasil

Carlos Alberto Lima de Almeida, Univesidade Estácio de Sá, Brasil

Carlos Alberto Lunelli, Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, Campus Catalão, Brasil

Clayton Reis, Centro Universitário Curitiba, Brasil

Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China

Elton Dias Xavier, Universidade Estadual de Montes Claros, Brasil

Heliana Maria Coutinho Hess, Universidade de Campinas, Brasil

Janaína Rigo Santin, Universidade de Passo Fundo, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

José Henrique Mouta Araújo, Universidade da Amazônia, Brasil

Karen Artur, Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

Loussia Penha Musse Felix, Universidade de Brasília, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil

Maria Stella Faria de Amorim, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Nalayne Mendonça Pinto, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Oswaldo Canela Junior, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

Pedro Heitor Barros Geraldo, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal

Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina

Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Revisores Ad hoc

Aldo Muro Jr., Instituto Federal de Goiás, Brasil, Universidade de Pisa, Itália

Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Cláudia Luiz Lourenço, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Brasil

Daniel Andrés Raizman, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Demetrius Nichele Macei, Centro Universitário Curitiba, Brasil

Érico Hack, Organização Paranaense de Ensino Técnico, Brasil

Isolda Lins Ribeiro, C.G. Jung Institut-Zurich, Suíça

Janssen Hiroshi Murayama, Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Lauro Ericksen, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Lélio Maximino Lellis, Centro Universitário Adventista de São Paulo, Brasil

Luiz Ricardo Guimarães, Instituto de Ensino Superior de Bauru, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasil

Salomão Barros Ximenes, Universidade de São Paulo, Brasil

San Romanelli Assumpção, Universidade de São Paulo, Brasil

Sandro Schmitz dos Santos, Universidad Nacional de La Matanza, Argentina

Valdirene Ribeiro de Souza Falcão, Universidade Mackenzie, Brasil

Vitor Burgo, Universidade de São Paulo, Brasil

Revisores

Tradução: Vitor Kifer, tradução inglês e espanhol, TRF2, Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Webdesign e Diagramação: Maria de Oliveira, CCJF, Centro Cultural Justiça Federal e Luciana Folly, Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Normalização: Alpina Gonzaga Martins Rosa, Klara Martha Wanderley Freire, Biblioteca CCJF, Centro Cultural Justiça Federal

Revisão ortográfica: Suellen Maria Durand Pereira, SJRJ, Justiça Federal de 1º Grau - Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Suporte Técnico: Thiago Barbosa, CCJF, Centro Cultural Justiça Federal, Alberto Cima e Sonali Santos, Tribunal Regional Federal da 2ª Região

CONTATO

Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar
Centro – Rio de Janeiro – RJ
CEP: 20031-001

Contato Principal

Equipe Revista da SJRJ

Telefone

(21) 3261-6405

revistaauditorium@sjrj.jus.br

Contato para Suporte Técnico

Revista da SJRJ Apoio

Telefone

(21) 3261-6423

apoio.auditorium@sjrj.jus.br

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro [recurso eletrônico] / Seção Judiciária do Rio de Janeiro. – Vol. 1, n. 1 (1994)- . – Dados eletrônicos. – Rio de Janeiro : Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994- v. ; 21 cm.

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014; 2018-

No ano de 2008 foram publicados apenas dois números, n. 22, 23.

No ano de 2003, volume 10 possui edição especial, n. 10.

Suspensa, 2015-2017

Modo de acesso: Internet: 1994-2014: <<https://www.jfrj.jus.br/normas-e-publicacoes/publicacoes/revista-da-sjrj-1994-2014>>;2018- : <revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj>

No ano de 2018 a Revista voltou a ser publicada, desta vez em colaboração com o Centro Cultural Justiça Federal (CCJF), oportunidade na qual ganhou a marca Auditorium. ISSN 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. 4. Sociologia. 5. Cidadania. I. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. II. Centro Cultural Justiça Federal

SUMÁRIO

- 10** **Apresentação**
Osair Victor de Oliveira Junior e Luciene da Cunha Dau Miguel
-
- 14** **Ensaio: As Controvérsias acerca do Direito Subjetivo no Direito Romano**
André R. C. Fontes
-
- 18** **Pacto Federativo Brasileiro: Desafios na Contemporaneidade**
Guilherme Sandoval Góes e Cleyson de Moraes Mello
-
- 36** **A Responsabilidade Civil da Pessoa Jurídica em Decorrência de Danos Ambientais**
Gabriel de Freitas Ribeiro, Maria Geralda de Miranda e Reis Friede
-
- 47** **Medidas atípicas de Coerção Executiva**
Marco Antonio de Souza Santos
-
- 72** **Registro Civil e os Direitos da Comunidade LGBT no Brasil**
Camilla Zanatta
-
- 85** **Vidas Nuas no Estado de Exceção: Ensaio sobre a Violência Policial no Rio de Janeiro**
Daniel Machado Gomes, Robson Cesar Durão e Tiago da Silva Cicilio
-
- 98** **Os Direitos Humanos dos “Sem Pátria”**
Julia García Távora Menegaz
-
- 110** **Regras Não Ditas no Processo de Construção das Favelas**
Carolline Leal Ribas, Jacqueline de Cassia Pinheiro Lima e Rosane Cristina de Oliveira
-
- 128** **A Aparente Antinomia entre o Direito Constitucional à Liberdade Religiosa e à Liberdade de Expressão**
Bruno de Assis Pimentel Carvalho e Daiana Seabra Venancio
-

145

Breve Análise da Instrução Probatória do Juiz Criminal Brasileiro sob a Égide do Sistema Acusatório

Ana Luiza Policani Freitas

176

Intolerância Religiosa e a Violação de Direitos Humanos

Bruno Brito De Alencar

193

Povos Indígenas: a Vida e o Direito de Acreditar

Albertina Maria Anastácio

206

Reforma da Previdência: a quem Interessa?

Flavia Emilia Silva de Oliveira, Lindinei Rocha Silva e Hilton Neves Filho

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com o Centro Cultural Justiça Federal, CCJF, apresenta a 43ª Edição da Revista da Seção Judiciária: **Auditorium**. Este número traz importantes debates que colocam em diálogo temáticas contemporâneas e o Direito. A edição está composta por dez artigos.

Em **Pacto Federativo Brasileiro**, os autores mostram que a partir da assimilação acrítica do federalismo centrípeto norte-americano, o pacto federativo brasileiro gestou graves distorções que são perceptíveis até os dias de hoje, daí a necessidade de reestruturá-lo com a finalidade de promover a redução das desigualdades regionais. Afirmam que urge reconfigurar o pacto brasileiro a partir de alterações normativas capazes de reduzir o gigantismo centralizador da União em detrimento dos estados-membros, fortalecendo mecanismos de desenvolvimento estratégico do Brasil.

O artigo **A Responsabilidade Civil da Pessoa Jurídica em Decorência de Danos Ambientais** aborda pontos relevantes relacionados ao instituto jurídico da responsabilidade civil, no que tange às atividades das pessoas jurídicas quando, de alguma forma, causam dano ou lesão ao meio ambiente. Discute as teorias do risco integral e do risco criado, para, então, concluir que a reparação que se busca em forma de compensação ambiental não visa retirar o estímulo da pessoa jurídica ou extingui-la do mercado, mas a compensação ambiental.

Em **Medidas Atípicas de Coerção Executiva**, o autor analisa, a partir do contexto histórico e pragmático, a aplicação das medidas atípicas de coerção executiva no Direito Processual Civil, pontuando que, no Brasil, as medidas de coerção executiva adquiriram papel de destaque principalmente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que conferiu maior margem de atuação ao juiz, notadamente, no que tange às obrigações de pagar. Entretanto, os primeiros traços práticos dessa inovação legislativa e os limites de atuação do julgador ficaram a cargo da jurisprudência, conforme ilustrado em recentíssimo acórdão proferido em agosto/2018 pelo Superior Tribunal de Justiça.

No artigo **Registro Civil e os Direitos da Comunidade LGBT no Brasil**, os autores discutem a evolução dos direitos LGBT no Brasil, focando os pontos controversos quanto ao registro civil e apontando os posicionamentos mais aceitos neste campo, a partir da investigação bibliográfica, documental e jurisprudencial. Mostram que os direitos LGBT são frutos da constante luta de tal comunidade ao longo do tempo para garantir a igualdade de direitos frente ao ordenamento jurídico nacional.

Vidas Nuas no Estado de Exceção discute, a partir do filósofo italiano Giorgio Agamben, o “estado de exceção” vivenciado no Rio de Janeiro, devido à legitimação da violência do estado, exercida à margem da legalidade. Afirma que neste contexto os autos de resistência são um meio de garantir a impunidade dos agentes públicos que exercem a força policial. O texto traz dados estatísticos da violência policial no Brasil e no estado do Rio de Janeiro, além de explicar as categorias do pensamento de Agamben, interrelacionando-as com a realidade fluminense.

O estudo **Os Direitos Humanos dos “Sem Pátria”** mostra que apatridia é um fenômeno que atinge 12 milhões de pessoas ao redor do mundo e não se resume somente a não ter nenhum vínculo político-jurídico que una o indivíduo a um estado-membro da comunidade internacional. É reconhecer que, sem a nacionalidade, o ser humano tem negado o seu direito à saúde, à educação, ao trabalho e à liberdade de ir e vir a territórios estrangeiros. Em razão disso é necessário reconhecer a apatridia como um problema mundial que abrange diversas categorias, observar os critérios que podem vir a gerar a apatridia e verificar quais são as políticas públicas que o Brasil possui nesse quesito.

Regras Não Ditas no Processo de Construção das Favelas refletem sobre o processo de construção de favelas, tendo como foco o surgimento de normas locais vistas como não jurídicas. Para tanto, apresenta uma breve historização sobre o surgimento do termo em 1896, até a sua atual concepção, destacando como esses grupos sociais são vistos na sociedade moderna, tidos como minorias discriminadas e, muitas vezes, rejeitadas e excluídas das políticas de Estado. Por fim, percebe-se que o surgimento de um ordenamento não jurídico decorre da própria conjectura histórica que colocou a favela como uma sociedade paralela à civil, o

que impõe uma necessidade de reflexão acerca do reconhecimento dessas normas alternativas como forma de se viabilizar o convívio harmônico nos espaços urbanos brasileiros.

A Aparente Antinomia entre o Direito Constitucional à Liberdade Religiosa e à Liberdade de Expressão busca analisar a vontade do legislador expressa em normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais. Dentre estas, destacam-se as liberdades, especificamente a liberdade religiosa e liberdade de expressão, ambas garantias constitucionais de igual grandeza. O conflito entre essas duas liberdades leva muitas vezes à prática de atos de intolerância.

Em **Breve Análise da Instrução Probatória do Juiz Criminal Brasileiro sob a Égide do Sistema Acusatório**, a autora traz uma análise do juiz criminal brasileiro no curso da instrução probatória e sua atuação instrutória sob a égide do sistema penal acusatório com uma leitura constitucional adotada no País após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Ela expõe o sistema penal acusatório, inquisitório e misto assim como as controvérsias doutrinárias em relação ao seu núcleo fundante com base na gestão da prova e a questão da prova no sistema acusatório, assim como sua concepção aos ditames deste sistema, as funções conferidas ao magistrado na fase da instrução probatória e a problemática do cabimento dos poderes instrutórios do juiz e os princípios relacionados à gestão da prova.

Povos Indígenas: a Vida e o Direito de Acreditar é um estudo que reflete sobre a proteção e a promoção da diversidade como expressão da democracia, tolerância, justiça social e respeito mútuo, e que entende que a questão social referente aos povos indígenas quanto aos seus costumes que envolvem a morte de bebês indígenas recém-nascidos, por serem gêmeos, precisa ser debatida para que se encontrem soluções respeitadas e humanitárias como a possibilidade de adoção.

Em **Reforma da Previdência** os autores apresentam uma reflexão sobre a reforma da Previdência Social, os argumentos do Governo Federal para a sua aprovação, bem como argumentos contrários, a partir dos principais pontos do relatório da CPI da Previdência. Mostram também que a seguridade social é estruturalmente superavitária e por fim argumentam

que tal reforma contraria a Constituição de 1988, que assegura o direito à vida, ao trabalho, à saúde, à educação como direitos fundamentais e que a reforma da Previdência, ao retirar direitos que integram a dimensão fundamental do ser humano, nega a Constituição, a democracia e a cidadania.

Desejamos aos nossos autores e leitores uma boa leitura.

Osair Victor de Oliveira Junior
Juiz Federal e Diretor do Foro da JFRJ

Luciene da Cunha Dau Miguel
Diretora da Secretaria Geral

AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DO DIREITO SUBJETIVO NO DIREITO ROMANO

THE CONTROVERSIES ON SUBJECT LAW IN ROMAN LAW

André R. C. Fontesⁱ

Resumo: A forma como se apresenta a problemática do direito subjetivo no Direito Romano e as críticas que lhe acompanham ainda hoje não encontram solução comum, entretanto, os debates redundaram na concentração e limitação do *jus* a uma única situação jurídica subjetiva: a do direito subjetivo. Pretende-se com esse ensaio abordar as controvérsias teóricas sobre a concepção romana (ou não) do direito subjetivo.

Palavras-chave: *Jus. Romanitas. Corpus Juris Civilis.*

Abstract: The way in which the problem of subjective law in Roman law is presented and the criticisms that accompany it still do not find a common solution, however, the debates have resulted in the concentration and limitation of the *jus* to a single subjective juridical situation: that of the subjective right. This essay intends to address the theoretical controversies about the Roman conception (or not) of the subjective right.

Keywords: *Roman Law, Corpus Juris Civilis.*

ⁱ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2005), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ (2015), Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNI-RIO e Desembargador no Tribunal Regional da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Efetivamente, a morte do corpo social e econômico que o havia forjado implicou o recuo do Direito Romano. Nós somos herdeiros do Direito Romano (*Roma communis nostra patria est*). Em uma grande proporção somos os *heredes necessarii* do Direito Romano: não esteve nunca em nossas mãos poder impedir que o Direito Romano fosse um elemento básico na formação da moderna civilização ocidental. Diz a máxima romana que o que é herdeiro uma vez é herdeiro sempre (*heres semper, non potest desistere esse heres*) e, em razão disso, não podemos modificar o fato de que, por necessidade e por eleição, o Direito Romano haja desempenhado um grande papel na formação de nossa civilização e, por tudo, é demasiado tarde para se repudiar a *hereditas*, ainda que isso resulte em danos.

Objeção a que se poderia levantar seria a vantagem que se teria com a apreciação dos valores romanos. A resposta é que a História ou simplesmente a experiência exige a valoração dos elementos culturais. Uma valoração do legado do Direito Romano tem alcance prático a respeito da questão concreta de até que ponto vale a pena considerá-lo desde como disciplina universitária até o mais amplo interesse do seu estudo.

Por sermos os grandes herdeiros de uma tradição, parte dessa herança espiritual (*a Romanitas*) dever ser cuidadosamente guardada e cultivada, ou até mesmo, no possível, ter suas arestas aparadas. O Direito Romano existe ainda hoje não como passado, e sim como um presente: é um modelo; existe pela sua importância para a Ciência do Direito; e o nosso não se compõe senão de pensamentos todos romanos; existe não por assim ter requerido e autorizado o legislador, mas pela força da convicção científica.

A questão que devemos examinar é se vamos compreendê-lo, porque sem os méritos de seu vigor técnico, o seu estudo continuado é que se justifica por duas vezes. Em primeiro lugar, a histórica nos facilita um exemplo único do método jurídico do desenvolvimento legal, não de uma simples lei positiva, senão de um direito existente e de sua coordenação e desenvolvimento por meio da razão. Podemos observar este método na forma em que as idéias fundamentais da propriedade, do contrato e do direito subjetivo, expressadas primeiramente em um tosco conjunto de costumes, se converteram mediante processo através de muitos séculos, em um corpo consistente de doutrina razoável que, em suas linhas essenciais, não tenha sido criado pelo Estado, senão sancionando com sua proteção.

No primeiro sentido, o estudo do Direito Romano é interessante não só como preparação para o trabalho profissional, senão como forma de inculcar o verdadeiro conceito de direito e de evolução jurídica. Em segundo lugar, o Direito Romano, em sua forma final, tal como apareceu no *Corpus Juris* de Justiniano¹, constituiu, em seu ressurgimento, a base do moderno Direito Brasileiro. Esta é a mera afirmação de um fato, verdadeiro em si mesmo, qualquer que seja nosso critério sobre a veneração medieval pelo Direito Civil. E isto faz do Direito Romano um tema de importância primordial para a história da Idade Média e da Época Moderna. Uma incursão histórico-teorética sobre o surgimento do Direito Romano significará nos permitir a sua continuidade.

A forma como se apresenta a problemática do direito subjetivo no Direito Romano e as críticas que lhe acompanham ainda hoje não encontram solução comum, entretanto, os debates redundaram na concentração e limitação do *jus* a uma única situação jurídica subjetiva: a do direito subjetivo. Mas, se a controvérsia desemboca na discussão da existência ou não do direito subjetivo no Direito Romano, magistralmente defendida por seus adeptos, haveria que se indagar da centralização ou esgotamento do termo *jus* no direito subjetivo. É possível desvelar desse fenômeno outras figuras ainda ocultas? De um *jus* ancorado no direito subjetivo é limitado a essa certeza ou o *jus* poderia expressar manifestações de outras situações como a do interesse legítimo? Eis a *vexata quaestio!*², asseguram os jurisdicionados.

OBRAS CONSULTADAS

GRANT, Michael. **História de Roma**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

VALLE, Gabriel. **Dicionário Latim-Português**. São Paulo: Thonson, 2004.

MONIER, Raymond Manuel. **Élémentaire de Droit Romain**. 6. ed. Aalem: ScentiaVerlag, 1977.

1 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>> Acesso em: 4 fev. 2018.

2 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>> Acesso em: 4 fev. 2018.

GIORDANI, Mário Curtis. **A importância do Direito Romano é parte presente em toda a literatura específica**: por todos: Direito Romano, 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

VOLTERRA, Edoardo. **Istituzioni di Diritto Privato Romano**. Roma: Edizioni Ricerche, 1961.

DA SILVA, Luiz Antonio Vieira. **História Interna do Direito Romano Privado**. Rio de Janeiro: Eduardo & Enrique Laemert, 1854.

PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO: DESAFIOS NA CONTEMPORANEIDADE

BRAZILIAN FEDERAL PACT: CHALLENGES IN THE CONTEMPORARY WORLD

Guilherme Sandoval Góesi
Cleyson de Moraes Melloⁱⁱ

Resumo: O estudo do pacto federativo perpassa um espectro multidimensional da organização político-social do Estado Democrático de Direito que envolve a repartição constitucional de competências, a separação vertical de poderes, a regra democrática e a proteção de direitos fundamentais. A partir de assimilação acrítica do federalismo centrípeto norte-americano, o pacto federativo brasileiro gestou graves distorções que são perceptíveis até os dias de hoje, daí a necessidade de reestruturá-lo com a finalidade de promover a redução das desigualdades regionais e potencializar o desenvolvimento nacional. Com efeito, urge reconfigurar o pacto brasileiro a partir de alterações normativas capazes de reduzir o gigantismo centralizador da União, em detrimento dos estados-membros, fortalecendo mecanismos de desenvolvimento estratégico do Brasil.

Palavras-chave: Federalismo Centrífugo. Geodireito. Federalismo Centrípeto. Reconfiguração do Pacto Federativo.

i Pós-doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela Universidade da Força Aérea (UNIFA). Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME).

ii Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Departamento de Teorias e Fundamento do Direito. Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença – RJ; Professor Titular da Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro – Brasil; Doutor e Mestre em Direito. profcleysonmello@hotmail.com.

Abstract: The study of the federative pact runs through a multi-dimensional spectrum of the political-social organization of Rule of Law, which involves the constitutional division of responsibilities, vertical separation of powers, democratic rule and protection of fundamental rights. From the uncritical assimilation of US centripetal federalism, the Brazilian federal pact has created serious distortions that are perceptible to the present day, hence the need to restructure it with the purpose of promoting the reduction of regional inequalities and enhancing national development. Indeed, it is urgent to reconfigure the Brazilian pact through normative changes capable of reducing the Union's centralizing gigantism to the detriment of subnational, strengthening Brazil's strategic development mechanisms.

Keywords: Centrifugal Federalism. Centripetal Federalism. Reconfiguration of the Federative Agreement Pact.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do pacto federativo é um dos temas mais fascinantes da teoria constitucional, uma vez que abarca um espectro epistemológico multidimensional que mescla, dentre outros, os conceitos de Estado Democrático de Direito, repartição constitucional de competências, autonomia dos entes federativos, separação vertical de poderes e desenvolvimento nacional.

Dessarte, a análise do princípio federativo não pode mais se limitar ao debate em torno da organização político-administrativa do Estado vislumbrada como um pacto de cooperação de estados que abrem mão de sua soberania em prol da formação de um único Estado federal.

É nesse diapasão que o presente trabalho tem a finalidade de fixar o núcleo essencial do princípio federativo, enquanto cláusula pétrea, de modo a delinear seu conteúdo jurídico mínimo, sem o qual o pacto federal ficaria esvaziado sem nenhuma efetividade. Isto significa dizer que o pacto federativo brasileiro ainda se encontra em construção, carecendo de maior desenvolvimento científico, seja na esfera da teoria constitucional, seja na esfera da ciência política. Nesse sentido, Gilmar Mendes alerta que:

“Os princípios mercedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas cláusulas pétreas, pa-

recem despidos de conteúdo específico. O que significa, efetivamente, separação de Poderes ou forma federativa? O que é um Estado de Direito Democrático? Qual o significado da proteção da dignidade humana? Qual a dimensão do princípio federativo¹?

Em consequência, a doutrina pátria ganha a missão de edificar as bases epistemológicas do conteúdo jurídico mínimo do princípio federativo, ou seja, estabelecer um *minimum* normativo que fixe os limites da atuação dos entes federativos a partir de relações constitucionalmente garantidas entre a União, os estados-membros, o Distrito Federal e os municípios. Com isso, aspira-se contribuir para a abertura de novos espaços de reflexão científica dentro da teoria constitucional, fazendo-a estabelecer a fronteira jurídico-constitucional da cláusula de eternidade da forma federativa do Estado brasileiro.

Por conseguinte, em um primeiro momento, este artigo tem a pretensão de examinar a formação do pacto federativo, que surgiu a partir da declaração de independência das treze ex-colônias britânicas, que se estruturaram numa entidade até então inexistente, com o desiderato de obter maior segurança contra ameaças externas e internas. No plano teórico-conceitual, a formação do pacto federal norte-americano nasceu juntamente com o conceito de presidencialismo em contraposição ao parlamentarismo, sistema de governo até então dominante na Europa.

Assim, pode-se afirmar que a declaração de independência dos EUA marca, a um só tempo, a criação de uma nova forma de Estado (federação) e de um novo sistema de governo (presidencialismo). Além disso, é importante compreender que a formação do pacto federativo estadunidense projeta a ideia de que a organização do poder político no espaço ocorreu através de força centrípeta, isto é, de fora para o centro, por agregação, partindo-se de uma Confederação de estados soberanos para uma Federação de estados meramente autônomos. Isto justifica o atual paradigma federal dos EUA, no qual os estados-membros (verdadeiramente soberanos na condição anterior de confederação) possuem alto grau autônomo em termos de repartição constitucional de competências, bem como de autonomia financeira e fiscal em relação à União.

1 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>
Acesso em: 4 fev. 2018.

Já o pacto federativo brasileiro nasceu a partir de uma força centrífuga, isto é, do centro para fora, por desagregação, partindo-se de um Estado Unitário Absoluto para um Estado Federal. Isto significa dizer que, diferentemente do modelo norte-americano, a Federação Brasileira apresenta uma estrutura na qual, muito embora não exista hierarquia formal entre as unidades federadas, existe, sim, uma predominância cêntrica do poder central (União) em termos de repartição de competências, arrecadação de impostos e níveis de formulação de políticas públicas, daí surgindo a imagem de Estado Federal Fictício ou de Estado Unitário de Fato.

Eis aqui a primeira linha de investigação do presente artigo, qual seja examinar as distorções do atual pacto federativo brasileiro, cujo modelo centrífugo de formação contribui para o empoderamento do ente central em detrimento dos governos subnacionais.

Fácil é perceber, pois, que a assimilação acrítica do modelo estadunidense gerou entre nós uma forma fictícia de Estado Federal, que manteve um processo decisório centralizado, no qual o poder central é o difusor das grandes políticas públicas do País e principal coletor de taxas e impostos. É nesse sentido que surgem as grandes distorções do federalismo centrífugo brasileiro, que, aliás, persistem até os dias de hoje: grande concentração de competências enumeradas da União; alta dependência das entidades federativas - notadamente dos municípios - às transferências e repasses tributários obrigatórios feitos pela União e baixo grau de autonomia dos governos subnacionais.

Já a segunda linha epistemológica aspira traçar as bases teóricas que informam a criação do assim chamado **federalismo tridimensional brasileiro**, modelo único na teoria constitucional contemporânea, na medida em que consagra o poder municipal como ente federativo, juntamente com os Estados, o Distrito Federal e a União.

Portanto, é nesta segunda segmentação temática que se examinará a elevação do município ao patamar de entidade político-administrativa com personalidade jurídica de Direito Público, dotada de autonomia e competência normativa constitucionalmente estabelecida. Assim, destacando essa característica originária do Direito Brasileiro, Augusto Zimmermann mostra que:

“A recepção do município como membro federativo é uma heterodoxia deveras peculiar à organização federativa brasileira. Tradicionalmente, o Estado Federal promove apenas um sistema bipartido ou bidimensional, porquan-

to os únicos entes federativos que costumem figurar nas constituições federais sejam a União e os estados-membros." (ZIMMERMANN, 2005, p. 46).

Ainda dentro dessa segunda segmentação temática, a intenção é examinar a valorização política da esfera municipal dentro da reestruturação do pacto federativo feita pela Constituição de 1988. Em consequência, a ideia é perscrutar questões tais como clientelismo e populismo na órbita municipal, distorções no sistema constitucional de repartição de competências das unidades subnacionais e desvios nos sistemas de representação política. Com isso, desponta a necessidade de reestruturar o pacto federativo brasileiro, cujo modelo centrífugo acabou por gerar graves distorções, que, em última instância, nada mais fazem do que agravar o ciclo do empobrecimento estatal, aumentar as desigualdades regionais e sociais e potencializar os desvios dos sistemas de representação política.

Finalmente, o terceiro momento de análise do presente artigo pretende percorrer a senda das teorias do núcleo essencial e, em especial, o exame do conteúdo jurídico mínimo do princípio federativo. Por sua maior complexidade, ênfase será dada ao estudo da doutrina e da jurisprudência pátrias, na tentativa de estabelecer um primeiro esboço hermenêutico daquilo que poderia constituir o núcleo essencial da forma federativa de Estado.

Para perquirir a natureza jurídica de tal núcleo essencial com a devida densidade acadêmica, é preciso antes investigar o caráter multifacetado, que abarca diferentes aspectos da organização político-social do Estado contemporâneo, tais como perscrutação do grau de autonomia das unidades federadas, boa ou má repartição constitucional de competências, efetiva distribuição igualitária de justiça e, finalmente, o grau de proteção dos direitos fundamentais proporcionado pela adequada organização do poder político no espaço.

2 O ADVENTO DO ESTADO FEDERAL NORTE-AMERICANO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

O processo de formação centrípeta do Estado Federal Norte-Americano começou em 1775 - ocasião da revolta dos colonos contra as políticas financeiras do Reino Unido, sob o comando de Jorge III - e terminou em 1787 com a Convenção da Filadélfia, cujo desfecho foi a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte.

Assim sendo, a declaração de independência da Virgínia de 1776, redigida e assinada por uma comissão de cinco membros comandada por Thomas Jefferson, transformou as treze colônias em Estados livres do jugo britânico, imprimindo-lhes o caráter jurídico de Estados soberanos e atribuindo-lhes a capacidade de formular sua própria legislação e organização político-administrativa.

Já no Brasil, como visto, antes mesmo de nossa primeira Constituição republicana, o artigo inaugural do Decreto nº 1 de 1889 já estabelecia oficialmente que o Brasil seria uma República Federativa, cujas Províncias reunidas pelo laço da federação formariam os Estados Unidos do Brasil (art. 2º do Decreto *ut supra*).² Há de se observar, portanto, que, ao contrário do que ocorreu nos EUA, onde o processo de elaboração do pacto federativo foi sendo lapidado paulatinamente, no Brasil, o princípio federativo foi importado e imposto a uma realidade de estatalidade unitária que certamente ainda não estava preparada para absorvê-lo.

Na verdade, a questão não é tão somente acerca da condição anterior de estatalidade unitária do Estado Brasileiro, mas, principalmente, do tipo de federalismo importado e que foi o **federalismo dual**, cuja principal característica é a busca de equilíbrio entre a União e os Estados-membros, não havendo relação de subordinação entre ambos.

E assim é que o modelo brasileiro, ao incorporar acriticamente os elementos centrais do federalismo dual norte-americano, estabeleceu rigorosa igualdade jurídica entre os estados-membros e a União, afastando destarte qualquer perspectiva de interferência da União no quadro geral de competências constitucionalmente asseguradas às entidades federadas subnacionais. Nesse diapasão, não vislumbraram os sectários brasileiros do modelo norte-americano diversos fatos característicos do Brasil Império, paradigma estatal preexistente, e, em especial, o desnível de desenvolvimento entre as antigas Províncias, transformadas literalmente

2 Todavia, sustenta Paulo Bonavides ser "errôneo supor que a Federação no Brasil foi produzida unicamente pelo Decreto nº 1, do Governo provisório de 1889. Se o presidencialismo colhe de surpresa o País, desconhecido que era a todas as tradições de embate doutrinário em que nos havíamos empenhado durante a fase anterior à República, tal não se deu, porém, com a Federação. Esta, ou já se desejava, no sentir de monarquistas abalizados, da índole liberal de Nabuco e Rui, ou já aguardava, por solução lógica e idônea aos antagonismos e crises que desde muito dilaceravam o corpo político da Monarquia. O Decreto 1 foi apenas o coroamento vitorioso de velhas aspirações autonomistas que, não se podendo fazer nos quadros institucionais do Império por um ato reformista, se fizeram via improvisação da ação revolucionária de 15 de novembro de 1889, resultando, assim, na implantação do sistema republicano". (BONAVIDES, 1996, p. 390, *apud* VON RONDOW, 2002).

da noite para o dia em Estados-membros dotados de igual capacidade jurídica do poder central.

Em suma, de toda esta análise até aqui desenvolvida, resta indubitável que o processo de assimilação acrítica do federalismo centrípeta norte-americano gerou grandes distorções no Direito pátrio, tais como: grande concentração de competências enumeradas da União; grande dependência dos governos subnacionais - notadamente os municípios - das transferências e repasses tributários obrigatórios feitos pela União, uma vez que a maior parte da arrecadação de tributos no Brasil se concentra na órbita da União; baixo grau de autonomia dos governos subnacionais (estados e municípios), em especial, a autonomia legislativa e tributária e criação ilusória de um Estado Federal brasileiro, que, na opinião de grandes publicistas, em última instância, é mera ficção jurídica, na medida em que se institucionalizou o gigantismo centralizador da União em detrimento dos Estados-membros.

É por isso que Paulo Bonavides postula a criação de um novo modelo federalista para o Brasil, o **federalismo das Regiões**, cujo objetivo é neutralizar a tendência cada vez maior de Estados Federais monolíticos, verdadeiros estados unitários que não deixam margem de manobra para as unidades subnacionais.

Com efeito, não se pode negar a tendência brasileira centralizadora que se consubstancia na área de competência da União que é amplíssima, na medida em que a competência residual dos Estados - prevista no artigo 25, § 1º, da Constituição Federal - é bastante mitigada ante o rol extenso de competências enumeradas da União, previstas no artigo 21 (competência exclusiva) e no artigo 22 (competência privativa).

É de se observar, portanto, que a competência residual dos estados-membros foi coarctada por dispositivos constitucionais, que agigantaram as prerrogativas e competências do poder central (União), reservando-lhe indubitavelmente aquelas de maior importância.

À guisa de conclusão desse segmento temático, impende, pois, compilar, em quadro teórico-conceitual, o modelo estadunidense que, como visto exaustivamente, é muito diferente do brasileiro. Assim, é importante destacar as bases teóricas que explicam o alto grau de autonomia dos governos subnacionais dos Estados Unidos quando comparados com seus congêneres do Brasil:

a) a formação do federalismo norte-americano foi centrípeta, isto é, ocorreu da passagem de um Estado Confederal para um Estado Federal,

enquanto que o federalismo brasileiro é centrífugo, ou seja, ocorreu da passagem de um Estado Unitário para um Estado Federal, o que explica até hoje a maior autonomia dos estados estadunidenses quando comparados com os brasileiros;

b) os governos subnacionais norte-americanos podem estabelecer a forma unicameral ou bicameral para o poder constituinte derivado decorrente (poder legislativo dos estados-membros); já os estados brasileiros adotam necessariamente a forma unicameral;

c) os entes federativos estadunidenses possuem ampla discricionariedade para legislar sobre Direito Civil, Comercial, Processual, Eleitoral, Penal e outros, sendo mesmo possível que alguns estados da Federação norte-americana adotem a pena de morte e outros não, ou, que alguns adotem o divórcio e outros não, enquanto que, no Brasil, tais matérias são de competência privativa da União;

d) os estados-membros da Federação norte-americana não ficam submetidos aos rigores do princípio da simetria, na medida em que gozam de livre arbítrio quanto às linhas gerais do sistema presidencialista e quanto aos sistemas de organização e governo municipais;

e) os governos subnacionais estadunidenses possuem plena autonomia na estruturação do seu sistema judiciário e do seu sistema eleitoral, podendo até mesmo chegar a adotar institutos de democracia plebiscitária rousseauiana, como por exemplo o *referendum* (consulta popular de convalidação) ou o *recall* (revogação do mandato eletivo por infidelidade às teses programáticas mediante manifestação superveniente do eleitorado);

f) as unidades federativas locais dispõem de grande poder de veto no processo de atualização do Estado Federal norte-americano, na medida em que a aprovação de emendas constitucionais, mesmo que não afetem a distribuição federal de poderes, exigem a ratificação de três quartos dos estados-membros, sendo que há tipos de emendas à Constituição que não podem ser aprovadas sem a ratificação de 49 dos 50 estados-membros da Federação Norte-Americana.

Em suma, a compilação do quadro teórico-conceitual da estrutura federal brasileira permite projetar a perpetuação do gigantismo jurídico-financeiro da União, cujo desfecho é melancólico: aumento das desigualdades regionais e das desigualdades sociais, na contramão do que estabelece um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro.

3 BASES TEÓRICAS DO FEDERALISMO TRIDIMENSIONAL BRASILEIRO

Pelas dimensões continentais do território nacional, pelas suas disparidades socioeconômicas, sejam inter-regionais, sejam interpessoais, pela sua diversidade geográfica e pela sua estatura geopolítica, o Brasil carece urgentemente de perspectiva de desenvolvimento estratégico, cuja articulação perpassa, necessariamente, pelo aperfeiçoamento do pacto federativo, e, em especial, pela cooperação das entidades federadas e o poder central.

A Constituição de 1988 introduziu mudanças significativas na Federação brasileira atinentes à descentralização do poder político e financeiro para as esferas subnacionais. Um dos principais objetivos da Assembleia Nacional Constituinte foi reestruturar o sistema federal pátrio, tentando imprimir-lhe maior descentralização e equilíbrio entre os entes federativos e transformando o princípio federativo em cláusula pétrea.

Além disso, a Constituição de 1988 instaurou uma nova era do pacto federal brasileiro, tornando-o tridimensional, ao erigir o município em ente federativo autônomo. Nesse sentido, o entendimento pretoriano do eminente Ministro Celso de Mello que assim se manifestou acerca da autonomia municipal, *verbis*:

“(...) Cabe assinalar, neste ponto, que a autonomia municipal erige-se à condição de princípio estruturante da organização institucional do Estado Brasileiro, qualificando-se como prerrogativa política, que, outorgada ao município pela própria Constituição da República, somente por esta pode ser validamente limitada.³”

No entanto, a aceitação da ideia de que o município é um ente federativo ainda encontra resistência na doutrina. A juíza Lia Sammia Souza Moreira, em lapidar trabalho monográfico apresentado à Escola Superior de Guerra para a obtenção do diploma do Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia, preleciona que:

“A Constituição Federal de 1988 inaugura uma fase inovadora do municipalismo e do federalismo brasileiros. Sem parâmetros em outros países, a nova Carta Magna eleva o

3 RE 251542/SP. Min. Rel. Celso de Mello. Informativo STF n° 394.

município à condição de ente da federação, isto é, membro do pacto federativo ao lado dos estados.” (MOREIRA, 2002, p. 49)⁴

Nesse ponto da análise, é importante compreender que o conceito de **Federalismo enquanto forma de Estado** é muito mais amplo que o vetusto entendimento de que o Estado Federal é a união de estados autônomos. Com certeza não existe uma Federação de Municípios, porém, a autonomia municipal foi erigida à categoria de princípio estruturante da organização institucional do Estado Brasileiro (Min. Celso de Mello).

Para além disso, a autonomia municipal foi inserida no rol de **princípios constitucionais** sensíveis, cuja violação pelo estado-membro autoriza a intervenção federal nos termos do artigo 34, inciso VII, alínea “c” da Constituição.

Nem mesmo certas restrições constitucionais impostas aos municípios, *e.g.*, não possuem poder judiciário, estarem proibidos de constituir tribunais de conta e não terem representação junto à União, isto é, não participarem na formação da vontade nacional, retiram-lhes a condição de membro do pacto federativo brasileiro.

Acrescente-se ainda que os municípios foram aquinhoados, no que tange à repartição horizontal de competências, com a capacidade para legislar sobre assunto de interesse local (art. 30, inciso I), bem como, no plano da repartição vertical de competências, a suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, inciso II) e a competência administrativa comum envolvendo as três esferas de poder (art. 23).

4 Essa disposição constitucional não foi recebida com apreço pelo constitucionalista José Afonso da Silva que, sem se manifestar contra a autonomia municipal, não aceita a inclusão do município como ente federativo. Argumenta o Professor José Afonso que: “não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de municípios. Existe federação de estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. (...) Dizer que a República Federativa do Brasil é formada da união indissolúvel dos municípios é algo sem sentido, porque, se assim fora, ter-se-ia que admitir que a Constituição está provendo contra uma hipotética secessão municipal. Acontece que a sanção correspondente a tal hipótese é a intervenção federal que não existe em relação aos municípios. A intervenção neles é da competência dos estados, não da União. (...) Outro aspecto que mostra que os municípios continuam a ser divisões dos estados acha-se no fato de que sua criação, incorporação, fusão e desmembramento far-se-ão por lei estadual, segundo requisitos previstos em lei complementar também estadual (art.18, § 4º), e dependerão de plebiscito (que é sempre uma consulta prévia) das populações diretamente interessadas (...)”. (SILVA, 1997, p. 451).

De tudo se vê, por conseguinte, que, muito embora grande parte da doutrina constitucionalista pátria prefira a inteligência de que o município não pode ser considerado ente federativo, o fato é que os comandos constitucionais mostram com clareza meridiana que o pacto federativo brasileiro é tridimensional (União, estados-membros/Distrito Federal e municípios) e não mais bidimensional (União e estados-membros).

Uma vez caracterizada a autonomia municipal dentro de um federalismo tridimensional, importa, agora, examinar a fixação do núcleo essencial e as perspectivas de evolução do pacto federal brasileiro, que parte da doutrina entende claudicante, mas, que, na verdade, necessita apenas aperfeiçoar seus mecanismos de cooperação, com a respectiva valorização política da esfera municipal, dentro de um quadro geral mais amplo de arrecadação de recursos e encargos atinentes ao bem-estar social.

4 A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DO NÚCLEO ESSENCIAL DO PRINCÍPIO FEDERATIVO

A nosso juízo, acreditamos que, muito embora já se tenham passados trinta anos da promulgação da Carta Constitucional de 1988, o conhecimento hermenêutico acumulado sobre o núcleo essencial dos direitos constitucionais e, em especial, das cláusulas pétreas ainda é controverso e insuficiente. A doutrina e a jurisprudência ainda não foram capazes de elaborar os conteúdos específicos dos comandos constitucionais gravados com o manto de imutabilidade. Nesse mister, precisa a lição de Gilmar Mendes:

“Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. (...) Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio.”⁵

5 Cf. MC em ADPF 33-5 PARÁ. Min. Rel. Gilmar Mendes. DJU 20/03/2003, p. 7-8.

Lapidar o magistério de Gilmar Mendes, ao qual aduzimos a intelecção de que a delimitação do conteúdo específico ou pelo menos de seu conteúdo mínimo perpassa necessariamente pela análise do conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais, razão pela qual vamos em seguida analisá-lo ainda que perfunctoriamente.

Pacificou-se na melhor doutrina a existência de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, cuja significação aponta para uma região normativa inexpugnável, insusceptível de qualquer invasão, seja pelo legislador (elemento responsável pela criação do texto da norma), seja pelo aplicador do Direito (elemento responsável pela criação da norma concretizada). Assim, a identificação de um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais atua como um “limite dos limites”, tanto para a criação, como para a aplicação do Direito.

Já na linha jurisprudencial, cumpre destacar, mais uma vez, a construção pretoriana do eminente Ministro Gilmar Mendes:

“Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949, na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18, III) e na Constituição Espanhola de 1978 (art. 53, nº 1). Em outros sistemas, como o norte-americano, cogita-se, igualmente, da existência de um núcleo essencial de direitos individuais. (...) A Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1º, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angegriffen werden*). (...) Na mesma linha, a Constituição Portuguesa e a Constituição Espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais.” (Cf. Constituição Portuguesa de 1976, art. 18, nº 3 e Constituição Espanhola de 1978, art. 53, nº 1).⁶

6 HC 85.687/RS, 15/05/2005.

É com tal tipo de intelecção em mente que se vai em seguida analisar uma possível forma de construir dogmaticamente o núcleo essencial do princípio federativo, mesclando-se doutrina e jurisprudência para atendimento de tal objetivo.

De plano, é importante explicitar que, neste último segmento temático, pretende-se tão somente investigar como a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores podem ir paulatinamente construindo dogmaticamente o núcleo essencial do princípio federativo.

No âmbito da teoria geral do Estado, o princípio federativo encontra sua base conceitual na ideia de autonomia dos entes federativos. Como genericamente se diz na doutrina, a diferenciação entre Federação e Confederação reside no fato de que a Federação é a união de estados autônomos, interligados sob o vínculo jurídico de uma Constituição, enquanto que a Confederação é a união de estados soberanos, interligados pelo vínculo contratual de um tratado internacional. Reina, portanto, na Ciência Política, a convicção de que os elementos conceituais do federalismo giram em torno do reconhecimento de unidades federativas dotadas de autonomia.

No entanto, a questão é mais complexa, na medida em que os autores não entram em acordo no fixar traços característicos de um estado federal. Celso Ribeiro Bastos (2004) demonstra que existe uma plêiade de concepções acerca do princípio federativo, que varia desde a ideia de diversidade de leis e várias soberanias secundárias, sob uma soberania comum (Hauriou), perpassando pela noção de dois governos no mesmo território unidos pela impossibilidade de se alterarem as competências sem o consentimento de ambos (Duguit), até a intelecção de três ordens jurídicas, duas parciais (a União e os entes federados) e uma global (a da Constituição, que as domina, delimitando-lhes a competência e determinando um determinado órgão para fazer cumprir tal repartição de competências) (Kelsen). (BASTOS, 2004, pp. 225-226).

A partir dessas considerações, é possível destacar que são duas as perspectivas pelas quais o núcleo essencial do princípio federativo pode ser aferido: **autonomia** dos componentes da Federação e **repartição de competências** dos entes federativos.

Aliás, é importante frisar que essas duas não são absolutamente as únicas perspectivas possíveis, cabendo à doutrina ou ao gênio pragmático

pretoriano, fixar novas visadas dogmáticas que façam progredir a delimitação do núcleo essencial, não só do princípio federativo, mas de cada um dos direitos constitucionais supergarantidos.

Sem embargo de pensamento contrário, não se pode desvincular a forma federativa de Estado da autonomia dos entes federativos ou da própria repartição de competências ou ainda de outros elementos nucleares do princípio estrutural do federalismo.

Considere a seguinte situação hipotética: o Congresso Nacional aprova uma Emenda Constitucional que suprime o art. 30, inciso I, de nossa Carta Magna, dispositivo constitucional cuja **fatispécie normativa** autoriza os municípios a legislarem sobre assuntos de interesse local.

Diante de tal norma constitucional derivada, qual seria a norma-decisão adequada para o caso? Deveria tal norma de lei constitucional ser declarada inconstitucional? Deveria o exegeta constitucional fazer migrar sua norma-resultado para o domínio eficaz nuclear negativo?

A nosso juízo, acreditamos que sim, porque tal emenda violou a impenetrabilidade do conteúdo mínimo da forma federativa do Estado Brasileiro, uma vez que comprometeu gravemente a repartição horizontal de competências dos entes federativos, elemento nuclear do princípio federativo, enquanto cláusula pétrea.

Com rigor, o problema não está propriamente na repartição constitucional de competências, mas, sim, na forma pela qual ela é posta em prática pela elite política do País. Com rigor, o cerne da questão está na dificuldade em conciliar a descentralização político-administrativa dos entes federativos com os óbices que se antepõem ao desenvolvimento nacional que requerem políticas nacionais para a sua consecução.

Explica-se melhor: o cenário político brasileiro se caracteriza por grandes desigualdades regionais que se potencializam a partir de acentuadas assimetrias na distribuição da renda e da riqueza nacionais. Tais assimetrias demandam políticas nacionais de desenvolvimento unificadas, que, por sua vez, requerem a concentração de competências nas mãos do poder central. Com efeito, não há como ilidir que a mitigação dos desequilíbrios regionais e sociais é mais facilmente obtida a partir de políticas públicas de âmbito nacional.

Por outro lado, a estrutura democrática do Brasil pós-1988 clama pela descentralização do poder político no espaço como instrumento de resistência a tendências autoritárias de um fictício Estado Federal “centralizador”.⁷

E assim é que entendemos que, no plano geopolítico mais amplo, as políticas públicas sociais devem procurar substituir o vetusto **federalismo competitivo** - cuja nota maior não é nem a centralização e nem a descentralização, mas, sim, a falta de coordenação entre as três esferas de governo que, sem nenhuma visão estratégica comum, buscam isoladamente desenvolver suas próprias políticas públicas, sendo certo afirmar que a chamada guerra fiscal é seu maior exemplo - pelo **federalismo verdadeiramente cooperativo**, caracterizado pela existência de políticas públicas compartilhadas entre os três entes federativos, sem laços de hierarquização ou de autoridade.⁸

Nesse mister, não vislumbramos nenhuma incongruência na repartição feita pela Carta Magna ao estabelecer **competências administrativas comuns** para a União, estados e municípios nas áreas de saúde, assistência social, educação, cultura, habitação e saneamento, meio ambiente, proteção do patrimônio histórico; combate à pobreza e integração social dos setores desfavorecidos e educação para o trânsito, bem como **competências legislativas concorrentes** aos governos federal e estaduais em rol amplo de assuntos que variam desde a proteção ao meio ambiente e aos recursos naturais até a conservação do patrimônio cultural, artístico e histórico, perpassando pela proteção à infância, à adolescência e aos portadores de deficiências.

Em suma, a dinâmica de organização do poder no espaço necessita agregar aos padrões de interação intergovernamental das unidades

7 Autores há que discordam de tal tipo de intelecção. A professora Iná Castro da UFRJ, por exemplo, entende que: “há diferentes graus de centralização (unitarismo) e de descentralização (federalismo) que variam no tempo e no espaço, ou seja, não há um modelo rígido aplicável a todos os países. Além disso, não há nenhuma relação direta entre centralização e autoritarismo ou descentralização e democracia, como a história do Brasil pode fazer crer. A França, por exemplo, é historicamente centralizada e manteve esta condição mesmo sob as regras da democracia moderna, e, da mesma forma, os Estados Unidos são historicamente descentralizados - com um bem nítido federalismo - e democráticos; a Alemanha, no entanto, permaneceu federal, mesmo sob o regime nazista. Portanto, “é a ação resultante dos interesses e dos conflitos que se territorializam e modelam o território, que expressa as características da sociedade e das forças políticas no seu interior”. (CASTRO, 2005, p. 131).

8 Outro grande exemplo deste nócio federalismo competitivo é o caso da saúde antes da implantação do Sistema Único de Saúde (SUS) onde em um mesmo município, tanto a União, quanto o Estado e o próprio governo local desenvolviam redes hospitalares próprias e sem articulação entre si.

político-administrativas do País, elementos sinérgicos de cooperação e de concessões mútuas. A articulação política do espaço público depende de grandes estratégias de desenvolvimento, capazes de sinalizar direções bem definidas em termos de aplicação das políticas públicas. A operacionalização desses grandes conceitos estratégicos deve ser feita através da cooperação entre os entes federativos (no plano vertical) e da sociedade como um todo (no plano horizontal).

Infelizmente, no Brasil, notadamente, nas ciências jurídico-sociais, a preocupação teórica com a dimensão geopolítica dos direitos humanos não tem nenhuma tradição. Somente, recentemente, com a visibilidade que o fenômeno da judicialização da política vem ganhando, é que o Direito Constitucional começa a investigar a questão da legitimidade dos atores institucionais na fixação de políticas públicas. Contudo, há um grande atraso a suplantar e cujas raízes se encontram nas mais diversas áreas do conhecimento científico (na economia, nas relações internacionais, na ciência política, na geopolítica etc.). Com efeito, a Academia Brasileira não consegue cruzar as fronteiras disciplinares, isolando-se, comodamente, em suas respectivas áreas epistemológicas.

Urge, pois, ao jurista brasileiro do século XXI a tomada de consciência do agravamento dos **problemas brasileiros** que emergem em parte do próprio ordenamento jurídico pátrio. O reconhecimento da tibieza política com que os direitos fundamentais de segunda dimensão vêm sendo tratados pela classe política é, sim, tema da agenda do Poder Judiciário. É nesse sentido que o Direito Constitucional precisa avançar, buscando, paulatinamente, construir dogmaticamente o núcleo essencial dos direitos constitucionais do cidadão brasileiro. Essa tomada de consciência do jurista hodierno é, por sua vez, um grande desafio notadamente ante a **fragmentação do edifício epistemológico brasileiro**, que se torna cada vez mais nítida diante do processo irreversível de globalização das relações econômicas, sociais e culturais. Correntes contraditórias permeiam o imaginário do jurista contemporâneo, cujo eixo epistemológico varia em torno de uma ideologia dual que polariza o debate acadêmico-científico no binômio: democracia liberal *versus* social democracia, livre iniciativa *versus* valor social do trabalho.

E assim é que não se pode ilidir, por exemplo, a perspectiva dialética que coloca, no caso brasileiro, de um lado a necessidade de avanços significativos do federalismo e do municipalismo, e, do outro, a necessidade da liberalização da economia e da integração internacional. Nesse

contexto, a distribuição espacial do poder entre os entes federativos é tema prioritário das agendas científica, jurídica e política.

5 CONCLUSÃO

Conforme afirmado na introdução deste artigo, o princípio federativo ainda carece de grande desenvolvimento dogmático.

Pela sistematização efetuada, foi possível identificar a influência da matriz teórico-conceitual estadunidense sobre o Direito P

átrio. Nesse passo, constatou-se que desvios do federalismo centrífugo brasileiro se fazem sentir até hoje, como, por exemplo, o alto grau de concentração de atribuições e competências nas mãos do poder central, em detrimento de uma maior descentralização de viés democrático. Com efeito, verificou-se que forças centrípetas levaram à formação da federação estadunidense e cujo conseqüente maior é a grande autonomia dos entes federativos subnacionais, que podem legislar, *inter alia*, sobre Direito Penal, cominando inclusive a pena de morte. No Brasil, a história do pacto federativo foi completamente diferente, pois não havia estados soberanos, mas, sim províncias submetidas ao controle do poder central, o que explica indubitavelmente nossa tendência de concentrar competências na órbita do Governo Federal.

Em um segundo momento analítico, investigamos a trajetória de valorização política da esfera municipal dentro da tridimensionalidade federativa brasileira. Com efeito, restou patente que a ascensão do município dentro da estrutura federalista é um dos principais alicerces da democracia e da cidadania. Nesse diapasão, verificamos que o poder municipal foi erigido à categoria de ente federativo, caso ímpar dentro do federalismo mundial, ganhando, portanto, *status* de entidade político-administrativa com personalidade jurídica de Direito Público, com governo próprio e competência normativa constitucional.

Para além disso, na reestruturação do pacto federativo feito pela Constituição de 1988, o município foi o principal beneficiário da descentralização de poder político no espaço, principalmente, na esfera tributária e em virtude da ampliação das transferências constitucionais da União e dos estados-membros. Em suma, além de ter-se transformado em ente federativo, o poder municipal foi aquinhado com competências e atribuições na área social que lhe projeta como baluarte do impulso des-

centralizador da estrutura federalista pátria, caso suplante o dogma de clientelismo e populismo que circunscreve sua imagem.

Finalmente, há a questão da construção dogmática do núcleo essencial do princípio federativo, tema instigante e desafiador que coloca no ombro da doutrina e da jurisprudência significativo fardo hermenêutico. Conforme visto ao longo do trabalho, a delimitação do alcance e conteúdo do pacto federal requer análise percuciente que se projeta sobre seus elementos nucleares. Quadra, pois, aqui destacar a intelecção de que a verificação da impenetrabilidade do núcleo essencial do princípio federativo exige a identificação das suas relações de interdependência dentro do sistema constitucional como um todo.

Nessa linha de entendimento, constatamos que a lesão a preceito fundamental não se configura apenas quando se verificar possível afronta ao princípio federativo, mas também a disposições constitucionais que confirmam **densidade normativa** ou **significado específico** ao pacto federativo, notadamente a autonomia dos governos subnacionais e a repartição constitucional de competências.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

CASTRO, Iná Elias de. **Geografia e política**: território, escalas de ação e instituições. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MOREIRA, Lia Sammia Souza. **Federalismo ou centralização**: o caso brasileiro. Rio de Janeiro: Biblioteca da Escola Superior de Guerra, Departamento de Estudos, MO 02 DAP, 2002, p. 49.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

VON RONDOW, Cristian de Sales. Brasil: um país a caminho de uma Federação justa e equilibrada. Jus, [S.l], nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3508>>. Acesso em: 29 abr. 2006.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA JURÍDICA EM DECORRÊNCIA DE DANOS AMBIENTAIS

THE CIVIL LIABILITY OF THE LEGAL PERSON IN THE DEVELOPMENT OF ENVIRONMENTAL DAMAGES

Gabriel de Freitas Ribeiroⁱ
Maria Geralda de Mirandaⁱⁱ
Reis Friedeⁱⁱⁱ

Resumo: O presente artigo tem como objetivo abordar alguns pontos relevantes relacionados ao instituto jurídico da responsabilidade civil, no que tange às atividades das pessoas jurídicas quando de alguma forma causam dano ou lesão ao meio ambiente. Buscou-se, inicialmente, conceituar meio ambiente e responsabilidade civil, para em seguida abordar as teorias do risco integral e do risco criado, para então concluir que a reparação que se busca em forma de compensação ambiental, não visa retirar o estímulo da pessoa jurídica ou extingui-la do mercado, uma vez que toda sociedade tem interesse em seu franco progresso, mas o que se busca com a compensação ambiental é uma maneira de abrandar os danos que a coletividade vem sofrendo em decorrência da falta de discernimento da própria pessoa jurídica.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Lei nº 6.938/81. Responsabilidade Civil Ambiental.

i Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Augusto Motta - UNISUAM (2016) e Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior pela UNISUAM (2017). Atualmente está se especializando em Advocacia Pública pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

ii Mestre em Literatura Comparada com ênfase nos estudos culturais pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Doutora em Letras com ênfase em estudos pós-coloniais, também pela UFF. Professora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local, do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM.

iii Desembargador Federal, Presidente Eleito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> E-mail: reisfriede@hotmail.com

Abstract: This article aims to address some relevant points related to the Legal Institute of Civil Liability, with regard to the activities of the legal persons when in some way cause damage or injury to the environment. It was initially sought to conceptualize environment, civil liability, to then address the theories of the integral risk and the risk created, to then conclude that the repair that is sought in the form of environmental compensation is not intended to remove the stimulus of legal person or extinguish it from the market, since every society has an interest in its progress, but what is sought with environmental compensation is a way of slowing down the damage that the collective has suffered due to the lack of discernment of own legal person.

Keywords: Environment. Law nº 6.938/81. Environmental Liability.

1 INTRODUÇÃO

Os impactos ambientais, como a poluição de rios, mares, lagoas, oceanos, poluição do ar, poluição do solo, que às vezes se torna improdutivo para o plantio, destruição de floras para construções de pátios industriais, o que conseqüentemente traz destruição à fauna, precisam ser debatidos cada vez mais, à luz da legislação brasileira, visando coibir danos e proteger a vida das pessoas e do planeta para futuras gerações.

O artigo 225 da Constituição Federal garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. No mesmo artigo, a Carta Magna impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dado o grande avanço de modo desordeiro das atividades empresárias que, de certa forma, atentam contra o meio ambiente, o legislador constituinte criou tal mecanismo, buscando por via judicial que tais empresas, na qualidade de pessoa jurídica, viessem a ser responsabilizadas pelos atos danosos e lesivos, muito embora as Leis Infraconstitucionais nº 5.167/67, nº 6.938/81 e nº 7.653/88 já disciplinassem as questões ambientais através das vias administrativas (ALVES, 2007, p. 2).

2 CONCEITOS DE MEIO AMBIENTE

Em todas as comunidades ao redor do planeta, quando o tema é meio ambiente, a preocupação é a mesma. Nas últimas décadas não foram poucas as mudanças provocadas pela ação humana na natureza, recebendo o homem como reação de suas inconsequentes ações as respostas em forma de desastres naturais que ocorrem frequentemente.

O artigo 3º da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, conceitua meio ambiente da seguinte maneira: “meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Tal definição pode ser considerada restrita, visto que a lei é de 1981, possui mais de três décadas de sua promulgação e inúmeros estudos, pesquisas, debates, congressos, simpósios e seminários têm-se feito para discussão do tema em questão, e, em razão disso, surgem muitos e diferentes conceitos acerca dos termos. Há certa dificuldade em conceituar ou definir o que realmente é o meio ambiente, uma vez que o assunto deixou de ser regional e passou a ser tema universal, discutido em todas as comunidades existentes no mundo (DALANHOL, 2002, p. 18).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente toma o *status* de bem jurídico, que passa a ser tutelado. Em diversos títulos e capítulos, a Carta Magna assegura a sua proteção dizendo ser “um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, atribuindo ao Poder Público e à coletividade em geral o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e as futuras gerações (SILVA, 2005, p. 7).

3 CONCEITOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Conceituar institutos jurídicos nunca foi tarefa fácil dada às correntes doutrinárias que provocam sérias discussões e algumas divergências. Porém, consubstanciando os conceitos de alguns juristas pátrios, teremos as seguintes definições:

Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2008), asseveram que:

“A palavra responsabilidade tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade”.

de, contendo ainda a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vincula, no Direito Romano, o dever nos contratos verbais." (GAGLIANO; PAMPLONA, 2008, p. 1-2).

Para Sérgio Cavalieri Filho (2008), profundo estudioso do tema "responsabilidade civil" é definida da seguinte forma:

"Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário." (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2).

Silvio Rodrigues (2003, p. 6), seguindo o entendimento de Savatier (1939), conceitua o instituto em tela como "a obrigação que pode incumbir uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam".

Há de se verificar que, não obstante os diferentes posicionamentos acima citados, os notáveis doutrinadores concordam em dizer que a responsabilidade civil consiste em reparar o dano que foi causado por conduta humana, tendo como finalidade restabelecer a coisa na justa medida da situação em que se encontrava antes do acontecimento que ocasionou o fato danoso (NUNES; LIGERO, 2009, p. 4).

4 AS TEORIAS DO RISCO INTEGRAL E DO RISCO CRIADO

A Lei nº 6.938/81 que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, em seu artigo 14, § 1º, prevê a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente como uma responsabilidade objetiva. Vejamos:

"Art. 14 (...)

§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente."

O jurista pátrio Silvio Rodrigues (2003, p. 11), em se tratando de responsabilidade objetiva, assevera o autor que:

“Na responsabilidade objetiva, a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.”

Há de se observar que no artigo 14, parágrafo 1º, da lei que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, foi recepcionado pela Nova Carta Política, que, encontrando guarida de modo parafraseado no art. 225, parágrafo 3º, tem-se o seguinte texto:

“Art. 225 (...).
§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Como se lê, cumpre ressaltar que aquele que degrada o meio ambiente está sujeito a uma das duas possibilidades de aplicação das teorias acima citadas.

A teoria do risco integral é uma das modalidades do risco, que visa justificar a obrigação de reparar o dano até mesmo no evento danoso em que não haja nexos de causalidade. Dado o seu rigor, o nosso ordenamento jurídico adota essa teoria somente em casos extraordinários (CAVALIERI FILHO, 2008, pp. 138–139).

Logo, tem-se que, na teoria do risco integral a reparação do dano é devida, independentemente da culpa. Nesse caso, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior não têm o menor efeito como causa excludente de responsabilidade (MOTA, 2009, p. 35).

Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Paraná, ao aplicar a teoria do risco integral em uma ação civil pública, responsabilizando a fábrica de refrigerantes Imperial Ltda. pela poluição do meio ambiente com embalagens plásticas tipo “pet”:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – LIXO RESULTANTE DE EMBALAGENS PLÁSTICAS TIPO PET (POLIETILENO TEREFTALATO) – EMPRESA ENGARRAFADORA DE

REFRIGERANTES – RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELA POLUIÇÃO DO MEIO AMBIENTE – ACOLHIMENTO DO PEDIDO – OBRIGAÇÕES DE FAZER – CONDENAÇÃO DA REQUERIDA SOB PENA DE MULTA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, LEI Nº 7.347/85, ARTIGOS 1º E 4º DA LEI ESTADUAL Nº 12.943/99, 213 e 14, § 1º, DA LEI Nº 6.938/81 – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. APELO PROVIDO EM PARTE.

1. Se os avanços tecnológicos induzem o crescente emprego de vasilhames de matéria plástica tipo PET (polietileno tereftalato), propiciando que os fabricantes que delas se utilizam aumentem lucros e reduzam custos, não é justo que a responsabilidade pelo crescimento exponencial do volume do lixo resultante seja transferida apenas para o governo ou a população.

2. A chamada responsabilidade pós-consumo no caso de produtos de alto poder poluente, como as embalagens plásticas, envolve o fabricante de refrigerantes que delas se utiliza, em ação civil pública, pelos danos ambientais decorrentes. Esta responsabilidade é objetiva nos termos da Lei nº 7.347/85, artigos 1º e 4º da Lei Estadual nº 12.943/99, e artigos 3º e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, e implica a sua condenação nas obrigações de fazer, a saber: adoção de providências em relação à destinação final e ambientalmente adequada das embalagens plásticas de seus produtos, e destinação de parte dos seus gastos com publicidade em educação ambiental, sob pena de multa.¹

Neste caso, a aplicação da teoria do risco integral pelo tribunal na ação civil pública em comento, deve-se ao fato de a pessoa jurídica não ter dado destinação final a tais embalagens, muito embora não tendo sido a mesma a degradar o meio ambiente, porém, uma vez que, colocando à disposição da sociedade o produto, o mesmo tornou-se um risco e o motivo do dano causado ao meio ambiente (MOTA, 2009, p. 35).

Com relação à teoria do risco criado, preceitua Cavalieri Filho (2008, p. 138), seguindo o entendimento do notável jurista Caio Mário da Silva Pereira (1992) que assim sintetiza: “aquele que, em razão de sua atividade

¹ Paraná. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 118.652-1, 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Ivan Bortoleto. Apelante: Habitat – Associação de Defesa e Educação Ambiental. Apelada: Refrigerantes Imperial Ltda. Data do Julgamento: 05/08/2002. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br>. Acesso em 25/10/2015.

ou profissão, cria um perigo está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo". Nessa modalidade de risco, a atenção com relação à reparação do dano é voltada somente para o elemento que de fato apresentar um estado de periculosidade suficiente a gerar prejuízos. Neste caso, não há que se falar em risco integral, e sim, em risco criado, que na linha de raciocínio do eminente doutrinador, é a modalidade mais adequada aos aspectos da vida social.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

No âmbito da Constituição Federal, a responsabilidade civil de cunho ambiental, encontra amparo nos artigos 37, parágrafo 6º; 173, parágrafos 5º e 225, parágrafo 3º, da seguinte forma:

"Art. 37 (...).

§ 6º As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

"Art. 173 (...).

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."

"Art. 225 (...).

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados." (BRASIL, 1988).

Tais artigos legais preveem claramente a responsabilização da pessoa jurídica independentemente da responsabilidade individual às quais seus dirigentes responderão em se tratando de atividades danosas ou lesivas ao meio ambiente. Shecaira (2003) comenta em sua obra, "Responsabilidade penal da pessoa jurídica" que, autores como Celso Ribeiro Bastos e Yves Gandra Martins contrapõem preceitos jurídicos que vigoravam no nosso ordenamento no qual as pessoas jurídicas não eram passíveis de responsabilidade como, por exemplo, de natureza penal (SHECAIRA, 2003,

p. 132). Tais preceitos jurídicos eram reminiscências da teoria da ficção, desenvolvida por Savigny, corrente esta que afasta a responsabilização da pessoa jurídica, entendendo sua existência como abstrata, sem vontade própria, e que suas decisões emanam de seus dirigentes (pessoas físicas).

Já o termo "economia popular" de que trata o artigo 173, parágrafo 5º, da Constituição Federal, faz alusão direta ao artigo 170, inciso VI, do mesmo diploma, pois um dos princípios basilares da atividade econômica é a defesa do meio ambiente que, na visão do constitucionalista José Afonso da Silva, em seu livro "Curso de Direito Constitucional Positivo" (p. 796), cumpre ao Poder Público interferir, drasticamente, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia.

Assim, cumpre ressaltar que, qualquer discussão acerca da responsabilidade civil ambiental, seria inútil, dada a clareza do dispositivo legal em comento. A discussão nesse caso pode se dar acerca da forma em que a obrigação será cumprida, pois o dano causado ao meio ambiente terá de ser reparado de uma forma ou de outra, e é a partir daí que surgem as divergências.

Em princípio, a ideia de responsabilidade civil, ora apresentada como elemento de reparação de dano, ficaria excluída dessa relação, uma vez que há doutrinadores que defendem que, em se tratando do meio ambiente, a compensação vai muito mais além desse instituto, defendendo a tese de que a reparação ou a compensação seria na forma de preço público, modalidade pela qual a pessoa jurídica estaria remunerando um dos entes público pelo fato de explorar ou utilizar um bem a ele pertencente (MOTA, 2009, p. 39). Olhando por esse prisma, tal remuneração não seria a mais adequada, pois nesse caso ela tem como natureza jurídica a receita originária, com fundamento no artigo 173 da Constituição Federal.

Neste caso, a reparação que se busca em forma de compensação ambiental, não visa retirar o estímulo da pessoa jurídica ou extingui-la do mercado, uma vez que toda sociedade, inclusive a economia, tem interesse em seu franco progresso, mas o que se busca com a compensação ambiental é uma maneira de abrandar os danos que a coletividade vem sofrendo, em decorrência da falta de discernimentos da própria pessoa jurídica (MOTA, 2009, p. 40).

Tal compensação faz jus, da violação de um direito fundamental e intangível garantido no artigo 225 da Carta Magna, ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, incumbindo ao

Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Tal compensação está pautada no princípio do poluidor/pagador que, por sua vez, encontra amparo no artigo 4º, inciso VII, da Lei nº 6.938/81.

“Art. 4º. Apolítica nacional do meio ambiente visará:

(...)

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.”

No mesmo artigo, encontra-se o princípio do contribuidor/pagador, impondo àquele que se beneficia dos haveres naturais para fins econômicos determinada contribuição (valor econômico), pois, partindo da premissa de que o meio ambiente é um bem pertencente à coletividade, a utilização do mesmo pelo particular para benefício próprio gera para si uma obrigação de fazer que, neste caso, será a tal contribuição ora comentada. Observa-se que o contribuidor/pagador, exercendo ao mesmo tempo a poluição, ficará sujeito à imposição tanto da indenização (reparação), quanto ao pagamento de um custo dado a sua utilização.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da globalização, a busca desenfreada pela competitividade em muito aumentou, obrigando aos empreendimentos a utilização de novas tecnologias e renovação de seus equipamentos, a fim de conseguir manter seu lugar no mercado. As empresas, ao desenvolverem suas atividades, tornam-se potenciais poluidoras de ordem química e física do ecossistema, contaminando a água, o ar e o solo e trazendo prejuízos à fauna e à flora, comprometendo ao extremo a qualidade de vida dos bens naturais e a própria vida humana (ALVES, 2007, p. 10).

Cumprê ressaltar que os empreendimentos industriais são necessários para a manutenção da vida econômica do Estado e para a própria sociedade, mas, se não forem acompanhados de perto pelo Poder Público e pela coletividade, poderão promover danos e lesões à natureza, cujas consequências para as pessoas são inevitáveis.

A relação dos empreendimentos econômicos com o meio ambiente, baseado no artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal, deverá ser

uma relação no mínimo ética, procurando a todo tempo observar esse princípio para que as presentes e futuras gerações possam desfrutar de um “meio ambiente ecologicamente equilibrado uma vez que é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

REFERÊNCIAS

ALVES, Márcio Ant3nio. Responsabilidade Civil Ambiental da Pessoa Jur3dica. **JurisWay**, [S.l.], 2007. Dispon3vel em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=389. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. Constitui3o (1988). **Constitui3o da Rep3blica Federativa do Brasil**. Dispon3vel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. **Lei n3 5.167, de 3 de janeiro de 1967**. Disp3e sobre a prote3o à fauna e dá outras provid3ncias. Dispon3vel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5197.htm. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. **Lei n3 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disp3e sobre a Pol3tica Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formula3o e aplica3o, e dá outras provid3ncias. Dispon3vel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. **Lei n3 7.653, de 12 de fevereiro de 1988**. Altera a reda3o dos arts. 18, 27, 33 e 34 da Lei n3 5.197, de 3 de janeiro de 1967, que disp3e sobre a prote3o à fauna, e dá outras provid3ncias. Dispon3vel em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7653.htm. Acesso em: 21 out. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. S3o Paulo. Atlas, 2008.

DALANHOL, Andr3. **Responsabilidade Civil**: repara3o do dano moral ambiental. Florian3polis: UFSC, 2002. Dispon3vel em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/82766/195130.pdf?sequence=1&i-sAllowed=y>. Acesso em: 21 out. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. 6. ed. atual. S3o Paulo. Saraiva, 2008.

MOTA, Maurício. Função socioambiental da propriedade: a compensação ambiental decorrente do princípio do usuário pagador na nova interpretação do Supremo Tribunal Federal. In: MOTA, Maurício. **Função social do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NUNES, Kamila; LIGERO, Gilberto. Responsabilidade civil: definição, posição legislativa e aspectos históricos. **Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente**, v. 5, n. 5, 2009. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2158/2293>. Acesso em: 20 out. 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. ed. São Paulo, Método, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDIDAS ATÍPICAS DE COERÇÃO EXECUTIVA

ATYPICAL MEASURES OF EXECUTIVE COERCION

Marco Antonio de Souza Santosⁱ

Resumo: A atividade executiva apresenta-se como uma etapa judicial que visa a garantir, diante da pretensão resistida do executado, o efetivo cumprimento de uma obrigação por meio de medidas coercitivas. As primeiras aparições dessas medidas remontam à época do primitivo Direito Romano que permitia ao credor exigir, em último caso, que a dívida fosse satisfeita com a própria disposição do corpo do devedor. Mais adiante, com o surgimento do conceito de responsabilidade patrimonial, a execução adotou novos contornos para atingir os bens do devedor, como medida indispensável para a satisfação da dívida. No Brasil, as medidas de coerção executiva adquiriram papel de destaque principalmente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que conferiu maior margem de atuação ao juiz, notadamente no que tange às obrigações de pagar. Entretanto, os primeiros traços práticos dessa inovação legislativa e os limites de atuação do julgador ficaram a cargo da jurisprudência, conforme ilustrado em recentíssimo acórdão proferido em agosto/2018 pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, o objetivo deste artigo é analisar, a partir de um contexto histórico e pragmático, a aplicação das medidas atípicas de coerção executiva no Direito Processual Civil. Para tanto, será utilizada pesquisa bibliográfica baseada em publicações específicas sobre o tema, legislação e jurisprudência.

Palavras-chave: Execução. Direitos fundamentais. Poder geral de efetivação.

ⁱ Possui graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2008). Atualmente é técnico judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau no Rio de Janeiro - Seção Judiciária do RJ. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

Abstract: The executive activity presents itself as a judicial stage that seeks to guarantee, in the face of the resisted claim of the executed, the effective fulfillment of an obligation by means of coercive measures. The first apparitions of these measures go back to the time of the primitive Roman law that allowed the creditor to demand, in the last case, that the debt be satisfied with the very disposition of the body of the debtor. Later, with the emergence of the concept of patrimonial responsibility, the execution adopted new contours to reach the property of the debtor, as an indispensable measure for the satisfaction of the debt. In Brazil, executive coercion measures played a prominent role, especially with the entry into force of the Code of Civil Procedure of 2015, which gave the judge greater scope for action, especially with regard to obligations to pay. However, the first practical features of this legislative innovation and the limits of the judge's performance were left to the jurisprudence, as illustrated in a very recent ruling issued in August/2018 by the Superior Court of Justice. Thus, the objective of this article is to analyze, from a historical and pragmatic context, the application of atypical measures of executive coercion in civil procedural law. To do so, will be used bibliographic research based on specific publications on the subject, legislation and jurisprudence.

Keywords: Execution. Fundamental Rights. General Power of Execution.

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de sobrevivência do homem em sociedade e a constante complexidade das relações sociais impuseram ao Direito o dever de criar e aprimorar mecanismos para tornar o processo um verdadeiro instrumento de justiça e pacificação social. Para tanto, mais que uma sentença de procedência, é, no exitoso desenvolvimento da atividade executiva que o jurisdicionado vê, na prática, a importância da participação do Estado, que, através de normas cogentes, impõe o seu poder e se sobrepõe à pretensão resistida do executado.

A execução é, portanto, importante etapa do Direito Processual Civil, porque simboliza para as partes a proximidade de um desfecho do desgastante, custoso e indesejado litígio. Mais que isso, após a morosa

transposição da liturgia que é própria do processo de conhecimento,¹ é na etapa executiva que o exequente nutre, desde os primórdios da execução até os dias atuais, suas esperanças por efetivamente ver, na prática, a concretização de seu direito com o adimplemento da obrigação.

A fim de atingir tal propósito, é através das medidas coercitivas que o Estado faz valer sua autoridade para transpor a pretensão resistida do executado e impor a soberania de suas decisões. Nesta perspectiva e sem a pretensão de que seja esgotado o tema, o presente trabalho tem por objetivo analisar, a partir de um contexto histórico e pragmático, a aplicação das medidas atípicas de coerção executiva no Direito Processual Civil.

Para melhor visualização do objetivo que se pretende alcançar, inicialmente será feita uma breve explanação histórica do surgimento da atividade executiva e das primeiras medidas coercitivas adotadas no mundo.

Após, de maneira mais direcionada, será reservado parte do trabalho para tratar especificamente do surgimento do Direito Processual no Brasil, de seu desenvolvimento e das possíveis causas que ocasionaram o colapso da atividade executiva.

Em seguida, serão apresentadas, em tópico próprio, as inovações legislativas promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015 no âmbito da atividade executiva, com particular destaque sobre as medidas atípicas de coerção nas obrigações de pagar. Na sequência, serão destacados os poderes conferidos ao juiz pela legislação processual e os limites constitucionais de sua atuação.

Por fim, em emblemática ilustração do tema proposto, a pesquisa será encerrada com os enriquecedores fundamentos apresentados no r. voto de lavra do Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão, em recentíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça.

2 SÍNTESE HISTÓRICA DA EXECUÇÃO CIVIL

Para melhor contextualização do tema, é de bom alvitre que inicialmente seja feita uma síntese histórica do instituto, com ilustração dos primeiros registros de atividade coercitiva, o surgimento do processo executivo, sua evolução e crise, para que à frente se possa compreender os motivos que desencadearam os novos contornos adotados pelo Direito Processual contemporâneo.

1 Tal como se observa com mais clareza na pretensão calcada na maioria dos títulos executivos judiciais, que sucede tormentosa fase de embate de argumentos e confrontação de provas com o único propósito de buscar o convencimento do julgador.

2.1 Primeiros registros de atividade coercitiva

Os primeiros registros consignados na doutrina de atividade executiva forçada – ou, pelo menos, daquilo que a ela mais se aproxima – remontam à época do primitivo Direito Romano, a partir do século II antes de Cristo, período reconhecidamente marcado pela privatização da ordem judiciária.

Na alvorada da atividade jurisdicional, o exercício do direito de ação contou com a destacada participação da figura do *praetor*, agente do poder estatal romano que nos dias atuais faria as vezes de um governador (ou de um prefeito) e que tinha por atribuição zelar pela escorreita entrega da prestação jurisdicional. (TUCCI, 2001, p. 98, *apud* THEODORO JUNIOR, 2010, p. 4).

A pessoa que se sentia injustiçada, por supostamente ter seu direito violado, deveria buscar a tutela através da *actio*, inicialmente dirigida à figura do *praetor*, a quem cabia a atribuição de escolher e nomear o *iudex*, particular com notórios conhecimentos jurídicos (um jurista) a quem era delegada a incumbência de analisar e dirimir o conflito (*iudicium*) com a necessária técnica exigida pelo Direito. A delegação da atividade jurisdicional não só criava um vínculo contratual entre o *iudex* e os litigantes como também impunha a submissão destes ao parecer do profissional nomeado.

Com a emissão do parecer de procedência, caso o devedor não cumprisse voluntariamente o julgado, a sentença não permitia de per se que o credor invadisse a esfera patrimonial do devedor. A satisfação do crédito já reconhecido e legitimamente perseguido só seria propriamente alcançada por meio da via executiva, através de uma outra ação, a denominada *actio iudicati*.

O ordenamento jurídico daquele tempo admitia a aplicação de medidas coercitivas de satisfação do débito que, em qualquer sociedade contemporânea, seriam classificadas como abomináveis. O instituto do *nexum*, por exemplo – espécie de empréstimo que no ramo do Direito Civil se aproximaria do que atualmente é chamado de mútuo – impunha tamanha coercibilidade que, em razão da pessoalidade do vínculo e do descumprimento das disposições pactuadas, o credor poderia exigir, como última medida, que a dívida fosse satisfeita com a própria disposição do corpo do devedor, resumindo-o à condição de escravo (MONTEIRO, 2003, p. 6). Sem dúvidas, foi um icônico exemplo de coerção extrema.

Outro lamentável episódio da história do Direito Romano, mas que

bem retrata a evolução da atividade coercitiva no cotejo com as medidas adotadas pelas sociedades modernas, foi a Tábua III da Lei das XII Tábuas, instrumento normativo que previa um macabro concurso creditório no qual o devedor pagava a obrigação inadimplida com sua vida e tinha seus restos mortais divididos entre os credores (PEREIRA, 2014, p. 31). O que hoje para nós soa como uma aberração, uma latente afronta à existência do indivíduo e à dignidade da pessoa humana, por muito tempo do período pré-cristão perpetuou-se como fato corriqueiro, que não causava qualquer perplexidade nos integrantes daquela sociedade.²

2.2 O surgimento da responsabilidade patrimonial e o desenvolvimento da atividade executória no período cristão

A evolução do conceito de obrigação teve início com a edição da *Lex Poetelia Papiria*, de 428 a.C., marco inaugural que desencadeou uma mudança de paradigma da atividade executiva ao permitir que o referencial de satisfação da dívida deixasse de ser a pessoa do devedor para projetar-se exclusivamente sobre seus bens.

É neste momento histórico que surge o conceito de responsabilidade patrimonial, cuja aplicação prática perpetua-se até os dias atuais em todas as espécies de obrigação: seja com excessiva valorização nas execuções das obrigações de pagar quantia, seja como medida residual, subsidiária, nas execuções das obrigações de fazer e não fazer.

A inovação, apesar de ter sido um grande passo para a conquista de direitos, não impediu que outras arbitrariedades procedimentais continuassem a ser praticadas no âmbito da atividade executiva. Assim, é possível dizer que, se a transposição da responsabilidade da pessoa do devedor para seu patrimônio pouco contribuiu, por exemplo, para o aprimoramento do conceito de ampla defesa e do devido processo legal (como direitos fundamentais no bojo da atividade executiva), decerto a mudança de arquétipo ascendeu o conceito de dignidade da pessoa

2 A título de ilustração, vale destacar a literalidade dos itens 8 e 9 da Tábua III: “8. Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida; 9. Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”. Lei das XII Tábuas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

humana, pois muito colaborou para o fim das medidas coercitivas que exigiam do devedor renitente o pagamento da dívida com trabalhos forçados ou com a entrega de sua própria vida.³

O fim do modelo privado de prestação judiciária e a gênese da hodierna concepção de justiça pública – típica das sociedades civilizadas, prestada efetivamente pelo Estado tal como hoje se vê na figura do Poder Judiciário – só foram vivenciados no Império Romano séculos após, já na era cristã. No último estágio da história do Direito Romano, a *actio* e a *actio iudicati* eram prestadas diretamente pelo Estado, na figura do *praetor*. Apesar de a dicotômica classificação entre ações ter se tornado desnecessária, foi este o modelo que se perpetuou até o fim da história de Roma.

No entanto, a evolução da prestação jurisdicional adquirida ao longo da história europeia teve suas primeiras marcas de retrocesso em 476 d.C., com a queda do Império Romano do Ocidente. Com a invasão do território pelos povos germânicos, houve um choque muito grande de cultura na sociedade que, naturalmente, acabou repercutindo na maneira de aplicação do Direito.

Uma característica marcante desta nova ordem jurídica era a maneira rudimentar de jurisdição que os bárbaros utilizavam para dar início aos atos de execução.

A decisão que autorizava o credor a invadir a esfera patrimonial do devedor, com a adoção de medidas coercitivas necessárias para a satisfação da dívida, era de natureza privada, proferida por uma assembleia popular constituída por homens livres, baseada em procedimento acusatório, parco e predominantemente composto de atos orais. (SANTOS, 2012, p. 66). Ao réu, caso se sentisse irredimido com a pecha de devedor que lhe era imposta, restaria buscar o Poder Público para que fossem desconstituídas as medidas coercitivas decorrentes do ato bárbaro de condenação.

Como se vê, a incipiente jurisdição germânica dizia o Direito a partir de uma total inversão procedimental, pois primeiro adotavam-se as medidas executivas com base em decisão sumária e de natureza privada para, só então, em caso de eventual discordância do devedor, enfrentar,

3 Conforme aduzem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: "Podemos concluir que, do ponto de vista formal, o grande diferencial do conceito moderno de obrigação para seus antecedentes históricos está no seu conteúdo econômico, deslocando-se a sua garantia da pessoa do devedor para o seu patrimônio. Tal modificação valoriza a dignidade humana ao mesmo tempo em que retira a importância central da obrigação do indivíduo no polo passivo, o que possibilitou, inclusive, a transmissibilidade das obrigações, não admitida entre os romanos" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 43).

por procedimento judicial (público), a etapa de cognição do suposto direito reclamado pelo credor (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 5).

A história delineada pela doutrina mostra que, nos séculos que sucederam o início da Idade Média, a aplicação do Direito foi marcada pela conciliação dos métodos. Se, por um lado, a influência romana prevaleceu para tornar a jurisdição monopólio do Estado (sem a participação privada), por outro, a interferência germânica permitiu que a atividade executiva passasse a ser uma mera fase de continuidade do processo, inaugurada de ofício pelo juiz (sem a necessidade de uma nova ação: a *actio iudicati*), aproximando-se muito do sincretismo processual que seria aplicado séculos à frente, notadamente no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, conforme art. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Direito Processual Civil de 1973; e arts. 536 e 537 do Código Processual de 2015.

Em breve gradação, os passos seguintes da história mostraram que desde o fim da Idade Média, em 1453 (marcada pela queda de Constantinopla e do Império Bizantino), perpassando pelo enfraquecimento da monarquia e da Igreja Católica no século XVIII (decorrentes da Revolução Francesa e do Iluminismo), até o final da primeira metade do século XX (relembrado pelo rastro de sangue e dor deixados ao término de duas guerras mundiais), o ordenamento jurídico dos países europeus sofreu diversas modificações ao longo da evolução natural da sociedade e, inegavelmente, reverberaram como fonte inspiradora no Direito Brasileiro.

3 A EXECUÇÃO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Partindo de todo o contexto histórico já abordado da evolução da atividade executiva sob o ponto de vista macro, esta nova etapa do trabalho será dedicada ao estudo do Direito Processual pátrio, inegavelmente influenciado e construído com base nos valores utilizados para erigir o atual Direito comparado.

3.1 A evolução e o colapso do processo executivo no Brasil

O passado recente da história do Direito Processual Civil brasileiro, marcado a partir de 1889 com a forma de governo republicana, trouxe, com a promulgação da Constituição Federal de 1891, a duplicidade de justiça (da União e dos Estados) e a duplicidade de processos, previstas,

respectivamente, no art. 34, nº 23 e 26. (BRASIL, 1891). O texto constitucional, ao prever que competia privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre o Direito Processual da Justiça Federal, delegou a competência legislativa para que cada estado federado pudesse ter um código de processo civil exclusivo.

A existência simultânea de múltiplos códigos de processo, contudo, não foi bem aceita pelos operadores e estudiosos do Direito. A dificuldade do exercício da advocacia e de se estabelecer um estudo sistematizado da ciência processual deu azo ao surgimento do atual modelo normativo processual, insculpido originariamente no art. 5º, XIX, "a", da Constituição Federal promulgada em 1934, que fixou como competência privativa do Congresso Nacional a atribuição de legislar sobre Direito Processual. (BRASIL, 1934).

O primeiro código de processo unitário, de âmbito nacional, apesar de idealizado pela Constituição da República de 1934 só passou a integrar o ordenamento jurídico anos após, através do Decreto-Lei nº 1.608/39, já sob a égide do art. 16, XVI, da Constituição de 1937, outorgada após o Golpe de Estado perpetrado por Getúlio Vargas (BRASIL, 1937).

O referido código, ao longo de pouco mais de três décadas de vigência, sobreviveu às modificações introduzidas pela promulgação da Constituição de 1946 e da ordem constitucional imposta durante parte do período da ditadura militar, mas disciplinou de maneira muito tímida os mecanismos coercitivos impostos para satisfação da dívida. A fixação de penalidades de caráter pecuniário, por exemplo, é observada em situações pontuais ao longo do texto, notadamente nos litígios com pedidos cominatórios para prestação de fato ou abstenção de ato (art. 303), nas ações de interdito proibitório (art. 380) e nas pretensões executórias das obrigações de fazer e não fazer (art. 999) (BRASIL, 1939).

Outra característica marcante da legislação processual da época era a previsão da tramitação do processo executivo por vias distintas: ora através da ação executiva (arts. 298 e 301), quando a pretensão era baseada em título executivo extrajudicial; ora através da ação executória (art. 882), assim denominada pela doutrina da época, quando o pedido era baseado em título judicial propriamente representado pela sentença judicial condenatória.

O código processual sucessor (Lei nº 5.869/73), elaborado por Alfredo Buzaid – professor e Ministro da Justiça à época – foi introduzido no Direito Brasileiro não em decorrência do fracasso, propriamente, das

disposições do Código de 1939, mas como uma proposta de aprimoramento “de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos”⁴, em referência, principalmente, ao tecnicismo alcançado pelos doutrinadores alemães e italianos que defendiam a necessidade de valorização do Direito Processual no continente europeu.

Com o fim do período de ditadura militar, em 1985, e a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, o Brasil iniciou uma nova etapa de sua história, marcada essencialmente pelo fenômeno da judicialização da política⁵, consequência da redemocratização do País, da ampliação do acesso à justiça e do crescente clamor social por efetivo enfrentamento e solução dos conflitos.

As circunstâncias jurídicas e sociais da sociedade brasileira pós 1988 trouxeram a lume uma variedade de desafios até então não conhecidos pelo Código Buzaid, que, apesar dos avanços científicos trazidos para o Direito Processual Brasileiro, mostrou-se pouco pragmático ao privilegiar excessivamente a forma de condução dos atos e a segurança dos pronunciamentos judiciais em detrimento da almejada efetividade do processo.

Nesta senda, a diversidade de objetos tutelados pela atual ordem constitucional (de extensão analítica), o descumprimento das promessas estabelecidas por uma Constituição dirigente e a utilização de um Código de Processo Civil burocrático provocaram uma sobrecarga de ações no Poder Judiciário que, apesar de comprometido com sua missão institucional, não estava suficientemente aparelhado para entregar às partes a prestação jurisdicional com necessário grau de certeza em tempo justo e razoável.

4 O jurista Alfredo Buzaid destacou a importante contribuição deixada pelo Código de 1939 para a lei processual sucessora, de 1973, ao ressaltar que “o reformador não deve olvidar que, por mais velho que seja um edifício, sempre se obtém, quando demolido, materiais para construções futuras”. (BRASIL, 1974).

5 Em esclarecedores apontamentos sobre o tema, o eminente Luís Roberto Barroso, professor de Direito Constitucional e Ministro do Supremo Tribunal Federal, leciona em sua obra que “a judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de pensar e de praticar o Direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do Direito” (BARROSO, 2012. p. 390).

O progressivo número de demandas represadas no Judiciário exigiu do legislador infraconstitucional uma renovação do Direito Processual. Afinal, o processo não é um fim em si mesmo, mas instrumento cujo sucesso não deve superar ou contrariar os desígnios do direito material. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 41-42)

As primeiras notas promovidas pela grande onda reformista só foram introduzidas no ordenamento jurídico vinte anos após a publicação do Código de Processo Civil de 1973, com a criação da tutela antecipada, através da Lei nº 8.952/94. O caráter satisfativo da medida *in limine litis* (ou em qualquer fase do processo) e a possibilidade de deferimento com base em análise perfunctória resgataram em parcela considerável a credibilidade da Justiça, pois se passou a permitir a entrega antecipada do bem da vida com base em um juízo de probabilidade sumário (quando simultaneamente presentes o *fumus boni iuris*, o *periculum in mora* e a reversibilidade das consequências de fato ocorridas pela execução da medida) (NERY JUNIOR, NERY, 2007, p. 529).

Outra grande inovação trazida pela referida lei, no tocante às medidas executivas, foi a possibilidade de o juiz determinar, nas ações que tivessem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, providências que assegurassem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, em caso de sentença de procedência (art. 461, *caput*) (BRASIL, 1973).

Anos após, a inclusão do § 5º no referido artigo, promovida pela Lei nº 10.444/2002, trouxe a possibilidade de “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” (DONIZETTI, 2014, p. 643).

O clamor social por maior velocidade na entrega da prestação jurisdicional exigiu maior comprometimento e sensibilidade também do constituinte, que alçou – através do art. 5º, LXXVIII, introduzido da EC nº 45/2004 – a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação à categoria dos direitos fundamentais.

Seguindo a ordem cronológica dos fatos, outro simbólico exemplo infraconstitucional de busca da almejada efetividade processual, especificamente no âmbito da atividade executiva, foi a modificação legislativa promovida pela Lei nº 11.232/2005, que, aproximando-se dos contornos traçados pelo Código antecessor (de 1939), criou o cumprimento de sentença para as execuções calcadas em títulos executivos judiciais (arts. 475-I ao 475-R).

O objetivo da citada modificação foi dar maior celeridade principalmente nas execuções decorrentes de pronunciamentos judiciais, com a dispensa de instauração de um novo processo e de recolhimento de novas custas pelo credor, inclusive com a possibilidade de a atividade executiva iniciar-se independentemente de requerimento do exequente quando se tratar de obrigações de fazer ou de não fazer (art. 461, § 5º).

Os esforços empreendidos pelo legislador, contudo, não foram suficientes para assegurar a continuidade do Código Buzaid, há muito transformado em uma colcha de retalhos ao tentar adaptar-se ao volume das demandas e às necessidades trazidas com o dinamismo da vida moderna. A onda de reforma processual iniciada no final do século XX atingiu seu ponto alto com a criação do atual Código de Processo Civil, elaborado por uma comissão de juristas – capitaneada pelo ilustre professor e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux – que, sob a influência do Neoprocessualismo, teve como principal escopo consagrar no texto legal a força normativa da Constituição Federal (processo civil constitucional).

3.2 As medidas atípicas de coerção executiva sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015

A atividade executiva é momento processual delicado e, com maior frequência, através das medidas constritivas, o Estado é obrigado a fazer valer o caráter cogente de suas normas e a impor o seu poder. Não por acaso, é na atmosfera dos atos de execução que gravitam os mais calorosos debates entre as partes e que exigem do Legislativo e do Judiciário meticulosa construção e proteção do devido processo legal.

Mas, afinal, de que maneira se opera a execução? A atividade executiva deve ser pautada nos atos positivados no ordenamento ou na liberdade casuística de atuação do magistrado?

Na verdade, a legislação pátria conjuga ambas as regras: ora conferindo ao julgador maior independência e discricionariedade para a consecução do crédito e a satisfação do débito (medidas atípicas); ora assegurando maior previsibilidade aos atos processuais ao restringir a margem de atuação do juiz aos limites previamente dispostos na lei (medidas típicas).

Até então, prevalecia o entendimento de que o ponto divisor de aplicação desta ou daquela medida dependia exclusivamente da natureza da prestação executada, expressa no título.

Recentemente, o ordenamento jurídico brasileiro deu boas-vindas ao novo Código de Processo Civil (CPC). A Lei nº 13.105/2015, recebida com as promessas de conferir ao jurisdicionado um processo mais célere, trouxe novo formato ao Direito Processual Civil ao implementar (como esperado) inovadores mecanismos com vistas a garantir maior efetividade ao processo.

O desiderato do legislador ficou muito claro. Além dos diversos dispositivos criados para alcançar tal finalidade, as palavras que inauguram a exposição de motivos da nova lei enfatizam que “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que tem cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 1974).

Um desses dispositivos inovadores e que tem rendido muitas discussões entre os operadores do Direito é o polêmico art. 139, IV (BRASIL, 2015), que trouxe verdadeira regra de flexibilização das técnicas executivas:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (BRASIL, 2015).”

Antes de adentrar propriamente o assunto, é fundamental que se estabeleça a distinção entre os meios técnicos para o desenvolvimento da execução. Para melhor compreensão do tema proposto, por ora serão dedicados esforços exclusivamente nas medidas sub-rogatórias e coercitivas, destacadas no dispositivo legal.

Na execução por sub-rogação a satisfação da pretensão do credor é obtida através da realização de atos materiais implementados pelo Estado, ainda que subsista a discordância ou resistência do devedor. A penhora de bens e a busca e apreensão são exemplos que costumam ser utilizados pela doutrina para ilustrar esta forma de execução direta, que foi por muito tempo a única espécie de execução forçada no Direito Brasileiro.

Na execução por coerção, diversamente, o cumprimento da obrigação é promovido pelo próprio devedor, que, pressionado, vê-se convencido a adequar sua pretensão de frustrar a dívida à vontade do Estado de quitação do débito.

O legislador utiliza essa última forma de coerção, dita indireta, para estimular o executado a cumprir a obrigação de duas formas: seja através da oferta de benefícios (tal como se observa no desconto de 50% dos honorários advocatícios, previsto no art. 827, § 1º, do CPC); seja através de ameaças de agravamento da execução (tal como ocorre nas astreintes e na prisão civil por dívida de alimentos), caso persista o inadimplemento. Em qualquer dos casos, o cumprimento da obrigação através desta forma de execução não retira sua natureza de execução forçada, pois o devedor não age espontaneamente, mas exclusivamente em razão da pressão psicológica que sobre ele recai (NEVES, 2016, p. 231).

Superada esta breve explanação, a atenção deve ser voltada à análise do aludido art. 139, IV, do CPC, que traduz – segundo a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) – um poder geral de efetivação⁶. (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS [2015]).

O código, ao dispor em cláusula genérica que incumbirá ao juiz “determinar todas as medidas (...)”, estabeleceu um rol exemplificativo (*numerus apertus*) de atuação que conferiu maior efetividade às decisões judiciais, pois permitiu ao magistrado criar, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, meios de coerção que não tenham previsão legislativa.

Vale ressaltar que as disposições traçadas na legislação revogada já garantiam, em tópico reservado à dinâmica das execuções de fazer e não fazer, maior flexibilidade e emprego das medidas necessárias para obtenção da tutela específica. O art. 461, § 5º, empregava a expressão “tais como” e, em seguida, enumerava a título de exemplo as medidas de “busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

A regulamentação da obrigação de entregar coisa também seguiu a mesma linha de raciocínio. A conclusão era obtida através da leitura do art. 461-A, § 3º do CPC/73, que determinava, para consecução deste tipo de obrigação, a aplicação das regras referentes às obrigações de fazer e não fazer.

6 Enunciado nº 48 da ENFAM: “O art. 139, IV, do CPC/2015, traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais”. (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, (2015) p. 5).

Por outro lado, contudo, no que tange à obrigação de pagar quantia, cabia ao julgador tão somente aplicar as medidas executivas previamente consignadas no minucioso regramento reservado ao processo de execução (arts. 646/731) e ao cumprimento de sentença (arts. 475-I/475-R). O Código Buzaid entendia que nas execuções decorrentes deste tipo de obrigação a tipicidade dos atos executivos não só retirava o risco de o juiz cometer arbitrariedades como também assegurava uma garantia de justiça, ao dispensar às partes a possibilidade de antever os limites de atuação do magistrado.

Portanto, o Código de Processo ab-rogado já trazia – em parte – expressão análoga ao afamado art. 139, IV, do CPC/2015, visto que tradicionalmente por muitos anos vigeu no ordenamento brasileiro a dicotomia de tratamento das medidas (típicas/atípicas) a partir da natureza da obrigação.

A grande inovação promovida pelo legislador e que merece ser destacada como ponto nevrálgico do presente artigo foi a inclusão da expressão “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, na parte final do inciso IV. O que se percebe, na dicção do dispositivo em análise, é que o fenômeno da atipicidade dos meios coercitivos passou a ser admitido indistintamente, seja qual for a natureza da obrigação.

É verdade, e isto não é ignorado, que apesar de a redação do inciso IV nada dispor quanto à ordem de preferência de adoção dos atos típicos e atípicos, existe enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC que condiciona a aplicação das medidas atípicas ao exaurimento das medidas típicas já existentes na legislação.⁷ Afinal, se o Código se preocupou em regulamentar à exaustão a penhora, a avaliação, o leilão, a expropriação, o usufruto etc., é porque nas obrigações pecuniárias a tipicidade deve permanecer como regra.

Apesar da previsão, que de certa forma mitiga a aplicação do dispositivo em análise, não há dúvidas de que o legislador deu importante passo ao encontro do tão esperado aprimoramento da efetividade processual.

Aliás, é oportuno destacar que também existe enunciado do FPPC que admite a aplicação das medidas coercitivas, inclusive de ofício pelo

7 Enunciado nº 12 do FPPC: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”. (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, p. 8).

juiz, desde que atenda “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (art. 8º do CPC)⁸.

Fredie Didier Junior, um dos grandes expoentes do Direito Processual Civil no Brasil, destaca, porém, que o julgador não deve se antecipar valendo-se da cláusula genérica para deferir medida executiva que dependa de prévia provocação da parte. Ressalta que “as regras típicas de execução funcionam como limite à interpretação das cláusulas gerais executivas.”⁹

4 O PODER CONFERIDO AO JUIZ E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO

O atual Código de Processo Civil reservou – tal como o código abrogado reservara¹⁰ – divisão própria na lei para tratar “dos poderes, dos deveres e das responsabilidades do juiz” (Lei nº 13.105/2015, Parte Geral, Livro III, Título IV, Capítulo I, arts. 139/143).

Malgrado o atual legislador tenha se apropriado de expressão já utilizada *ipsis litteris* pelo Código Processual antecessor (o que denota, em razão da repetição e da perpetuação do termo na legislação anterior, um aparente acerto), a reintrodução da expressão na legislação vigente é digna de comentários.

Quanto aos elementos destacados na lei, os deveres e responsabilidades dispensam maiores esclarecimentos de cunho histórico ou jurídico por serem inerentes ao exercício de qualquer atividade laborativa, seja do mais simples ao mais complexo mister, seja de serviço prestado no segmento público ou no privado.

A palavra “poderes”, contudo – inserida no ordenamento jurídico através de um código publicado em pleno período de autoritarismo no País (1973) –, inspira cuidados e, por isso, demanda refinado esclarecimento para que não parem dúvidas sobre sua correta interpretação jurídica.

8 Enunciado nº 396 do FPPC: “As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º”.

9 Dentre outros exemplos previstos em lei, o professor destaca em sua obra a prisão civil do devedor de alimentos (art. 538, *caput*, CPC), a penhora *on line* (art. 854, *caput*, CPC), a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (art. 782, § 3º, CPC) e a constituição de capital na execução de alimentos indenizativos (art. 533, *caput*, CPC). (DIDIER JUNIOR *et al*, 2017, p.122).

10 Lei nº 5.869/1973, Livro I, Título IV, Capítulo IV, Seção I, arts. 125/133.

A partir de outubro de 1988, ao ser constituída a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, o que outrora nasceu sucinto como “poder” passou a ser interpretado incondicionalmente como “poder-dever”¹¹, sob pena de comprometimento de todos os valores utilizados como alicerces para a criação da nova ordem constitucional.

A observação, embora pareça desnecessária, é pertinente principalmente na atual conjuntura, para que não prosperem as equivocadas ideias que vêm se avolumando de que o atual Código de Processo Civil teria conferido muitos “poderes” aos magistrados.

Um dos exemplos utilizados por aqueles que trabalham para difundir essa desacertada concepção é o famigerado art. 139 do CPC. O dispositivo inaugura o capítulo I com a previsão de que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, (...)”. A interpretação que deve ser feita é a de que a nenhum dos Poderes e a ninguém que os represente foi assegurada desmedida parcela de atuação ou de prerrogativas descompromissadas com os objetivos perseguidos pelo interesse público.

O que se observa, sobretudo na redação do já citado art. 139, é a enumeração de uma série de deveres que deverão ser perseguidos pelo magistrado no curso da marcha processual e eventualmente demandarão – na proporção que cada caso exigir – a utilização do correspondente poder, que, frise-se, jamais caminhará sozinho ou desassociado de sua natureza instrumental, indispensável para o atingimento das finalidades perseguidas pela lei.¹²

O insigne Alexandre Freitas Câmara esclarece que o juiz não pode ser visto como um timoneiro ou polo central do processo. O eminente professor e desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro destaca em sua obra que a dinâmica processual deve ser vista como um fenômeno policêntrico no qual o juiz e as partes têm a mesma importância e juntos constroem o seu resultado (CÂMARA, 2017, p. 110).

11 Cassio Scarpinella Bueno prefere dar mais ênfase ao primeiro elemento e classificar como “dever-poder”. Esclarece em sua obra que a prestação jurisdicional é um dever a ser atingido pelo magistrado e, correlatamente a este dever, de maneira inequivocamente instrumental, há poderes para tanto na exata medida em que tais poderes sejam necessários. Para o professor, “poder só existe como meio diretamente proporcional e exato para atingimento do dever, fora disso, há abuso de poder e, como tal, nulo de pleno direito” (BUENO, 2016, p. 183).

12 De acordo com o ilustre professor Daniel Neves, a atipicidade dos meios executivos não permite ao magistrado “por exemplo, determinar a prisão civil fora da hipótese de devedor inescusável de alimentos, nos termos do art. 5.º, LXVII, da CF. Tampouco poderá determinar que banda de música com camisetas com a foto do devedor o persiga cantarolando cantigas relacionando-o à obrigação inadimplida ou a outras formas vexatórias de pressão psicológica” (NEVES, 2016, p. 1.132).

5 APLICAÇÃO PRÁTICA DO TEMA NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A partir do contexto histórico e dos contornos teóricos já apresentados, é enriquecedor destacar neste tópico a maneira como tem se manifestado a jurisprudência dos tribunais acerca das medidas de coerção executiva implementadas sob a ótica das modificações engendradas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Em recentíssimo julgado (publicado em agosto/2018), o Superior Tribunal de Justiça – STJ proferiu acórdão em recurso interposto nos autos de *habeas corpus* (RHC 97.876/SP) no qual se discutia suposta violação ao direito fundamental de ir e vir cometida no curso do processo de execução.

No caso concreto, a lesão (ou ameaça de lesão) à liberdade de locomoção que deu ensejo à impetração da apontada ação constitucional teve origem na decisão proferida por Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré/SP, nos autos de execução fundada em título executivo extrajudicial promovida por pessoa jurídica em face de devedor pessoa física. Na ocasião, o magistrado deferiu os pedidos de suspensão do passaporte e da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do executado, tendo em vista o fato de, embora citado, não ter efetuado o pagamento ou ofertado bens à penhora.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que detém a competência originária para julgamento do remédio constitucional impetrado, julgou extinto o processo sem exame do mérito por inadequação da via eleita, por entender que o inconformismo do executado deveria ser desafiado com a interposição de recurso próprio.

Sobre esses fundamentos proferidos no acórdão da Corte de Justiça Estadual, o executado (ora impetrante) interpôs o correspondente recurso ordinário constitucional, com fulcro no art. 105, II, "a", da Constituição da República Federativa do Brasil, que, após o cumprimento das formalidades processuais necessárias, previstas no art. 1.028, § 2º, do CPC, foi remetido e distribuído à Quarta Turma da Egrégia Corte Superior.

De acordo com os fundamentos apresentados no r. voto, de lavra do Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão, a questão controvertida estava em definir se a ordem de suspensão do passaporte e da Carteira Nacional de Habilitação, expedida contra o executado no bojo de execução por título extrajudicial, consubstanciava coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, a ser combatida por meio de *habeas corpus*.

O conspícuo ministro reconheceu que a extinção do processo por inadequação da via eleita está em estreita consonância com entendimento já consolidado no Supremo Tribunal Federal, mas defendeu, com base em recentes precedentes da Corte, que, nos casos de flagrante arbitrariedade a constatação de violação à liberdade de locomoção, é suficiente para justificar a concessão da ordem de ofício.¹³ Destacou no voto que os objetivos pragmáticos, por mais legítimos que sejam, tal como a busca pela efetividade da tutela jurisdicional, em nenhuma circunstância deverão se dissociar dos ditames constitucionais.

Nesta linha de argumentação, quanto à suspensão do passaporte, o ministro convenceu-se de que o documento deve ser restituído ainda que o requerente não demonstre a necessidade ou utilidade do pedido, porque houve nítido embaraço à liberdade de locomoção. Ressaltou que a ordem proferida pelo magistrado sentenciante é “ilegal e arbitrária, uma vez que restringiu o direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável”.

O eminente relator frisou que, apesar dos contornos traçados no voto, a arbitrariedade verificada na suspensão do passaporte não tem a pretensão de afirmar a impossibilidade desta providência coercitiva em outros casos, que poderá ser utilizada desde que observado o contraditório, a razoabilidade e a fundamentação capaz de justificar o excepcional deferimento da restrição em desfavor do executado. Destacou que, sem a observância dessas diligências, a suspensão do passaporte – no caso analisado – mais se aproxima de uma medida vingativa e sancionatória do que propriamente de um mecanismo coercitivo vocacionado a alcançar o cumprimento da obrigação.

Como era de se esperar, a criação de cláusulas gerais na lei – tal como se observa no art. 139, IV – tem se revelado um importante instrumento de realização da justiça, pois exige do órgão julgador uma interferência mais ativa na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas que acompanham o caso concreto. (DIDIER JUNIOR *et al.*, 2017, p. 102).

13 Em abono ao raciocínio utilizado no r. voto proferido nos autos do RHC 97.876/SP, o relator destacou os seguintes julgados da Corte Superior (AgRg no HC 298.751/PB; HC 445.402/SP; HC 440.501/RS; e AgRg no HC 349.678/RS). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83815742&num_registro=201801040236&data=20180809&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 4 set. 2018.

No que tange à suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, por sua vez, o insigne magistrado não vislumbrou qualquer ofensa capaz de violar o direito de ir e vir do paciente, que poderá locomover-se para qualquer lugar desde que não o faça como condutor de veículo automotor.

Em brilhante linha de argumentação, o Ministro Luis Salomão provocou o leitor à reflexão ao salientar que entendimento contrário conduziria o julgador à equivocada conclusão de que “todos aqueles que não detêm a habilitação para dirigir estariam constrangidos em sua locomoção”. Destacou que embora a retenção da Carteira Nacional de Habilitação tenha o potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa – principalmente naquelas que têm na condução de veículos a fonte de seu sustento –, a impugnação em qualquer desses casos não se revela adequada pela via do *habeas corpus*.

Nestes termos, os ministros da Quarta Turma do Tribunal da Cidadania (como ficara conhecida a Corte Superior), por unanimidade, deram provimento parcial ao recurso interposto nos termos do voto do relator, cuja ementa – pela relevância dos argumentos, contemporaneidade do julgado e proximidade com o assunto proposto neste artigo – abaixo se destaca:

- “RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO.
1. O *habeas corpus* é instrumento de previsão constitucional vocacionado à tutela da liberdade de locomoção, de utilização excepcional, orientado para o enfrentamento das hipóteses em que se vislumbra manifesta ilegalidade ou abuso nas decisões judiciais.
 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o *habeas corpus* via processual adequada para essa análise.
 3. O CPC de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa.
 4. As modernas regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em ne-

nhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável.

5. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica.

6. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual.

7. A adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e na medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental.

8. A liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça, compreendendo todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir.

9. Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária.

10. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência.

11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, as-

sim, inadequada a utilização do *habeas corpus*, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e a alguns determinados grupos; ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que têm na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do *habeas corpus*, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza.

12. Recurso ordinário parcialmente conhecido" (BRASIL, 2018, p. 4-5).

6 CONCLUSÃO

Desde que o Estado avocou a difícil tarefa de solucionar conflitos e chamou para si a incumbência de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos o caro compromisso de criar as regras de conduta e, sobretudo, de tornar realidade as decisões que disciplinam as relações intersubjetivas (MOREIRA, 1980, p. 21).

O passado remoto revelou que a busca por efetividade através das medidas coercitivas fez do Estado o autor de diversas atrocidades cometidas durante a Idade Média. Mais que isso, a história revelou que nos casos mais trágicos, tais como nas condenações à pena de morte, além de se impor ao devedor desmedido castigo, a condenação conferia ao credor a certeza de que jamais presenciaria o efetivo cumprimento da obrigação.

Séculos à frente, apesar das conquistas obtidas com a valorização da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal¹⁴, permaneceram incólumes à ânsia do credor por ver na prática a concretização de seu direito e o dever do Estado de se sobrepor à pretensão resistida do executado para que seja garantida a efetividade de suas decisões.

No Brasil, a impossibilidade de entrega de uma prestação jurisdicional segura em tempo justo e razoável exigiu do legislador infraconstitucional uma renovação do direito processual. Dentre as inovadoras modificações introduzidas pelo atual Código de Processo Civil no âmbito da

14 O novo Direito Constitucional insculpido pelo Pós-Positivismo assegurou maior proteção dos direitos fundamentais com ênfase na valorização dos princípios e na reaproximação do Direito e Moral (BARROSO, 2013, p. 368).

atividade executiva, com especial propósito de se alcançar a tão almejada efetividade processual, merece destaque a redação do art. 139, IV, que ampliou os poderes do magistrado para que, através de um poder geral de efetivação, pudesse adotar medidas coercitivas atípicas nos títulos oriundos de obrigações de pagar.

Entretanto, não se pode olvidar que não existe efetividade processual sem prévia observância das diretrizes constitucionais. A afirmativa, apesar de lacônica e presumidamente inquestionável, não se tem mostrado tão óbvia na prática forense. A complexidade dos litígios tem exigido dos tribunais meticolosas análises realizadas casuisticamente, com interpretações diversas de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Em linhas gerais, a doutrina e a jurisprudência têm sedimentado o entendimento de que a atipicidade dos meios coercitivos nas obrigações de pagar revela-se acertada quando utilizada de forma subsidiária, após a demonstração de que foram esgotados todos os meios típicos de satisfação da execução. Outro parâmetro mínimo a ser observado pelo magistrado é a proporcionalidade da medida de modo a gerar a menor onerosidade possível ao devedor (vedação ao excesso). Por fim, a medida deve vir acompanhada de esclarecedora fundamentação, lastreada com os argumentos de fato e de direito utilizados para o convencimento do julgador.

Uma solução simplória, de desmedida e exclusiva busca da efetividade processual como sinônimo de equidade, sujeitaria a atual sociedade a reviver as barbaridades testemunhadas durante a "Idade das Trevas dos direitos fundamentais", na qual, sob a chancela do Estado, pessoas eram sumariamente condenadas à morte e tinham seus restos mortais divididos entre os credores em razão do inadimplemento de uma obrigação civil.

A ideia de que "os fins justificam os meios"¹⁵, que alimenta o ávido desejo de medidas extremas sob o amparo de objetivos supostamente legítimos, jamais contribuiu para a construção do conceito de justiça, como valor supremo de uma sociedade fraterna e comprometida com a ordem.

15 Citação falsamente atribuída ao filósofo renascentista (século XV) de origem italiana Nicolau Maquiavel, mas que melhor resumiu seu pensamento e imortalizou o seu nome. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/cultura/os-fins-justificam-os-meios/>>. Acesso em: 05 set. 2018.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 03 jul. 2018.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 03 jul. 2018.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 05 jul.2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. Exposição de motivos. In: _____. **Código de Processo Civil: histórico da lei**. Brasília, 1974. p. 8-32, v. 1. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 22 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 97.876/SP. Brasília. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 9 ago. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83815742&num_registro=201801040236&data=20180809&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 4 set. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas. 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

DIDIER JUNIOR, Fred *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução. 7 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

DONIZETTI. Elpidio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 18 ed. São Paulo. Atlas. 2014.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Seminário**: o Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil: enunciados aprovados. [s.l., 2015?]. Disponível em: < <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf> >. Acesso em: 15 out. 2018.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, Florianópolis. **Enunciados...** Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf> >. Acesso em: 15 out. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. 2 v.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações**. 32 ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1980.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2016.

_____. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Salvador: Editora Jus Podivm. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. 2 v.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 29 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. 1 v.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 45 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REGISTRO CIVIL E OS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT NO BRASIL

CIVIL REGISTRY AND LGBT RIGHTS IN BRAZIL

Camilla Zanattaⁱ

Resumo: Os direitos LGBTs são frutos da constante luta da comunidade LGBT ao longo do tempo para garantir a igualdade de seus direitos frente ao ordenamento jurídico nacional. À medida que tais direitos começaram a ser incorporados no âmbito nacional provocaram inúmeros impactos na área do Direito Registral. Logo, cabe a esse artigo mapear o estado da arte dos direitos civis LGBTs no que tange à área de registros civis, esclarecendo os pontos controversos e apontando os posicionamentos mais aceitos neste campo. Com isso em mente, busca-se reafirmar a necessidade da proteção desses direitos no Brasil por meio da análise de temas como o casamento, adoção e mudança de nome e gênero a partir da investigação bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Palavras-chave: Registro Civil. Direitos LGBTs. Direitos Humanos. Casamento. Adoção. Mudança de Nome. Alteração do Sexo.

Abstract: The LGBTs Rights are a direct result of the battle of the LGBT community throughout the years to guarantee equal rights on the national Jurisdiction. As those rights began to be incorporated nationally, they caused innumerable impacts in Registry Law. Therefore, this article will explore the evolution of the protection of LGBTs Rights, clarifying the controversial points when it comes to civil registry and pointing out the

ⁱ Pós-graduanda no curso de Direito Registral e Notarial da rede de ensino LFG/Anhanguera; Especialista em Direito Constitucional pela COJURP em Parceria com a UCAM; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas-CCJ, Faculdade de Direito do Recife-FDR; realizou parte do Bacharelado na Sciences Po-Paris, França, no semestre de 2012.2 e na Universität Wien, Áustria, no semestre de 2014.2; Advogada regularmente inscrita na OAB/ RJ.

most accepted theories on the subjects of marriage, adoption and change of name and gender according to our bibliographic, documental and jurisprudential researches.

Keywords: Civil Registry. LGBT Rights. Human Rights. Marriage. Adoption. Name Alteration. Sex Alteration.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos LGBTs são um dos temas mais controversos e inexplorados na ciência jurídica. Historicamente, tais direitos se encontravam em situação semelhante aos direitos das mulheres, isto é, não eram garantidos pelo ordenamento jurídico. No entanto, os direitos LGBTs foram e continuam sendo conquistados gradualmente, através da incessante luta desta classe, o que provocou a necessidade de adaptação na esfera jurídica para inclusão e proteção desses direitos, inclusive na área de registros civis.

Nesse sentido, tais avanços quanto aos direitos LGBTs provocaram impactos diretos na área do registro civil, os quais merecem ser abordados com mais afinco neste trabalho, por serem resultado de inúmeros debates quanto à interpretação dos comandos do ordenamento jurídico nacional e constituírem importante conquista para a área de Direitos Humanos.

Dessa forma, o presente trabalho científico terá por finalidade analisar crítica e descritivamente a evolução, ao longo dos anos, da proteção dos direitos LGBTs no âmbito nacional. Serão apresentadas as questões relevantes sobre o assunto, buscando apontar os pontos controversos na relação destes direitos com o registro civil e procurando propiciar um conhecimento coerente sobre os posicionamentos atualmente mais aceitos, a partir das posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será explorado o tema da união estável e casamento de casais homoafetivos. O segundo capítulo tratará da possibilidade de adoção por membros da comunidade LGBT. Já o terceiro capítulo se incumbirá de discutir a mudança de nome e alteração do sexo nos registros civis.

Para alcançar o desiderato científico proposto, a metodologia adotada para realizar a pesquisa será a dedução apoiada nas técnicas de investigação bibliográfica, documental e jurisprudência.

Por fim, o presente trabalho científico tem como objeto de estudo a relação entre os direitos LGBTs e o registro civil, sua evolução, discussões sobre a possibilidade do casamento, da união estável, da adoção, da mudança de nome e da alteração do sexo, bem como as consequências destas para o registro civil.

2 A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO

A CF estabelece que somente lei federal pode dispor sobre Direito Civil (exemplos: casamento e família); contudo, não existe no Brasil legislação que reconheça a união estável entre homossexuais. Como nosso ordenamento jurídico é regido pelo princípio da legalidade, o qual estabelece que tudo aquilo que não é proibido é permitido, tal ausência de lei não é ausência de direito e não impede que duas pessoas do mesmo sexo constituam uma união estável, podendo registrar contrato de união junto ao ofício de Registro de Títulos e Documentos (conforme art. 127 da Lei de Registros Públicos).

Nesse sentido, o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Assim, “não reconhecer tal união estável homoafetiva importaria uma postura discriminatória em relação à orientação sexual das pessoas, o que é vedado pela Carta Magna” (LYCHOWSKI, 2011).

Com isso em mente, em 2004 a Corregedoria Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como base o art. 127 da Lei de Registros Públicos, expediu norma determinando que tais contratos fossem registrados (PROVIMENTO Nº 06/04-CGJ/RS). Como a Lei de Registros Públicos é federal, ela se aplica a todo o território nacional e, assim sendo, caso um casal tenha seu registro negado pode solicitar que seu caso seja enviado para decisão pelo juiz corregedor.

Em maio de 2011, o STF equiparou a união civil homossexual à heterossexual, reconhecendo a relação homoafetiva como instituição familiar. Essa decisão tem efeito vinculante, ou seja, é de observância obrigatória pelos demais tribunais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011). Já em outubro de 2011, o STJ proferiu decisão autorizando o casamento civil entre duas mulheres que viviam em união homoafetiva (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011).

A partir desses precedentes, alguns oficiais de registro passaram a celebrar casamento civil de homossexuais, enquanto outros se recusavam

por medo de serem responsabilizados, uma vez que têm responsabilidade civil pelos danos que, na prática de atos próprios da serventia, eles e seus prepostos causarem a terceiros, o que levava os casais a pleitearem judicialmente esse direito. Contudo, como esses precedentes não têm a mesma força de uma lei, tal direito dependia da discricionariedade do juiz.

Todavia, não existe um entendimento pacífico quanto à possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento. Assim sendo, existem aqueles que defendem que a decisão do STF se limitou a reconhecer ausência de vedação constitucional à união estável homoafetiva, não sendo possível inferir-se que esta poderia ser convertida em casamento, pois isto consistiria em indevida interpretação extensiva da CF. Por outro lado, existem aqueles que, fundamentando-se nos direitos da dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, igualdade, pluralismo, intimidade, não discriminação, busca da felicidade e segurança jurídica, defendem tal conversão.

Desse modo, não há, atualmente, uma legislação permitindo o casamento gay no Brasil, sendo tal direito amparado apenas por decisões do STF favoráveis ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. (HAIDAR, 2011).

Assim, com objetivo de reforçar tais decisões, em 2013 o CNJ proibiu, através da Resolução 175, que as autoridades competentes para registrar a união civil entre pessoas homoafetivas, se recusem a celebrá-la e ainda foi mais além, tendo obrigado a converter a união em casamento e também à realização direta de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Logo, "se algum Cartório de Registro Civil se negar a cumprir essa resolução, o casal em questão poderá informar o ocorrido ao juiz corregedor competente para que este determine o cumprimento da medida" (HAIDAR, 2011).

Dessa forma, com a conquista do direito de se casar em 2013, os homossexuais passaram a usufruir de todos os direitos e obrigações previstos em lei, como as vantagens previdenciárias, o direito à partilha de bens e o direito sucessório.

Ademais, com o objetivo de acabar com essa controvérsia, foi proposto o Projeto de Lei 612/2011, que promove a alteração do Código Civil, para reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo e para possibilitar a conversão dessa união em casamento, assim confirmando a existência de entidade familiar homoafetiva (SENADO..., 2017).

2.1 Adoção

A filiação adotiva é baseada na presunção de uma realidade afetiva, isto é, em um vínculo de amor e afeto entre as partes, não em diversidade de sexo (CUNHA, 2010).

Outrossim, a adoção “é um ato jurídico solene pelo qual se estabelece um vínculo de paternidade e filiação entre o(s) adotante(s) e adotado, independentemente de qualquer relação natural ou biológica de ambos” (CUNHA, 2010), sendo assim, um meio de proporcionar melhor qualidade de vida para crianças desprovidas de família, não parecendo ser razoável negar tal oportunidade a elas exclusivamente pela orientação sexual dos pais adotantes.

Primeiramente, o conceito de família estava ligado exclusivamente ao casamento. Contudo, com o passar do tempo, houve a ruptura de diversos paradigmas, tendo inúmeros modelos familiares conquistado seus espaços na realidade atual, o que resultou na desvinculação do conceito de família do de matrimônio e sua vinculação ao conceito de afetividade.

Colocando isso em prática, segundo Venosa (2008), a Constituição Federal conceitua a família como grupo de pessoas unido por vínculo conjugal ou de parentesco, isto é, conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar (VENOSA, 2008, p. 2), e a estabelece como base da sociedade, conferindo a ela proteção especial do Estado.

Dessa forma, a CF, a não limitar as formações familiares, admitiu, desde que estas preencham os requisitos de afetividade e estabilidade (RICCI, 2014), o reconhecimento de outros tipos de entidades familiares.

Nessa mesma linha, a legislação nacional não faz referência à orientação sexual do adotando e, por isso, não existe nenhuma base legal que nos leve a considerar inaptos, em razão de sua opção sexual, os homossexuais que queiram adotar.

Assim sendo, em um primeiro momento, os homossexuais que quisessem adotar concorriam em processo de adoção individual, fator este que atingia o interesse do adotado pois, ao não considerar o estado civil do adotante, muitas vezes, o adotado convivia em núcleo familiar homoafetivo, porém não tinha vínculo jurídico com um dos pais.

Tendo isso em vista, pode-se dizer que o surgimento da Lei nº 12.010, de 2009, ao prever a possibilidade da adoção conjunta por adotantes que vivam em união estável, trouxe importantes mudanças no instituto da adoção pois “implicitamente dá permissão para a adoção por parceiros homossexuais” (DUARTE, 2009).

Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro não existe legislação que regulamente a adoção por casais homossexuais que estejam em união estável, o que provoca uma estagnação no direito à adoção por casais homoafetivos (DO PRINCÍPIO..., 2016).

Porém, apesar disso, existem diversas decisões, baseadas nos princípios da dignidade humana, da igualdade, da ampla proteção à família e do melhor interesse da criança e do adolescente, favoráveis à adoção conjunta por casais homoafetivos.

A decisão do STF de 5 de maio de 2011 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011) equiparou a união homoafetiva à união estável, enquadrando os casais homoafetivos no art 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual permite a adoção conjunta desde que os candidatos sejam unidos pelo matrimônio ou vivam em união estável. Desse modo, não existem mais obstáculos legais para a adoção conjunta por homossexuais (CUNHA, 2010).

O princípio da dignidade humana representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais (BARROSO, 2009, p. 251). Dessa forma, consiste em uma qualidade inerente aos seres humanos que lhes assegura uma série de direitos e deveres fundamentais que garantem as condições existenciais mínimas (SARLET, 2010, p. 70) e que devem ser respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado (SARLET, 2010, p. 159), sendo inconstitucional qualquer tipo de discriminação por opção sexual (SILVA JUNIOR, 2008, p. 180).

Desse modo, “a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade” (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

Nesse sentido, a família homoafetiva: “união de duas pessoas do mesmo sexo que tenham a intenção de se unir por laços de afetividade e com intuito duradouro, bem como devendo ser protegidas e tuteladas pelo Estado, gozando de todos os direitos e deveres inerentes a esta instituição” (GRANJA; MURAKAWA, 2012) é reconhecida pela jurisprudência atual como entidade familiar.

Todavia, apesar de em 2005 ter ocorrido a primeira adoção conjunta por casal homossexual no País, essa decisão não foi transformada em lei, o que deixa o direito de adoção por homossexuais à discricionariedade do juiz.

2.2 Mudança de nome e alteração do sexo

As pessoas caracterizadas como transexuais sofrem de transtorno de identidade de gênero (ARÁN, 2009), isto é, são indivíduos que vivem em desconexão psíquico-emocional com o seu sexo biológico, considerando-se do gênero oposto ao que nasceram. Para essas pessoas a felicidade está diretamente ligada ao reconhecimento de seu nome e gênero pelo Estado.

O Código Civil concretizou o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo o nome como direito inerente a todas as pessoas. Assim sendo, o nome é parte intrínseca da personalidade de um indivíduo que tem extrema relevância social. Por essa razão, o artigo 55 da Lei de Registros Públicos, objetivando impedir abusos e garantir a dignidade dos cidadãos, proíbe o registro de prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores.

O princípio da imutabilidade do nome objetiva proteger tal direito, contudo, os artigos 56 a 58 da Lei de Registros Públicos estabelecem as situações em que é permitida a alteração do nome civil (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, [2014]), assim, corroborando a possibilidade da alteração dos nomes de transexuais ao confirmar a inexistência de princípios absolutos.

Em 2007, foi julgado no STJ o primeiro recurso sobre alteração de registro civil de transexuais. Nesse julgamento a Terceira Turma do STJ autorizou a alteração do nome, porém estabeleceu que deveria ser averbado no registro civil do transexual que tanto a modificação do seu nome quanto a do seu sexo decorreram de decisão judicial (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007). Isto, pois a omissão de tal informação incorreria em agressão ao princípio da veracidade inerente aos registros públicos.

No entanto, em decisão de outubro de 2009, estabeleceu-se que essa averbação só deve constar em caráter sigiloso e sem fazer menção aos motivos das modificações registrais no respectivo livro do Cartório de Registro Civil e não nas certidões, para que não se mantenha o estigma contra o requerente (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009).

Portanto, quanto à possibilidade de alteração do prenome no registro, não há controvérsias, entendendo-se que a vedação da modificação do prenome às pessoas que sofrem de disforia de gênero – estresse, sofrimento e desconforto causados pela incongruência entre o sexo biológico e a identidade de gênero (BONIFACIO; ROSENTHAL, 2015, p.1002) – é atitude que fere diretamente o princípio da dignidade humana (CABRAL, [2015]).

Entretanto, existem inúmeras divergências com relação à possibilidade de modificação do sexo no registro de nascimento para que concorde com a nova identidade da pessoa.

Nesse sentido, um dos posicionamentos sobre esse assunto indica que só seria possível a correção do sexo no registro quando já realizada a cirurgia de transgenitalização, pois deve-se primar pela proteção do princípio da veracidade dos documentos públicos, devendo tais documentos representarem a verdade biológica. Isto porque os defensores desse posicionamento afirmam que a vedação da mudança do sexo no registro de nascimento não provocaria situações de constrangimento, pois a maior parte dos documentos utilizados no dia a dia não mencionam o sexo do indivíduo.

Por outro lado, a segunda corrente quanto a esse assunto, protegendo o direito dos transgêneros de viver livre de discriminações, em respeito ao princípio da dignidade, defende que é desnecessária a realização da cirurgia de mudança de sexo para que se faça a retificação do sexo no registro civil, pois não se pode "condicionar o exercício do direito à personalidade à realização de mutilação física" (TARTUCE, [2016]), porque tal ato impediria a concretização dos direitos à identidade e à felicidade (CABRAL, [2015]).

Ademais, considera-se que existem transexuais que, por inúmeras razões, não têm interesse em fazer a cirurgia de mudança de sexo e que, portanto, estariam fadados a passar por situações de constrangimento na prática dos atos da vida civil, por não poderem mudar seu registro e haver dissonância evidente entre sua imagem e os dados constantes do seu assentamento civil, o que impediria a efetivação de sua cidadania (TRANSEXUAIS..., 2017).

Em 2017, a Quarta Turma do STJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017), em um julgamento, decidiu que é permitida a alteração do sexo no registro civil do transexual mesmo que ele não tenha realizado a cirurgia de mudança de sexo, desde que este comprove judicialmente sua mudança de gênero, porque a Turma entende que "o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito" (TEIXEIRA, 2017).

Essa decisão do STJ não tem efeito vinculante, porém servirá de referência para casos semelhantes nas demais instâncias (STJ..., 2017).

Dessa forma, independentemente de ter realizado ou não a cirurgia de mudança de sexo, como não existe no Brasil uma legislação que

regulamente a possibilidade de alteração do nome e sexo no registro civil, o transexual que quiser fazer essas mudanças em seu assentamento civil deverá pleiteá-las judicialmente, devendo demonstrar através de provas a sua condição de transexualidade e se sujeitando à discricionariedade da decisão de cada juiz.

Por essa razão, como tentativa de suprir tal lacuna na lei, está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 5.002/2013, que pretende assegurar ao transexual, por lei, o direito de ser tratado conforme o gênero escolhido, podendo mudar seu nome e retificar o registro de sexo sem burocracia, além de inserir a cirurgia de mudança de sexo e tratamentos hormonais dentre os tratamentos oferecidos pelo SUS, dentre outros direitos (EM MATÉRIA...,2014).

Além disso, desde 2016, é permitido aos transexuais o uso de nome social (aquele pelo qual o transexual quer ser conhecido cotidianamente, por refletir sua identidade de gênero, em detrimento do seu nome oficialmente registrado) em identificações não oficiais, nos órgãos públicos, autarquias e empresas estatais federais e o reconhecimento da identidade de gênero de travestis e transexuais (RICHTER, 2017).

3 CONCLUSÃO

Primeiramente, com a decisão de 2011, do STF, que igualou a união homoafetiva à união estável, o casamento deixa de ser o único modo de formar família, ficando legitimados os mais diversos formatos de unidade familiar e todos merecendo o mesmo tratamento jurídico em razão do princípio da igualdade.

No segundo capítulo, concluiu-se que não existe qualquer razão plausível para impedir aos casais homoafetivos a adoção e consequente formação de uma nova unidade familiar, principalmente, quando identificado o melhor interesse do menor, pois esta proibição, segundo a jurisprudência brasileira, incorreria em discriminação, ferindo diretamente diversos princípios constitucionais.

Já no terceiro capítulo, explorou-se o tema da possibilidade de mudança de nome e sexo no assentamento civil, ficando clara a falta de lei regulamentando a situação dos transexuais e a desnecessidade de fazer cirurgia de sexo para garantir o direito de alteração do registro civil, pois tal obrigação afrontaria diretamente o princípio da dignidade humana.

Diante do exposto, essas três temáticas são controversas e não têm reconhecimento na legislação, mas têm sido objetos de discussão

nos tribunais, o que originou diversos precedentes que vêm guiando a maneira como se deve lidar com esses casos na atualidade.

Por fim, embora o Judiciário tente suprir essas lacunas, é necessário, para conferir-lhes maior proteção, a criação de leis que instituem esses direitos em questão porque, em prol da segurança jurídica, não se pode deixar os homossexuais dependentes da discricionariedade do juiz.

REFERÊNCIAS

ARÁN, M.; Murta, D. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero, as redescrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. **Revista Saúde Coletiva**, v. 19, n. 1, p. 15-41, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BONIFACIO, Herbert J.; ROSENTHA, Stephen M. Gender Variance and Dysphoria in Children and Adolescents. **Pediatric Clinics of North America**, [S.l.], v. 62, n. 4, p. 1001-1016, 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26210629>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

CABRAL, Maria. A mudança de nome e gênero nos transexuais sem cirurgia. **Jusbrasil**, [S.l.], [2015?] Disponível em: <<https://mariateixeiracabral.jusbrasil.com.br/artigos/234332678/a-mudanca-de-nome-e-genero-nos-transexuais-sem-cirurgia>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

DO PRINCÍPIO do melhor interesse da Criança. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca/47090>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

CUNHA, Anna Mayara Oliveira. Adoção por casais homoafetivos: do preconceito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 13, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8165>. Acesso em: 14 nov. 2018.

DUARTE, Marcos. Nova Lei Nacional de Adoção: a perda de uma chance de fazer justiça. **Família e Sucessões**: Euclides de Oliveira, São Paulo, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=125>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

EM MATÉRIA especial, STJ aborda direito de transexuais alterarem registro civil. **Migalhas**, [S.l.], 01 dez. 2014. Especial. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI212095,81042-Em+materia+especial+STJ+aborda+direito+de+transexuais+alterarem>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

GRANJA, Cícero Alexandre; MURAKAWA, Paulo Takaharo. **Adoção por casais homoafetivos no Brasil**. Âmbito Jurídico, Rio Grande do Sul, v. 15, n. 107, dez. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12561>. Acesso em: 21 nov. 2018.

Haidar, Rodrigo. Supremo Tribunal Federal reconhece união estável homoafetiva. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 maio 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva>. Acesso em jan 2018.

SILVA JUNIOR, Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 38, p. 168-191, jan./mar. 2008.

LYCHOWSKI, Rodrigo. A decisão do STF sobre a união estável homoafetiva: breve comentário. **DireitoNet**, [S.l.], 17 ago. 2011. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6426/A-decisao-do-STF-sobre-a-uniao-estavel-homoafetiva-breve-comentario>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

RICCI, Camilla Agustini Scalatti. Adoção homoafetiva: inexistência de impedimentos legais. **Direito Net**, [S.l.], 12 out. 2014. Artigos. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8697/Adocao-homoafetiva-inexistencia-de-impedimentos-legais>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

RICHTER, André. Entidades defendem no STF mudança de registro civil para transexuais. **Agência Brasil**, Brasília, DF, 20 abr. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/entidades-defendem-no-stf-mudanca-de-registro-civil-para>>. Acesso em: 12 nov. 2018.
SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. 7ª Câmara Cível. **Apelação cível nº**

70.012.836.755. Relator: Desembargadora Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 21 de dezembro de 2005. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70012836755%26num_processo%3D70012836755%26codEmenta%3D1285687++rela%C3%A7%C3%B5es+homoafetivas+++inmeta:adj%3D2005&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70012836755&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=21/12/2005&relator=Maria%20Berenice%20Dias&aba=juris>. Acesso em: 21 nov. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O direito dos indivíduos transexuais de alterar o seu registro civil. **JusBrasil**, [S.l.], [2014?]. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/154275355/o-direito-dos-individuos-transexuais-de-alterar-o-seu-registro-civil>>. Acesso em jan 2018.

_____. Recurso Especial: 1008398 SP 2007/0273360-5, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 15/10/2009, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 18/11/2009. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Recurso Especial: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 01/02/2012. **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Recurso Especial: 1626739 RS 2016/0245586-9, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 09/05/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9>>. Acesso em: 28 set. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental: 132 RJ, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001. **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade: 4277 DF, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Recurso especial: 678933 RS 2004/0098083-5, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Data de Julgamento: 22/03/2007, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJ 21/05/2007 p. 571RDR vol. 41 p. 311RJTJRS vol. 265 p. 37. **JusBrasil**, 2007. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8932216/recurso-especial-resp-678933-rs-2004-0098083-5/inteiro-teor-14100419?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 set. 2018.

TRANSEXUAIS têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia. **STJ**, Brasília, DF, 09 maio 2017. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia>. Acesso em: 21 nov. 2018.

TARTUCE, Flávio. STJ entende pela possibilidade de alteração de registro civil sem cirurgia de adequação de sexo. **Jusbrasil**, [S.l.], [2016?] Disponível em:<<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/456632587/stj-entende-pela-possibilidade-de-alteracao-de-registro-civil-sem-cirurgia-de-adequacao-de-sexo>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

TEIXEIRA, Matheus. Transexuais têm direito de mudar o gênero no registro civil, diz 4ª Turma do STJ. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 maio 2017. Identidade psicossocial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-09/transexuais-direito-mudar-genero-registro-civil-stj>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de família. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VIDAS NUAS NO ESTADO DE EXCEÇÃO: ENSAIO SOBRE A VIOLÊNCIA POLICIAL NO RIO DE JANEIRO

EMPTY LIVES IN THE STATE OF EXCEPTION ESSAY ABOUT POLICE VIOLENCE IN RIO DE JANEIRO

Daniel Machado Gomesⁱ
Robson Cesar Durãoⁱⁱ
Tiago da Silva Cicilioⁱⁱⁱ

Resumo: O objetivo do presente ensaio é demonstrar a condição de vida nua do cidadão no Rio de Janeiro, onde se percebe a radicalização das características do fenômeno nomeado por Giorgio Agamben como estado de exceção, devido à legitimação da violência do Estado exercida à margem da legalidade. Neste contexto, os autos de resistência são um meio de garantir a impunidade dos agentes públicos que exercem a força policial. O texto traz dados estatísticos da violência policial no Brasil e no estado do Rio de Janeiro, além de explicar as categorias do pensamento de Agamben, interrelacionando-as com a realidade fluminense. O estudo empregou o método bibliográfico de pesquisa com a utilização de livros e periódicos, tendo como marco teórico as ideias filosóficas do pensador contemporâneo Giorgio Agamben. Conclui-se que o Rio de Janeiro vive uma situação de anomia na qual a lei perdeu força e a força é exercida fora da lei, privando o cidadão de seus direitos e garantias fundamentais.

i Doutor em Filosofia pelo IFCS, da UFRJ (2015). Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra, Portugal (2003).. É líder do grupo de pesquisa Lei, Justiça e Direitos Humanos no qual coordena o projeto Genealogia dos Direitos Humanos.

ii Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP); Pós-Graduado em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pela Faculdade de Direito Damásio; Pós-Graduando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

iii Bacharelado em Direito pela UCP/RJ (2019.2); associado à ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação). Pesquisador bolsista do CNPq no grupo de iniciação científica Lei, Justiça e Direitos Humanos do Centro de Ciências Jurídicas da UCP/RJ no qual pesquisa: Memória e Direitos Humanos.

Palavras-chave: Estado de Exceção. Vida Nua. Autos de Resistência. Letalidade Policial. Violência Estatal.

Abstract: The objective of this essay is to demonstrate the empty life condition of Rio de Janeiro's citizens, where is perceived the radicalization of the characteristics of the phenomenon named by Giorgio Agamben as state of exception, due to the legitimacy of state violence exercised outside legality. In this context, acts of resistance are the means to ensure the impunity of the public agents that exercise law enforcement. The text provides statistical data on police violence in Brazil and the state of Rio de Janeiro, besides, it explains Agamben's categories of thought, interrelating them with fluminenses' reality. The study used the bibliographic research method with the use of books and periodicals, having as theoretical framework the philosophical ideas of the contemporary thinker Giorgio Agamben's. It is concluded that Rio de Janeiro lives in an anomie situation in which the law has lost its force and the force is exercised outside the law, depriving citizens of their fundamental rights and guarantees.

Keywords: State of Exception. Empty Lives. Acts of Resistance. Police Lethality. State Violence.

1 INTRODUÇÃO

O emprego de força policial à margem da legalidade expõe a condição de vida nua do cidadão no Rio de Janeiro, onde se percebe a radicalização das características do fenômeno nomeado de estado de exceção por Giorgio Agamben, pensador contemporâneo que estuda as relações entre poder e sociedade. Diante deste cenário, a principal questão do presente artigo é a coisificação da pessoa humana, que se vê reduzida à mera existência biológica, sendo privada de direitos pela banalização do emprego da força estatal. O estudo utilizou o método de pesquisa bibliográfico em livros e periódicos, tendo como marco teórico as ideias filosóficas de Agamben. O trabalho se justifica pela crescente onda de mortes causadas pela polícia no Rio, que está associada à impunidade dos agentes públicos. Assim, o texto tem o objetivo de expor estatísticas sobre a violência policial, relacionando estes números com os conceitos de vida nua e de estado de exceção.

O presente ensaio está dividido em três partes; a primeira seção visa demonstrar com dados quantitativos a crescente letalidade da polícia no Brasil, além de contextualizar e analisar o uso dos autos de resistência que estabelecem a exclusão da ilicitude, quando o agente público pratica o ato em legítima defesa ou para vencer a resistência. O artigo investiga também estatísticas de homicídios cometidos pela polícia no Rio de Janeiro, que revelam o padrão das vítimas: homens jovens, predominantemente negros, que vivem em comunidades e em áreas tidas como marginalizadas. O que deixa claro a negativa posição de liderança do Estado Brasileiro na lista de países com o maior número de homicídios, com uma média de cinco pessoas por dia mortas pela polícia. Essa espécie de execução sumária velada é uma herança da ditadura militar que ganhou novos contornos na atualidade, ainda mais pelo fato de os governos acreditarem que só a força arbitrária pode combater a criminalidade. Isso demonstra que o Estado tende a estimular e regulamentar a execução dos inimigos do poder público, criando meios para assegurar sua própria impunidade.

Na segunda parte, o texto pretende evidenciar quantas investigações criminais de homicídios decorrentes de intervenção policial chegaram ao Poder Judiciário, conforme os dados da obra. Quando a polícia mata”, de Michel Misse, que analisou registros de ocorrência sobre autos de resistência no ano de 2005. Relatou-se que menos da metade dos casos em que houve homicídio nessas intervenções tornaram-se inquéritos policiais. Em 2008, aproximadamente 5% dos inquéritos policiais foram levados à Justiça Criminal. E, penosamente, 99,2% desses autos de resistência foram arquivados de plano pelo *Parquet*. A impunidade dessas ações violentas da polícia no Rio de Janeiro expõe um quadro social que se revela no termo grego *zoé*, ou o que Agamben chama de vida nua, vinculada à figura do *homo sacerdo*, Direito Romano arcaico, ou seja, o homem matável (sem configurar homicídio), não politizado e reduzido à inferioridade social e insacrificável.

A última seção visa demonstrar que no estado de exceção a norma jurídica em vigor não tem aplicabilidade, não tem força, ao mesmo tempo em que o Estado produz atos dotados de força, mas sem qualquer conteúdo normativo ou de lei, prevalecendo a efetividade da “força de lei”. Esse estado relaciona-se com a ausência de norma jurídica ou a falta de efetividade das normas de direito, que faz com que surja o que Agamben chama de “vida nua”. “Vida nua” é uma expressão usada para se referir à experiência da desproteção legal e política daqueles que vivem submetidos à anomia gerada pela exceção. Neste sentido, o estado de exceção faz

com que o Direito se refira à vida e a inclua em si por meio de sua própria suspensão, surgindo daí a vida nua. Na prática se exclui da tutela jurídica aqueles que se encontram à margem do corpo político, que se assemelha à situação fluminense.

2 A VIOLÊNCIA ESTATAL LEGITIMADA

Os Anuários Brasileiros de Segurança Pública relativos ao período de 2014 a 2017 revelam a crescente taxa de mortes resultantes de intervenção policial. Conforme o Anuário de 2016, entre os anos de 2011 a 2015 o Estado brasileiro registrou mais vítimas de mortes violentas intencionais do que na guerra da Síria: aqui foram executadas 279.567 pessoas em contraste com os 256.124 mortos no território sírio. O Anuário de 2017 constatou que 7 (sete) pessoas por hora morreram assassinadas em 2016, havendo 61.283 registros de mortes violentas: um crescimento de 4% em relação a 2015. No ano de 2016 cresceu 25% a letalidade das polícias, 4.222 pessoas foram mortas em decorrência de intervenção de policiais civis e militares. Entre 2009 e 2016, 21.892 pessoas perderam suas vidas em ações policiais, destas 99,3% eram homens, 81,8% tinham entre 12 e 29 anos e 76,2% eram negros. O estudo verifica o crescimento da violência no Brasil, o que nos deixa entre os países que mais matam no mundo, assim como entre aqueles que possuem a polícia mais letal.

Sob a ótica de proteção dos direitos humanos, é assustador que exista também um fenômeno de legitimação da violência do Estado pela população brasileira já que, segundo os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2015, 50% dos entrevistados concordam com a frase "bandido bom é bandido morto". No ano de 2015 a Câmara dos Deputados fez uma enquete sobre a modificação do procedimento dos autos de resistência por meio da PL 4.471/2012. Para tanto se perguntava: "você concorda com o projeto que cria regras rigorosas para a apuração de mortes e lesões decorrentes de ações de policiais e outros agentes do Estado?". O resultado foi negativo, demonstrando que 72,13% da sociedade afirma que os "direitos humanos são para humanos direitos", além de revelar a cultura contemporânea que autoriza o Estado a se valer dos chamados autos de resistência (DESARMAMENTO..., 2015).

O procedimento nominado como autos de resistência, de acordo com Sérgio Verani (1996, p. 33), foi criado em 2 de outubro de 1969, pela Superintendência da Polícia do Estado da Guanabara, através da Ordem

de Serviço nº 803, publicada no Boletim de Serviço do dia 21 de novembro de 1969. O objetivo dos autos de resistência é impedir a prisão em flagrante dos policiais quando existirem confrontos que resultarem em lesões corporais ou no óbito dos indivíduos que resistirem à força do Estado. Também são utilizados os autos de resistência em inquéritos nas circunstâncias previstas no art. 292 do Código de Processo Penal brasileiro. A Ordem de Serviço nº 803 deve ser compreendida como “regulamentação específica” no estado do Rio de Janeiro, uma vez que é oriunda da interpretação do Código de Processo Penal de 1941. Já o Código de Processo Penal Militar de 1969 traz consigo a previsão dos procedimentos dos autos de resistência (VERANI, 1996).

Misse (2011, p. 28) esclarece que o termo “autos de resistência” origina-se do art. 292 do Código de Processo Penal, combinado com a previsão legal do art. 121 e do art. 233, inciso II, ambos do Código Penal, que preveem a exclusão da ilicitude quando o agente pratica o ato em legítima defesa para “defender-se ou para vencer a resistência”. Salienta-se que a Resolução nº 8, de 21 dezembro de 2012, do Conselho de Defesa dos Direitos Humanos, entendeu ser inaceitável classificar “execuções extrajudiciais ou sumárias” como “autos de resistência” ou “resistência seguida de morte” em registros policiais, boletins de ocorrências e inquéritos policiais, devendo tais registros serem consignados com o nome técnico “lesão corporal decorrente de intervenção policial” ou “homicídio decorrente de intervenção policial”.

Ao analisar os homicídios praticados por policiais civis e militares nos Estados de Mato Grosso do Sul, do Rio de Janeiro, de São Paulo e de Santa Catarina, o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos verificou que entre janeiro de 2010 e junho de 2012 houve 3.086 mortes em confrontos com policiais, sendo 2.986 registradas por meio dos nominados “autos de resistência” ou “resistência seguida de morte” e 100 mortes em ação de policiais civis e militares.

As execuções sumárias dos “inimigos do Estado” neste lapso temporal demonstram claramente a coisificação de 2.986 seres humanos cujas mortes não foram devidamente investigadas. Estas “vidas nuas” são o resultado da situação de anomia que atinge paradoxalmente a sociedade tida como democrática e pautada na dignidade humana. Desta forma, revela-se o que Agamben chama de “estado de exceção”, um modo de organização política no qual os direitos perdem a força normativa e a força, se desagregados no Direito.

3 A VIDA NUA FLUMINENSE

Sobre os executores que representam o Estado, a Anistia Internacional publicou, no ano de 2015, um relatório sobre os homicídios cometidos pela Polícia Militar, especificamente na cidade do Rio de Janeiro. Entre 2010 e 2013 houve 1.275 homicídios decorrentes de intervenção policial na cidade do Rio de Janeiro, sendo que 99,5% eram homens, 79% eram negros e 75% tinham entre 15 e 29 anos de idade. Neste documento consta que o Estado Brasileiro lidera a lista de países com o maior número de homicídios, enfatizando que no ano de 2012 foram assassinadas 56 mil pessoas.

Destaca-se que os estereótipos dos mortos estão associados aos jovens, predominantemente negros, que vivem em comunidades e em áreas tidas como marginalizadas. Os dados demonstram que no ano de 2012 mais de 50% das vítimas de homicídios tinham entre 15 e 29 anos e, destes, 77% eram de cor negra. O relatório estima o número de 1.809 pessoas que foram mortas pelas Polícias Militar e Civil Brasileiras, quando em serviço no ano de 2013, uma média de cinco pessoas mortas pela polícia por dia no Brasil.

Em que pese aos autos de resistência terem sua gênese na ditadura militar, seus ideais desconstroem os direitos do homem, ganham novos contornos e se perpetuam na redemocratização. No caso do estado do Rio de Janeiro, por reflexo da ideologia perpetuada na ditadura militar, esses ideais estão presentes desde o primeiro governo de Leonel de Moura Brizola (1983-1987), e, posteriormente, no governo Moreira Franco (1987-1991), que implementou o "Plano dos Cem Dias: Metas e Resultados", a fim de acabar com a violência no estado do Rio de Janeiro. Para tanto, de acordo com professora Francisca Vergínio Soares: "Moreira Franco acreditava apenas na força arbitrária para combater a criminalidade" (SOARES, 2002, p. 181). Em certa medida, tanto no primeiro quanto no segundo governo de Brizola (1991-1995), surge o ideal de direitos humanos na atividade policial. Para Sento-Sé (2002, p.101), a afirmação política do chamado "brizolismo" contribuiu para o deslocamento no debate sobre direitos humanos no Brasil. Todavia, a execução sumária sempre esteve à espreita e, de certa forma, velada na pós-ditadura; sempre houve desde a criação dos autos de resistência a "possibilidade de alguém ou alguma

coisa cortar a fina linha” da espada de Dâmocles¹ e assim cortar a dignidade da minoria.

Ao ser eleito governador do estado do Rio de Janeiro, Marcelo Alencar (1995-1999) instituiu a premiação policial conhecida como “gratificação faroeste”². Dessa forma, o Estado, mais uma vez, cortou o fio da espada e ceifou os direitos humanos de parcela da população. Neste momento histórico, o Estado regulamentou e estimulou a execução sumária dos inimigos do Poder Público e por meio dos autos de resistência se assegurava a impunidade tutelada pelo Estado.

A pesquisa desenvolvida por Ignácio Cano e outros, “Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar”, analisou 301 inquéritos entre os anos de 1993 e 1996, e 295 inquéritos foram arquivados pelo Poder Judiciário a pedido do promotor. Apenas 6 (seis) denúncias viraram processo, sendo que estes crimes não foram cometidos em comunidade ou área de risco, mas, mesmo assim, houve a absolvição dos policiais, a pedido do Ministério Público. O estudo revela que 98% das ocorrências são arquivadas (CANO et al., 2004).

O professor sociólogo Michel Misse e outros (2013. p. 45), por meio de sua pesquisa “Quando a Polícia Mata”, na cidade do Rio de Janeiro, durante o ano de 2005, analisou os 510 registros de ocorrência sobre autos de resistência, nos quais 707 pessoas foram vitimadas de homicídio, sendo que apenas 355 tornaram-se inquéritos policiais. Em 2008, dos 355 inquéritos policiais somente 19 desses casos foram levados à Justiça Criminal. Dos 19 inquéritos policiais que chegaram a ser judicializados, 16 foram encaminhados ao Ministério Público com pedido de arquivamento e, penosamente, 3 (três) casos de ocorrência de autos de resistência foram denunciados ao Poder Judiciário. A pesquisa destaca que no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o número de inquéritos policiais de autos de resistência arquivados ou que não tiveram denúncia oferecida alcança a cifra de 99,2% do total.

1 A referência é ao mito grego clássico da Espada de Dâmocles, o qual faz alusão à representação da insegurança de se perder a condição em que o indivíduo se encontra devido a qualquer contingência ou ameaça.

2 Por meio do Decreto nº 21.753/95, a gratificação gerava uma melhoria no salário, variando em um aumento de 10% a 150% e, pelo mesmo ato, a possibilidade de receber uma promoção por bravura. Surgiu, a partir de então, o “kit sucesso”, implantação de provas ilegais na cena do “crime”.

A impunidade das ações violentas da polícia no Rio de Janeiro expõe um quadro social que revela a ausência de linguagem e importância políticas das vítimas que se encontram na posição de mera vida nua, ou seja, de vida natural não politizada. Os gregos possuíam dois termos para exprimir o sentido de vida, *zoé* indicava o simples fato de viver, algo comum a todos os seres vivos, enquanto a palavra *bíos* designava a forma ou a maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo. O conceito de vida nua se aproxima, portanto, da definição de *zoé*, distanciando-se da qualidade de *bios*.

Na obra *Homo Sacer* Giorgio Agamben demonstra que a simples vida natural seria excluída da *pólis* propriamente dita, permanecendo como mera vida reprodutiva. Agamben vincula a vida nua à figura do "homo sacer" do direito romano arcaico, condição de inferioridade social daquele que qualquer um podia matar impunemente (matabilidade sem configurar homicídio) e que não podia ser objeto de sacrifício, no sentido de que não se poderia tornar oferenda aos deuses (insacrificabilidade). Essa figura traduz-se na ideia de inclusão da vida humana no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão.

A impunidade da matança e a exclusão do sacrifício configuram, ao mesmo tempo, duas exceções, sendo uma ao direito humano (*ius humanum*) e outra ao direito divino (*ius divinum*). No primeiro caso, suspende-se a aplicação da lei sobre uma ação que, ordinariamente, seria considerada homicídio. No segundo, retira-se a possibilidade de qualquer morte ritual ou de purificação ritual, excluindo-se do âmbito religioso. "A vida insacrificável e, todavia, matável é a vida sacra" (AGAMBEN, 2010, p.83). Essa dupla exceção não é apenas uma simples analogia da estrutura da exceção soberana, na qual a lei é aplicada ao caso excepcional, retirando-se deste. O que define a condição do *homo sacer*, além da ambivalência do *sacro*, é essa dupla exclusão e a exposição à violência insacionável (AGAMBEN, 2010, p.84).

O homem sacro é objeto da soberania, pois a vida nua é produto original do poder soberano, permanecendo exposta a um poder de morte irrepreensível. Segundo Agamben (2010, p.87-88), a palavra "sacer" representa, portanto, a vida matável, exposta a uma violência que ultrapassa a seara do direito, ao mesmo tempo em que não corresponde à do sacrifício, estando, desse modo, numa zona de indistinção entre o direito humano e o direito divino. E a decisão soberana, ao suspender a ordem jurídica no estado de exceção, produz no interior deste a vida nua que é essa vida humana matável e insacrificável.

4 ESTADO DE EXCEÇÃO EM AGAMBEN

Para explicar a vida nua, Giorgio Agamben vale-se do estado de exceção, que é uma situação de anomia que reside no centro dos Estados Democráticos de Direito, no qual a lei e a força se encontram dissociadas. No estado de exceção a norma jurídica em vigor não tem aplicabilidade, não tem força, ao mesmo tempo em que o Estado produz atos dotados de força, mas sem qualquer conteúdo normativo e que não são leis. Neste sentido, sob o modelo do estado de exceção, prevalece a efetividade da “força de lei”. A menção ao sintagma “força de lei” faz referência a decretos que podem ser promulgados pelo Poder Executivo em situações que deveriam ser excepcionais e que, apesar de não serem leis em sentido formal, possuem poder de obrigar.

A palavra anomia é formada pela soma do prefixo “a”, indicando negação, mais o vocábulo “nomia” que significa norma. Logo anomia tanto pode designar a ausência de norma jurídica, quanto a falta de efetividade das normas de direito. Agamben associa a anomia ao estado de exceção, caracterizando-o como um estado de coisas “fora da lei” que explica a realidade política contemporânea nas democracias ocidentais europeias e nos Estados Unidos. Segundo Chueiri (2005, p.p. 141-142), para Agamben ou a lei existe e vigora, mas não se aplica por carência de força, ou a lei não existe formalmente e já tem força. Assim, Chueiri entende que Agamben chama a atenção para o fato de que no estado de exceção há força de lei sem lei.

No primeiro capítulo da obra “Estado de Exceção”, Agamben apresenta um panorama da evolução da exceção na modernidade, demonstrando que há nele uma exacerbação dos poderes do Executivo em relação ao Legislativo. Esses atos normativos do Executivo que não são leis, mas detêm força, decorrem da ampliação dos poderes governamentais, dos plenos poderes que caracterizam o estado de exceção, notadamente, quando é atribuído ao Poder Executivo a autoridade para promulgar decretos com força de lei. Neste contexto, ocorre “a abolição provisória da distinção entre Poder Legislativo, Executivo e Judiciário” (AGAMBEN, 2004, p. 19).

Em Agamben, o estado de exceção está intimamente associado à vida nua, um conceito cunhado para se referir à experiência da desproteção legal e política daqueles que vivem submetidos à anomia gerada pela exceção – algo inerente à cultura política do Ocidente. Neste sentido, o es-

tado de exceção faz com que o Direito se refira à vida e a inclua em si por meio de sua própria suspensão, surgindo daí a vida nua. Na modernidade a exceção cria uma anomia que independe de formalização constitucional ou legislativa, mas que serve de paradigma *de facto* da atual política dominante. Na prática, exclui-se da tutela jurídica aqueles que se encontram à margem do corpo político, isto é, os que estão na simples condição de vida nua.

Apesar de atingir todo o Ocidente contemporâneo, a concepção de vida puramente biológica se manifesta de modo acentuado em países subdesenvolvidos como o Brasil, nos quais dificuldades econômicas favorecem a marginalização e a exclusão de direitos, assim como a atual situação do fluminense.

5 CONCLUSÃO

Nesse artigo foi abordado a crescente e legitimada violência do Estado por parte dos seus agentes policiais, civis e militares, quando em serviço. Foi constatado que esse aumento é decorrente da redução da pessoa à condição de vida nua e da utilização de meios para legitimar as ações e garantir a impunidade do do estado, como os **autos de resistência**, que são abusivamente utilizados nos registros policiais, boletins de ocorrências e inquéritos policiais.

Na primeira parte do artigo foi visto que o crescimento da violência no Brasil se relaciona com o fenômeno da legitimação do uso da força do Estado através dos “autos de resistência” e da coisificação da pessoa. Nesse giro, o trabalho permitiu observar a definição e contextualização do termo autos de resistência, o que justifica a ascendente letalidade da polícia. Como os autos de resistência possibilitam a exclusão da ilicitude em determinados casos, os agentes policiais utilizam-se desse termo para garantir a impunidade nas situações de lesão corporal ou homicídio decorrentes de intervenção policial, ou para execuções extrajudiciais.

O artigo investigou os relatórios que buscavam descrever quantitativamente casos de homicídios cometidos pela polícia no Rio de Janeiro. Foi percebido que o Brasil lidera a lista de países com o maior número de homicídios cometidos por policiais e o padrão dessas vítimas é de homens jovens, predominantemente negros, que vivem em comunidades

em áreas tidas como marginalizadas, o que está diretamente ligado à herança da ditadura militar, em que há execução sumária velada e o pensamento predominante para combater a criminalidade é exclusivamente a força arbitrária – uma tendência de estímulo e regulamentação da execução dos inimigo do Poder Público.

O texto evidenciou o número irrisório de investigações criminais de homicídios decorrentes de intervenção policial provenientes de autos de resistência que terminaram no Poder Judiciário, isto é, em 2005, menos da metade tornaram-se inquéritos policiais. Dos inquéritos, em 2008, aproximadamente 5% foram levados à Justiça Criminal. E, penosamente, só 0,8% não foram arquivados de pleno pelo *Parquet*. Essa impunidade expõe um quadro social que Agamben chama de vida nua.

Por fim, o texto relacionou a concepção do estado de exceção e da vida nua em Agamben. Foi apontado que o estado de exceção é a abolição provisória da distinção entre os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). E que, dessa maneira, a norma jurídica em vigor não tem aplicabilidade ao mesmo tempo em que o Estado produz atos dotados de força, mas não são leis, sem qualquer conteúdo normativo. A **vida nua** surge nessas circunstâncias, por ser a experiência da desproteção legal e política daqueles que vivem submetidos à anomia gerada pela exceção.

Por todo exposto, percebeu-se que o estado do Rio de Janeiro vive uma situação de anomia, e esse estado de exceção reduz os fluminenses a uma vida nua, tanto pela coisificação das pessoas cujas mortes não foram, e não são, devidamente investigadas, quanto pela impunidade da violência praticada pelos policiais e da cultura que a legitima.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

_____. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho!**: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2018.

ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Anuario_Site_27-01-2017-RETIFICADO.pdf. Acesso em 01.08.2018.

_____. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2018.

_____. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2018.

_____. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2018.

_____. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Anuario_Site_27-01-2017-RETIFICADO.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2018.

CANO, Ignácio et al. **Impacto da Violência no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Laboratório de Análise de Violência, UERJ, 2004.

Disponível em: <http://www.lav.uerj.br/docs/rel/2004/impacto_vio_rio_2004.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018.

CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Crítica da modernidade: diálogos com o Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 08 de 21 dezembro de 2012**. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/old/cndh/resolucoes/2012/resolucao-08-auto-de-resistencia>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

DESARMAMENTO segue no topo dos temas mais procurados pela sociedade. **Jornal da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 8 out. 2015. Participação popular. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/jornalCamara/?date=2015-10-08>. Acesso em 02.08.2018

SENTO-SÉ, J. T. L. O discurso brizolista e a cultura política carioca. *Varia História*, v. 18, n. 28, dez. 2002. Disponível em: <<https://static1.squarespace>.

com/static/561937b1e4b0ae8c3b97a702/t/572b56e986db43e1a02f3edd/1462458090415/06_Sento-Se%2C+Joao+Trajano.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

SOARES, Francisca Vergínio. **A política de segurança pública dos governos Brizola e Moreira Franco**: à margem da Nova Violência. Rio de Janeiro: Papel Virtual, 2002.

MISSE, Michel et al. **Quando a Polícia mata**: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011). Rio Janeiro: Booklink, 2013.

MISSE, Michel (Coord.). **“Autos de Resistência”**: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Relatório Final de Pesquisa. Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflitos e Violência Urbana da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011.

VERANI, Sérgio. **Assassinatos em nome da lei**. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.

OS DIREITOS HUMANOS DOS “SEM PÁTRIA”

HUMAN RIGHTS OF STATELESS PEOPLE

Julia García Távora Menegaziⁱ

Resumo: A presente pesquisa trata-se de um estudo sobre a apatridia e os problemas que a ocasionam. Essa pesquisa tem como objetivo geral pontuar quais são as dificuldades enfrentadas pelos apátridas e como o Direito Internacional e a legislação brasileira estiveram lidando com o assunto ao longo dos anos. O trabalho introduz o conceito de apatridia para designar as pessoas as quais foram privadas do seu direito a nacionalidade por motivos políticos, burocráticos, de gênero ou religião, abordando exemplos em cada tópico, e com um apêndice para falar dos casos mais relevantes ocorridos no Brasil, como o Caso Brasileirinhos, causado devido à Emenda Constitucional 54/2007, e o caso da apátrida Maha Mamo. O projeto também difere os apátridas, refugiados e deslocados internos, além de apresentar as convenções que regulam cada uma dessas categorias. É colocada em discussão também como seria possível evitar a configuração da situação de apatridia para muitas pessoas e a falha do critério *ius sanguini* na atribuição da nacionalidade. Desse modo, o objetivo é, primeiramente, (i) reconhecer a apatridia como um problema mundial que abrange diversas categorias (ii) observar os critérios que podem vir a gerar a apatridia (iii) verificar quais são as políticas públicas que o Brasil possui nesse quesito.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Apatridia. Direito Internacional. Proteção Internacional.

ⁱ Graduanda em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (FND – UFRJ). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional Público e Direito Processual Civil.

Abstract: The present article is a study on statelessness and the problems that cause it. This research has as general objective to point out the difficulties faced by stateless persons and how international law and Brazilian law have dealt with the subject over the years. The work introduces the concept of statelessness to designate persons who have been deprived of their nationality rights for political, bureaucratic, degenerate or religious reasons, addressing examples in each topic, and an appendix to speak of the most relevant cases in Brazil, such as Caso Brasileirinhos, caused due to Constitutional Amendment 54/07, and the case of the stateless Maha Mamo. The project also differentiates stateless persons, refugees and internally displaced persons, as well as presenting the conventions which regulate each of these categories. It is also discussed how it would be possible to avoid the configuration of statelessness for many people and the failure of the *ius sanguini* criterion in the attribution of nationality. Thus, the objective is, firstly, to (i) recognize statelessness as a global problem that encompasses several categories; (ii) observe the criteria that may lead to statelessness; (iii) to check what public policies Brazil has in this question.

Key words: Human Rights. Statelessness. International Law. International Protection.

1 INTRODUÇÃO

“Ser apátrida significa ter uma vida sem acesso à educação e serviços de saúde, e mesmo sem ter um trabalho legalmente reconhecido. É uma vida sem poder transitar livremente, sem perspectivas ou esperança. (ACNUR..., 2014).

Ser uma apátrida é muito mais doloroso quando você sabe que sua capacidade é muito maior do que aquilo que te permitem fazer. Você não sabe seu potencial se não te dão o direito de existir (MAHA..., 2016).”

O direito à nacionalidade é considerado pela Organização das Nações Unidas (ONU) como indelegável e de extrema importância. O fenômeno da apatridia retira esse direito dos indivíduos e também outros direitos fundamentais básicos, dentre eles saúde e educação.

O apátrida foi definido por Lisowski como “a inexistência do vínculo jurídico de nacionalidade, ou seja, a ausência de conexão formal entre

uma pessoa e um Estado qualquer” (LISOWSKI, 2012. p. 109-134), e, atualmente, há 12 milhões de pessoas no mundo em situação de apatridia.

De acordo com a Centro de Informação das Nações Unidas Rio de Janeiro (UNICRio), a dificuldade daqueles que não são reconhecidos como cidadãos de um país é não poderem, com frequência, matricular-se na escola, trabalhar legalmente, possuir imóveis, casar-se ou viajar. Podem ter dificuldade em ser hospitalizados e não conseguir abrir uma conta bancária ou receber uma pensão. Se são vítimas de roubo ou de estupro, podem ver-se impossibilitados de apresentar queixa, porque, aos olhos da lei, não existem. Até seus nomes podem não ser reconhecidos. (OS EXCLUÍDOS..., 2007).

Aqueles que não se encaixam em nenhuma categoria definida pelo Estado no qual vivem, os que nunca tiveram nacionalidade ou a perderam devido a efeitos referentes a leis mal concebidas, de sistema de registros falhos, omissões administrativas ou incompatibilidade de sistemas jurídicos de diferentes países são os considerados apátridas.

O UNIC Rio ainda lembra: “Uma minoria importante de apátridas é vítima de uma forma mais perniciosa de privação de nacionalidade: a exclusão de grupos inteiros de pessoas ligada à discriminação política, religiosa ou étnica” (OS EXCLUÍDOS..., 2007).

O direito à nacionalidade é justamente garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O **Artigo 15** da Declaração coloca que:

“1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade.

2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade” (ONU, 2009, p. 9).

Logo, a negação do direito à nacionalidade viola o dispositivo que dispõe sobre os direitos humanos, consequentemente violando os direitos humanos.

A apatridia, o refúgio e o deslocamento interno não são a mesma coisa e nem todo refugiado é apátrida. O deslocado interno, de acordo com os **Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos**, fornecido pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), é definido como

“pessoas ou grupo de pessoas, forçadas ou obrigadas a fugir ou a abandonar as suas casas ou locais de residência habitual, em especial como consequência de conflitos armados, situações de violência generalizada, violações dos direitos humanos ou calamidades humanas ou naturais,

ou com vista a evitar os seus efeitos, e que não tenham atravessado uma fronteira internacional reconhecida de um Estado. (PRINCÍPIOS..., [1998], p. [1]).

Sendo assim, o deslocado interno possui uma nacionalidade e não deve ter saído do País, e sim, de suas casas ou cidade. O primeiro tratado internacional a tratar do assunto foi a Convenção da União Africana para a Proteção e a Assistência de Deslocados Internos na África, o qual entrou em vigor em dezembro de 2012.

O conceito de refugiado foi definido na **Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951**, um dos primeiros tratados internacionais de Direitos Humanos, e qualquer pessoa que se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou queira usufruir da proteção desse país por temores referentes à raça, religião, opinião política, grupo social ou nacionalidade (CONVENÇÃO..., 1951). Existem outros dispositivos legais os quais protegem os refugiados, como a Declaração de Cartagena (1984), que, inclusive, adotou uma definição de refugiado abrangendo temores por conflitos armados (DECLARAÇÃO..., 1984).

Já o significado de “apátrida” é definido no **Art. 1º da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954**, “como toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional” (CONVENÇÃO..., 1954, p. 1). O apátrida, outrossim, será aquele que **perdeu a sua nacionalidade ou nunca a possuiu e implica um status de invisibilidade frente aos corpos jurídicos**.

A distinção entre a apatridia e o refúgio é que o apátrida é **aquele que nunca teve uma nacionalidade atribuída ou perdeu a sua nacionalidade devido a algum problema político**, e o refugiado é **aquele que se deslocou de seu país de origem, buscando asilo em outro local, bem como proteção jurídica, mas não perdeu seu status de nacional**.

A questão dos apátridas começou a surgir no período pós Grandes Guerras Mundiais, quando a eficácia da concepção de nacionalidade e estado iniciaram suas falhas. Os deslocamentos humanos maciços trouxeram problemas em relação a estrangeiros em territórios alheios e a legalização desse processo, desde o poder de permanecer até a ter direitos fundamentais dentro desse Estado.

No fim da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha nazista utilizou-se de políticas públicas discriminatórias e xenofóbicas para revogar a nacionalidade dos judeus.

Anos após as Grandes Guerras, surgiu a **Convenção Relativa aos Apátridas**, em **1954**, referindo-se à situação das pessoas no pós-guerra.

Essa convenção, além de definir o apátrida como “toda pessoa que não seja considerada nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação”, também considera que os indivíduos não considerados nacionais por nenhum país devem ter seus direitos garantidos pelo Estado no qual residem, bem como a emissão de documentos e facilitação para que lhes seja concedida a nacionalidade. Entretanto, devido aos conflitos armados e ao cenário no qual o mundo se encontrava, essa convenção foi se aperfeiçoando.

Em **1961**, ocorreu a **Convenção de Prevenção da Formação de Apátridas**, que trata da prevenção da formação de apátridas e compromete os Estados signatários a concederem a nacionalidade para pessoas que nasceram em seu território ou aos filhos de nacionais que perderam a nacionalidade.

A instabilidade política pode gerar conflitos de nacionalidade também, como ocorreu após a dissolução da URSS. Nesse momento, começaram a surgir conflitos étnico-políticos nos países do leste europeu, como a Guerra da Bósnia (1992-1995), Guerra de Independência Eslovena (1991) Guerra de Independência da Croácia (1991-1995), Guerra Civil Iugoslava (1991 - 2001), Guerra Croata-Bosniaca (1992-1994), Guerra do Kosovo (1998-1999) e o Conflito na Macedônia (2001).

O caso de Railya Abulkhanova é um exemplo. “Quando conto que sou apátrida, percebo surpresa, ignorância e desconfiança. É uma reação parecida com aquela de quando alguém revelava que era soropositivo, quando a aids foi descoberta. Há uma total indiferença das pessoas, e isso mata você aos poucos. Você está sempre constrangido” (VIEIRA; GARATTONI, 2014).

Railya Abulkhanova estudava na Rússia quando houve a ruptura da União Soviética, entretanto era nativa do Cazaquistão. Ela trocou seu registro de moradia no Cazaquistão quando estabeleceu sua moradia temporária na Rússia, conforme as leis soviéticas regulavam. Entretanto, com o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, os documentos emitidos na época perderam a validade e as novas repúblicas independentes decidiram que somente aqueles que possuíam residência fixa no país teriam direito à nacionalidade. Sendo assim, Railya perdeu seu direito à nacionalidade e até hoje seu *status* não foi modificado. Ela ficou noiva mas, no entanto, não pôde se casar e hoje vive no Uzbequistão trabalhando como tradutora.

Conflitos apátridas podem ser vistos também no cinema, como no filme "O Terminal" (2004), estrelado por Tom Hanks e baseado na história de Merhan Nasser, iraniano expulso de seu país por participar de manifestações contra o governo. Merhan passou 18 anos morando no Aeroporto Charles de Gaulle em Paris, sendo auxiliado pelos funcionários do local para comer e lavar suas roupas.

2 A RELAÇÃO DA APATRIDIA E O CRITÉRIO IUS SANGUINI

O *ius sanguini* é um critério de nacionalidade que auxilia no surgimento de apátridas em sua expansão. A nacionalidade pode ser atribuída a um indivíduo pelos critérios *ius soli* ou *ius sanguini*, sendo definidos pela norma do próprio país (no caso do Brasil, se encontra no Art. 12 da Constituição Federal).

O critério *ius soli* é atribuído aos que nascem no território e tende a ser utilizado em países que foram colonizados, como, por exemplo, Brasil e Estados Unidos. Já o critério *ius sanguini* é o reconhecimento da nacionalidade de acordo com a ascendência do indivíduo, ou seja, a nacionalidade passada por gerações. O problema surge quando um casal oriundo de um país *ius soli* tem um filho em um país com critério *ius sanguini*, caso o país não tenha uma norma prevendo esse tipo de acontecimento.

A condição de apátrida, relacionada ao princípio *ius sanguini* para a aquisição da nacionalidade, também está ligada ao gênero em alguns países do Norte Africano, Ásia e Oriente Médio. A história de Zeinab Shehayib é somente uma dentre tantos casos existentes no planeta. Filha de pai egípcio e mãe libanesa, Zeinab não pôde receber a nacionalidade de sua mãe, devido às leis do Líbano não permitirem o repasse da nacionalidade de mulheres a seus descendentes. Como consequência, nunca pôde se casar.

Atualmente, aproximadamente vinte e sete países têm a restrição de gênero no registro de nascimento: as mães não têm direito de transmitir a nacionalidade aos seus filhos. Sendo assim, caso uma mulher tenha filhos sem registro do pai, eles serão apátridas e os filhos de um homem apátrida serão, conseqüentemente, apátridas e, em alguns países, não são previstas possibilidades legais para os filhos terem outra condição.

3 A PROBLEMATIZAÇÃO DA APATRIDIA NO MUNDO: CASO ROHINGYA

“A migração dos Rohingya nunca para. Esta comunidade muçulmana é apátrida, sem terra nem direitos. Em Myanmar, que não os reconhece como cidadãos, eles são ameaçados, expulsos das suas casas e vítimas de estupro. Os integrantes da onda mais recente de refugiados apresentam ferimentos de bala, desnutrição e queimaduras” (PALOMO, 2017).

O caso de apatridia mais preocupante atualmente no mundo é sobre o povo Rohingya, uma comunidade de Myanmar que se encontra fugindo por mais de 50 anos. A coordenadora de emergência do MSF, Maria Símon, estima que ainda restem 150.000 deles em Myanmar, 200.000 no Paquistão, 200.000 na Arábia Saudita, 100.000 na Malásia, Indonésia e Tailândia.

4 ESTUPRO: VIOLÊNCIA E FERRAMENTA DE TERROR EM ROHINGYA

Em Daca, capital de Bangladesh, além da perda de direitos básicos, há diversos relatos de tráfico infantil para trabalhos sexuais, fora os casos de estupros que ocorrem pelos próprios militares. Um relatório divulgado pela ONG Human Rights Watch acusou as forças armadas birmanesas de promoverem estupros coletivos em série com mulheres e crianças em Mianmar.

Os militares atacam aldeias rohingyas e chamavam de “limpeza étnica”, realizada em uma nação predominantemente budista e o estupro tem sido uma ferramenta de terror utilizada na destruição dos rohingyas.

A história de M e R (cujos nomes não foram divulgados para preservar a identidade da vítima), são somente exemplos dentre tantos relatos brutais de violência. M. estava com seu irmão e grávida de oito meses, depois de sua família ter fugido e ela não querer deixar o irmão ferido para trás. Quando os soldados finalmente invadiram sua casa, eles a agrediram e estupraram, enquanto davam chutes e socos em sua barriga. Sua bebê nasceu morta. Ela e o marido foram para Bangladesh logo após o episódio. “Eles nos humilharam, destruíram nossas terras e fazendas, levaram nossas vacas, nossos produtos. Como eu voltaria? Destruíram nossa vizinhança”. Contou ela (GELINEAU, 2017).

R. tinha apenas 13 anos quando os soldados invadiram sua casa e amarraram seus braços em duas árvores para estuprá-la. Dez homens abusaram sexualmente dela até que desmaiasse.

Phone Tint, coronel e ministro local da segurança, quando questionado sobre os inúmeros casos de estupro, alegou “essas mulheres alegam que foram estupradas, mas olhem suas aparências. Você acha que elas são atraentes para serem estupradas?” (GELINEAU, 2017).

Em 2017, 370.000 muçulmanos da etnia rohingya fugiram de Myanmar para Bangladesh em duas semanas. A população do país, em geral, não fala sobre o assunto. Quando são questionados, dizem que essa gente não pertence ao país, possuindo o discurso político bastante interiorizado, com medo de dizerem algo a favor do rohingyas e contra o governo.

5 A APATRIDIA NO BRASIL

O mais complicado caso de apatridia no Brasil foi um lapso na revisão constitucional, segundo Ricardo Glasenapp (2008), pois a Constituição acabou não prevendo os filhos de brasileiros que nasceram no estrangeiro em países de critério *ius sanguini*. Esses bebês seriam automaticamente considerados apátridas contra a vontade, pois não havia opção de nacionalidade – esta opção estava sendo furtada. Essa situação foi chamada de “brasileirinhos apátridas”.

O caso “Brasileirinhos” foi causado devido à **Emenda Constitucional 54/2007**. Devido a este dispositivo legal, foi alterado o texto da alínea “c” do Artigo 12 da Constituição Federal, transformando-o em:

“Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira (BRASIL, 2007).

Desse modo, o Texto Constitucional excluiu a possibilidade do pai e mãe brasileiros registrarem os filhos em repartições estrangeiras e restringia a nacionalidade brasileira somente àqueles que viessem a residir no Brasil, necessariamente.

Houve uma grande mobilização, inclusive há um *website* que trata do assunto, para que, em 2007, fosse criada a PEC 272.000. A Emenda foi promulgada em 2007, restituindo assim a nacionalidade brasileira nata aos filhos de brasileiros nascidos no exterior entre 1994 e 2007 e modificando o Texto Constitucional, deixando o artigo na mesma forma que fora homologado em 1988.

O movimento não se dissolveu após a promulgação da Emenda 54. Hoje em dia, há outras pautas relevantes referentes à **federalização das comunidades brasileiras no exterior, direção e composição da Divisão das Comunidades do Exterior do Itamaraty por emigrantes, aprovação da Emenda 05.2005 e voto por correspondência no exterior para os emigrantes brasileiros** (VOCÊ..., [2007]).

Outro caso de apatridia conhecido no Brasil é o da apátrida Maha Mamo. Maha é filha de sírios; entretanto, o casamento na Síria de duas pessoas com religiões distintas é ilegal. Sendo assim, eles se mudaram para o Líbano e ela nunca conseguiu a nacionalidade por seu pai ser sírio e ter um casamento não reconhecido pelo país, não conseguindo emitir nenhum documento comprobatório. Em 2015, devido à descendência síria, ela conseguiu o *status* de refugiada e veio para o Brasil. Hoje trabalha para o ACNUR com a Campanha BELONG, que tem como o objetivo acabar com a apatridia em 10 anos.

“Eu quero que todo mundo saiba o inferno que eu vivi e que um dia o presidente do Brasil possa ouvir a minha história e me dar uma nacionalidade brasileira. Quando eu receber minha nacionalidade, eu vou gritar! Eu vou chorar! Eu vou atualizar meu *status* no Facebook! Eu vou para Disney! Para Paris! Para Itália! Vou viajar o mundo inteiro! E vou gritar o mais alto que conseguir: eu finalmente existo!”, diz Maha para ACNUR. (A INCRÍVEL..., 2018).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema é algo global e pode ser encarado por diversas dimensões, atentando-se às causas do êxodo de populações e buscando respostas necessárias e importantes desde a raiz do problema, nas situações de emergências e ao repatriamento.

No Brasil, a apatridia demorou a ser reconhecida como um problema a tentar ser resolvido e até mesmo necessidade de políticas públicas para combatê-lo. Um dos modos de precaver alguns conflitos de apatridia ocorridos no Brasil fez com que fosse instaurado o Decreto 8.501, o qual promulgou a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia. A Convenção foi firmada em 30 de agosto de 1961 e somente aceita no Brasil em 18 de agosto de 2015 (BRASIL, 2015). Foram necessários 54 anos para o país aceitar que a apatridia é uma violação de direitos que afeta o mundo todo.

Criar leis e convenções que evitem a configuração da situação de apatridia para muitas pessoas, como no Brasil, é um grande passo para que a causa seja resolvida, além de assegurar que o direito daqueles que tiveram o direito à nacionalidade tomado de alguma forma sejam resguardados e os apátridas vivam com dignidade até finalmente serem acolhidos por algum Estado.

REFERÊNCIAS

ACNUR lança hoje campanha global pelo fim da apatridia até 2024: O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados... **Agência da ONU para refugiados**, Genebra, 2014. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2014/11/04/acnur-lanca-hoje-campanha-global-pelo-fim-da-apatridia-ate-2024/>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

A INCRÍVEL história da imigrante que viveu 26 anos sem existir oficialmente. **Congresso em Foco**, [S.l.], 22 jun. 2018. Direitos Humanos. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/a-incrive-historia-da-imigrante-que-viveu-26-anos-sem-existir-oficialmente/>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

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

BRASIL. **Decreto nº 8.501, de 18 de agosto de 2015**. Promulga a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, firmada em Nova Iorque, em 30 de agosto de 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8501.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 54, de 2007**. Dá nova redação à alínea "c" do inciso I do art. 12 da Constituição... Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2007/emendaconstitucional-54-20-setembro-2007-559896-publicacaooriginal-82340-pl.html>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

CONVENÇÃO relativa ao estatuto dos refugiados. [S.l.: s.n.], 1951. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

CONVENÇÃO sobre o estatuto dos apátridas. Nova Iorque: [s.n.], 1954. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

DECLARAÇÃO de Cartagena. In: COLÓQUIO SOBRE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NA AMÉRICA CENTRAL, MÉXICO E PANAMÁ, 1984, Cartagena. **Problemas Jurídicos e Humanitários**. Cartagena: [s.n.], 1984. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

GELINEAU, Kristen. 'Quando eu terei paz?': mulheres rohingyas relatam estupro em Mianmar. **O Globo**, [S.l.], 11 dez. 2017. O Globo Mundo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/quando-eu-terei-paz-mulheres-rohingyas-relatam-estupro-em-mianmar-22176055>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

GLASENAPP, Ricardo Bernd. O direito de nacionalidade e a EC nº 54: a reparação de um erro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, [S.l.], n. 11, p. 155-169, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-155-Ricardo_Glasenapp.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

LISOWSKI, Telma. A apatridia e o "direito a ter direitos": um estudo sobre o histórico e o Estatuto Jurídico dos apátridas. **Revista jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 3, p. 109-134, 2012.

MAHA Mamo, refugiada apátrida no Brasil, fala sobre os desafios de uma vida sem nacionalidade. **Agência da ONU para refugiados**, São Paulo, 15 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2016/12/15/maha-mamo-refugiada-apatrida-no-brasil-fala-sobre-os-desafios-de-uma-vida-sem-nacionalidade/>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S.l.: s.n.], 2009. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

OS EXCLUÍDOS: o mundo desconhecido dos apátridas. **Centro de Informação das Nações Unidas Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 26 abr. 2007. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/os-excluidos-o-mundo-desconhecido-dos-apatridas/>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

PALOMO, Alberto G. Povo rohingya: o êxodo perpétuo dos apátridas. **El País**, Madri, 18 dez. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/13/internacional/1513167960_768282.html>. Acesso em: 09 nov. 2018.

PRINCÍPIOS orientadores relativos aos deslocados internos. [1998]. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_da_ONU/Principios_orientadores_relativos_aos_deslocados_internos_1998.pdf?view=1>. Acesso em: 09 nov. 2018.

VIEIRA, Vanessa; GARATTONI, Bruno. Apátridas: As pessoas de lugar nenhum. **Superinteressante**, [S.l.], 29 set. 2014. História. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/apatridas-as-pessoas-de-lugar-nenhum/>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

VOCÊ está no *site* internacional dos brasileirinhos apátridas.... [2007?]. Disponível em: <<http://www.brasileirinhosapatridas.org>> Acesso em: 17 mar. 2018.

REGRAS NÃO DITAS NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DAS FAVELAS

UNSPOKEN RULES IN THE SLUM'S CONSTRUCTION PROCESS

Carolline Leal Ribasiⁱ

Jacqueline de Cassia Pinheiro Limaⁱⁱ

Rosane Cristina de Oliveiraⁱⁱⁱ

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo investigar o processo de construção de favelas sob um aspecto geral, tendo como foco o surgimento de normas locais vistas como não jurídicas. Para tanto, pretende-se inicialmente apresentar uma breve digressão histórica, desde o surgimento do termo em 1896, até a sua atual concepção, como modo de demonstrar como ocorreu a formação de favelas no cenário brasileiro. Na sequência, pretende-se destacar como esses grupos sociais são vistos na sociedade moderna, tidos como minorias discriminadas e, muitas vezes, rejeitadas e excluídas das políticas de Estado. Nesse sentido, nota-se que favela é vista como sinônimo de pobreza, residência de malandros, portal para o tráfico e fonte de doenças, o que gera, aos moradores, um sentimento de esquecimento por parte do resto da população, caindo em uma situação de alheamento e isolamento social. Por fim, trabalha-se com a proliferação de regras não ditas que vigoram nesses ambientes periféricos. Percebe-se que o surgimento de um ordenamento não jurídico decorre da própria conjectura histórica que colocou a favela como uma sociedade paralela à civil, o que impõe uma necessidade de reflexão acerca do reconhecimento dessas normas alternativas como forma de se viabilizar o convívio harmônico nos espaços urbanos brasileiros.

i Advogada e Assessora Jurídica na Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Doutoranda e Mestre. Especialista em Direito Público e em Gestão Pública.

ii Professora e Pesquisadora do PPG em Humanidades, Culturas e Artes da UNIGRANRIO. Doutora em Sociologia, com Pós-Doutorado em História.

iii Professora e Pesquisadora do PPG em Humanidades, Culturas e Artes da UNIGRANRIO. Doutora em Ciências Sociais.

Palavras-chaves: Favelas. Políticas públicas. Habitação.

Abstract: The present work aims to investigate the process of favela construction under a general aspect, focusing on the emergence of local norms seen as non - legal. To do so, it is initially intended to present a brief historical digression, from the beginning of the term in 1896, to its present conception, as a way of demonstrating how the formation of favelas occurred in the Brazilian scenario. In the sequence, it is intended to highlight how these social groups are seen in modern society, considered as minorities discriminated and often rejected and excluded from state policies. In this sense, it can be seen that favela is seen as a synonym for poverty, a place for mischief, a portal for trafficking and a source of disease, which creates a sense of forgetfulness on the part of the rest of the population. of forgetfulness and social isolation. Finally, we work with the proliferation of rules that are not spoken in these peripheral environments. It can be seen that the emergence of a non-legal order arises from the historical conjecture that has placed favela as a society parallel to civil society, which imposes a need for reflection on the recognition of these alternative norms as a way to make harmonious living in urban spaces feasible Brazilians.

Keywords: Favelas. Public Policy. Housing.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar os direitos informais vigentes em sociabilidades alternativas, dando-se destaque às favelas brasileiras. Esta proposta induz a uma reflexão do processo de instalação de comunidades, a permanência de uma concepção discriminatória, bem como acerca do espaço dado à construção de um direito informal paralelo ao positivado.

Este estudo surgiu de uma inquietação na medida em que se verificava que boa parte da população brasileira ainda é alvo de exclusão e intolerância social. Esse sentimento de discriminação, por sua vez, dá ensejo a um projeto popular para almejar o reconhecimento das populações pobres, uma vez que estas não se encontram satisfeitas com as respostas que o ordenamento jurídico oferece aos problemas sociais, tanto em termos de normas, quanto em termos políticos e de decisões judiciais. Verifica-se que essa incapacidade de o Direito estatal suprir as expectativas

sociais deriva do fato de que, na maioria das vezes, as normas escritas não se atrelam a fatores sociais, históricos e políticos.

Para o desenvolvimento deste artigo, optou-se por um levantamento estritamente bibliográfico, tendo como referências autores do campo da Sociologia e do Direito, a fim de se estabelecer um cotejamento entre o direito do ponto de vista positivado e o informal. Inicialmente, buscou-se analisar, ainda que em breves linhas, o processo de formação e permanência de favelas como habitação popular no Estado Brasileiro. Nota-se que, apesar de o fenômeno ser encontrado desde o século XIX, é pouco conhecida sua origem devido à dificuldade de obtenção de informações e dados estatísticos à época. Além disso, enfatizamos a concepção atual de exclusão social, em que aqueles que não se adequam às regras impostas pela maioria, sejam regras normativas ou costumeiras, são alvo de segregação socioespecial. Por fim, coloca-se em pauta uma produção paraestatal de normas, elaboradas por líderes de favelas. A partir desse ponto, instiga-se uma apreciação crítica a respeito do direito de favela e a possibilidade de as regras não ditas se legitimarem socialmente quando forem construídas em decorrência de processos comunicativos e aceitas pelos seus destinatários.

Percebe-se que, apesar de este certame não ser novo no debate sociojurídico, a pesquisa interdisciplinar pouco se preocupa com as consequências que o processo de exclusão social pode ocasionar em um direito posto. Desse modo, tem-se um tema considerado relevante do ponto de vista acadêmico, político e social, o que induz a uma reflexão acerca de até que ponto apenas um direito positivo é capaz de alcançar, no Estado Democrático de Direito, o ideal de justiça social.

2 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DE FAVELAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

Ao longo da história, o termo “favela” sofreu algumas alterações de acordo com o local e com os aspectos sociais, sem, no entanto, deixar de guardar uma relação com o território onde residem os pobres. Para se analisar como as favelas são vistas na atualidade, faz-se necessário uma breve digressão histórica, a fim de se conhecer o porquê de sua existência e de sua perpetuação no cenário social brasileiro.

O século XIX, na cidade do Rio de Janeiro, foi um período crucial para ascensão de poder e de desigualdades sociais. Após a abolição da

escravatura em 1888, os negros foram residir nos espaços urbanos, mas a infraestrutura não conseguiu acompanhar o aumento da população nas cidades. Por esse motivo, problemas ligados ao saneamento básico, transporte coletivo, fornecimento de água e energia elétrica tornaram-se alvo de preocupação política, econômica e social. Em resposta a isso, negros, libertos e imigrantes nacionais começaram a se instalar no centro das cidades, onde se concentravam as moradias e as atividades laborais, como modo de ter acesso aos serviços públicos. A consequência foi o surgimento de grandes habitações coletivas, vistas como moradias baratas carentes de serviços públicos e mobilidade urbana.

Esses espaços foram, inicialmente, denominados de cortiços. O aumento da população nesses locais resultou maior precariedade dos serviços, dando origem a um aumento de epidemias e surtos de doenças que acabam se expandindo por toda sociedade. Segundo Neustadt (2013, p. 126), "além de ser um habitat de vagabundos e criminosos, o cortiço era identificado como um espaço de epidemias, de proliferação de doenças e de vícios". Por essas razões, essas casas foram condenadas ao desaparecimento por parte do Estado, mediante diversas políticas públicas interventivas. Dentre as medidas governamentais tomadas, citamos a destruição do maior cortiço, "Cabeça de Porco", bem como a reforma urbanística do então prefeito Pereira Passos (1902-1906), conferindo maior higienização e modernização da cidade.

Ocorre que o governo não implementou políticas habitacionais após o fechamento dos cortiços, mostrando-se inerte na construção de casas populares sob o subterfúgio de que tais políticas pudessem se aproximar de uma ideologia socialista. Em outras palavras, o Estado destruiu habitações locais, implantando casas urbanas habitáveis no local, mas não construiu casa populares para aqueles que não tinham condição de arcar com os custos das moradias modernas. Os locais higienizados, com maior infraestrutura, que foram reformados pelo Estado, passaram a demandar um alto preço de aluguel, o que, naquele momento, tornava-os inacessíveis para os antigos moradores dos cortiços.

Assim, uma vez expulsa de suas habitações, essa população, formada especialmente por ex-escravos, migrantes pobres e pelos antigos residentes de cortiços, não teve outra solução senão se deslocar para espaços subalternos e morros vazios próximos ao centro. Esses locais são os que atualmente são denominados "favelas".

O que se percebe é que o Estado não se desincumbiu da necessidade de construir habitações populares, o que apenas transferiu o problema de lugar, dando início a uma nova favela nas periferias onde houvesse lugar desocupado. Quanto mais o Estado se mantinha inerte, mais se dava espaço para a multiplicação e adensamento de favelas, o que tornava cada vez mais difícil a sua erradicação (ABREU, 1994, p. 34).

A origem do termo favela, no entanto, não é pacífica. Segundo a maioria da doutrina, o termo originou-se na Guerra de Canudos, conflito ocorrido no interior da Bahia em 1896 e 1897, em razão de divergências sociorreligiosas. Tal conflito finalizou-se com um grande número de soldados que, ao aguardar receber moradias por parte do Estado, tiveram que retornar ao Rio e instalaram-se num morro da zona portuária da cidade, que passou a ser conhecido como Morro da Favela (MEIRELLES; ATHAYDE, 2014, p.p. 39-40).

Todavia, Meirelles e Athayde destacam que, para alguns estudiosos, o termo originou-se em Santos/SP, em 1881, fruto do Quilombo do Jabaquara, o qual era formado por escravos fugitivos (2014, p. 41). Já outros autores dão destaque ao Morro de Santo Antônio no Rio de Janeiro, o qual surgiu de forma semelhante ao Morro da Favela, uma vez que fora inicialmente formado por praças de batalhões militares.

A omissão por parte do Estado, tanto para definir a situação do exército, como para programar políticas urbanas, serviu apenas para dar maior visibilidade às questões da precariedade suburbana e da desigualdade social já existentes em virtude da ausência de gestão estatal capaz de absorver a mão de obra daqueles ex-residentes dos cortiços.

Assim, as favelas existentes passaram a ser um lugar sem Estado, associado à insegurança e à ilegalidade. Nesse sentido, falar em favela era falar em crime e descontrole, bem como local de malandro e mendigo. Pode-se dizer, inclusive, que a própria imprensa se constituiu um aliado para divulgação das favelas como uma imagem inaceitável, referindo-se a elas como “persistência da África no meio da civilização” e “ralé de cor preta” (ABREU, 1994, p. 40).

Meirelles e Athayde (2014, p. 41) explicam que, em sua vertente clássica, favela consiste em um ajuntamento humano que é fruto de um sistema desigual e vítima de um descaso por parte do Estado, em que as políticas do Poder Público, bem como as leis positivadas são incapazes de absorver a grande parte daquela população.

Ocorre que, até então, a questão das favelas não tinha sido incluída no fenômeno urbano, tanto é que nem sequer faziam parte do mapa das cidades e das estatísticas sociais. Isso demonstrava sua denominação ilegal, de modo que as políticas estatais não as alcançavam, já que tinham um caráter provisório e não reconhecido (ABREU, 1994, p. 34).

O termo fora oficialmente conhecido em 1940, passando a ser reconhecido principalmente na mídia como um problema social o qual precisava de intervenções estatais.

“[...] só a partir dos anos 1940 é que a favela “começa a chamar atenção”. [...] é possível afirmar que não foi a partir dessa data que a favela se tornou visível ou incomodativa para o governo. Isso aconteceu muito antes. É a partir de 1940, entretanto, que os poderes públicos parecem reconhecer que a favela chegou para ficar, ou seja, que uma nova geopolítica urbana havia se instaurado de fato na cidade. Não é de surpreender, portanto, que só a partir de então é que favela tenha sido “oficializada”, passando a fazer parte dos planos e preocupações oficiais (ABREU, 1994, p. 44).”

Com efeito, as favelas passaram a fazer parte do cotidiano das grandes cidades, fruto da exploração econômica e do ostracismo social, não podendo o imaginário social nem o próprio Estado se esquivar dos problemas e da realidade advinda dessa conjectura social.

A título de comparação, pode-se fazer referência às *banlieues* francesas. Surgidas na mesma época em que as favelas brasileiras, no final do século XIX, são vistas como a parte suburbana do País, onde residem pobres e negros. Em decorrência dos processos históricos discriminatórios, criou-se uma “triagem social” (WACQUANT, 2001, p. 118), a qual tem como fulcro separar habitantes franceses dos imigrantes.

Segundo Wacquant, “a maior visibilidade das ‘*banlieues*’ hoje em dia, assim como sua menor legibilidade, se explicam, em parte, por seu crescimento e pela multiplicação dos agentes que têm interesse profissional em sua existência e em sua problematização” (2001, p. 118). Esse fator explica a construção de gestões públicas que têm como ênfase o desenvolvimento e urbanização desses locais subalternos.

Wacquant cita os guetos de negros americanos, que foram, originariamente, constituídos por europeus e afro-americanos que iam para o norte em busca de melhores condições de vida. Representa, pois, a “intersecção entre o bairro étnico e a favela, onde a segregação se aliava à dilapidação das moradias, exacerbando os males urbanos e inibindo a participação na vida social” (WACQUANT, 2004, p. 264).

Sob essa ótica, construíram-se bairros e regiões destinadas à moradia de grupos de diferentes etnias ou negros, os quais eram marcados por traços de abandono físico e criminalidade, fruto de pobreza e abstinência estatal. Trata-se de uma sociedade paralela, construída por costumes e regras sociais, caracterizada por uma “atmosfera morna e sufocante que reina em seus interiores e o estigma muito forte de residir em espaço considerado local de exílio e sinônimo de deteriorização, de marginalidade social e de delinquência” (WACQUANT, 2001, p. 122).

Do mesmo modo como ocorreu no Brasil, e ainda vem ocorrendo, nesses locais de segregação social, nota-se uma forte concentração de minorias, tais como negros e imigrantes (WACQUANT, 2001, p. 120). Esses territórios não se constituem um simples conglomerado de grupos e famílias pobres, mas também demonstram uma instituição de poder por parte de população excluída, porém controlada.

Não obstante, diferentes formas de denominação para o termo “favelas”, como “*banlieues*” no caso da França, e guetos, no caso da América do Norte, vê-se que o processo de exclusão social decorre de uma omissão estatal e da formação de um sentimento de isolamento social.

Uma vez esclarecido, ainda que de forma sumária, acerca da origem do termo “favela” no Brasil, passa-se a analisar como, atualmente, o fenômeno da exclusão social é difundido nas comunidades, bem como suas implicações no que tange ao seu reconhecimento social e estatal.

3 OS EXCLUÍDOS DA SOCIEDADE: A DESCONSTRUÇÃO DE UM IDEAL HOMOGÊNEO

A proliferação de sociedades multiculturais decorre do próprio processo de globalização, bem como dos novos movimentos migratórios a partir da Segunda Guerra Mundial e, a seguir, da Guerra Fria, uma vez que esses acontecimentos acirraram o cruzamento entre diversas culturas.

Aqueles que se enquadram nos padrões estabelecidos por uma comunidade, em relação a etnia, religião, situação financeira, orientação sexual, por exemplo, são bem aceitos; opondo-se às pessoas que não obedecem a essa hegemonia, excluídas, portanto, dos preceitos de intercâmbio social.

Por conseguinte, nasce um sentimento de intolerância em relação àqueles que não seguem os padrões comumente aceitos na coletividade. Não são incomuns lutas e manifestações em torno de conflitos ligados ao racismo, migrações, embates religiosos e à segregação, que se estabelecem em busca do reconhecimento de direitos dos grupos tradicionalmente excluídos.

Esses excluídos formam grupos subalternos, heterogêneos, cuja voz não pode ser ouvida. Trata-se de camadas mais baixas da população, que são marcadas por processos de discriminação por etnia, raça, religião, dentre outros. Por se encontrarem nessa posição, são silenciados, não tendo uma posição social ou um espaço que lhes permita falar e ser ouvido (SPIVAK, 2010, p. 12).

No campo das ciências sociais podemos observar um dado consensual sobre quais grupos sociais devem receber a "etiqueta" de minoria. Esta deve recair sobre aquelas coletividades que tradicionalmente são estigmatizadas e discriminadas ao longo de processos históricos que levam à desigualdade e, em alguns casos à resistência e à luta por direitos como forma de minimizar ou superar as desvantagens sociais. Esta perspectiva, portanto, descarta a questão numérica para dar ênfase às relações e processos de discriminação.

Para Becker (2008, p. 27), sujeitos que se situam fora do círculo daqueles que são considerados "normais", são denominados "*outsiders*", uma vez que seus comportamentos são vistos como desviantes.

"Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas ações como 'certas' e proibindo outras como 'erradas'. Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de que não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um '*outsider*' (BECKER, 2008, p. 15).

Tal acepção leva em conta que as regras, em sua maioria, traduzem a vontade geral da comunidade como um todo, sejam elas impostas por

leis ou sejam elas impostas pelo Poder Legislativo que representa a sociedade, e, como nem todas as pessoas aceitam as regras, abre-se espaço para a discriminação, a exclusão e os conflitos sociais.

Diversos estatutos normativos cuidaram da proteção ao direito à igualdade como direito humano de caráter universal a fim de se alcançar o ideal democrático em uma sociedade tão desigual. No caso brasileiro, o art. 1º da Constituição estabeleceu a regra da maioria ao expor que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente” (BRASIL, 1988). Acontece que, na medida em que se vive em uma sociedade pluralista organizada em torno de um Estado Moderno, a regra da maioria não pode ser a única admitida pelo ordenamento jurídico. Caso assim o fosse, as minorias, por ausência de força política suficiente para sua representação perante o Poder Público, seriam reféns permanentes da intolerância das massas.

Os principais atingidos são grupos locais, historicamente discriminados, com ênfase, neste trabalho, aos habitantes de favelas, fruto de um sistema desigual e vítimas de um descaso por parte do Estado, em que as políticas públicas, bem como as leis positivadas são incapazes de absorver a grande parte daquela população (MEIRELLES; ATHAYDE, 2014, p. 41).

Segundo Mello (1999, p.p. 133-134), classes subalternas sofrem um forte sentimento de discriminação no processo de aquisição de sua identidade, uma vez que são vistas, com relação ao poder, como cidadãos de segunda categoria. Sob essa vertente, são vistos como grupos que contaminam a cidade com sua pobreza e violência, e, por isso, devem ser colocados à parte da sociedade.

Meirelles e Athayde (2014, p. 41) explicam que, em sua vertente clássica, favela consiste em um ajuntamento humano que é fruto de um sistema desigual e vítima de um descaso por parte do Estado, em que as políticas do Poder Público bem como as leis positivadas são incapazes de absorver a grande parte daquela população.

Alguns autores fundamentam que os moradores da favela lutam para ter sua identidade reconhecida como “favelados”. Zaluar e Alvito (2004, p. 22) apontam a capacidade de luta dos cidadãos em defesa de seu local e estilo de moradia, transformando-se em bairro da cidade, o que não afasta constantes conflitos em face de desavenças com a política e, até mesmo, com os próprios traficantes. Já Meirelles e Athayde (2014,

p. 31) destacam a existência de um sentimento de reciprocidade, em que os habitantes podem sempre ter com quem contar, seja para emprestar um dinheiro, seja para cuidar de seus filhos.

Desse modo, favelas sempre inspiram o imaginário preconceituoso das pessoas que delas querem se distinguir. Paralelamente, os próprios habitantes das comunidades sentem que a sociedade em geral os excluem das regras de convivência da coletividade. Frequentes são os noticiários de televisão que colocam os moradores como a parte violenta da cidade, indignos, portanto, de confiança. Além disso, nota-se que o Estado se mostra inerte com relação à promoção de políticas efetivas voltadas à inclusão desses grupos discriminados. Esses sujeitos, vistos como excluídos, lutam por reconhecimento perante o Poder Público, a sociedade e também pelo reconhecimento individual.

A relação da luta por sua autoconservação e movimentos por reconhecimento, com os discursos de membros *outsiders* das favelas de Belo Horizonte, demonstram que há um “sentimento de orgulho do grupo ou de honra coletiva” (HONNETH, 2003, p. 209), de modo que os membros da comunidade não se envergonham de pertencer a esses grupos sociais e seguem as regras impostas até mesmo quando elas forem contra a lei, pois na comunidade vale muito mais a palavra e a moral, a lei da reciprocidade, do que a lei positivada num direito imposto por um Estado, muitas vezes, distante do povo. Além disso, instiga-se que essa luta por reconhecimento vai além do interesse de autoconservação, se relacionando muito mais ao reconhecimento intersubjetivo como meio de formação do processo de identidade dos indivíduos.

A luta por reconhecimento como luta pela justiça pode ser aplicada à presente pesquisa na medida em que se trabalha com a situação de reconhecimento pela inclusão dos *outsiders* nos locais onde predominam situações de controle e de poder paralelos, ou seja, poder não regulamentado pelo Estado. A favela traz perspectiva de outro direito, um direito que rompe, que desconstrói, que não se limita às regras positivadas no ordenamento jurídico. Trata-se do surgimento de um direito paralelo ao formal que também é seguido e imposto.

Sob esse prisma, dá-se origem a um direito visto como informal, não oriundo do Poder Legislativo, mas coexistente a ele. Tais normas passam a funcionar como verdadeiro “direito local”, o qual coexiste e dialo-

ga com a própria ordem jurídico-normativa oficial (MAGALHÃES, 1994, p. 24). Uma vez que o líder que dita as normas não fora eleito democraticamente, pretende-se investigar se há elementos jurídicos que possam legitimar suas decisões, o que apenas é possível por meio de uma análise do processo de legitimação social, o que passará a ser visto.

4 REGRAS NÃO DITAS: QUANDO AS NORMAS IMPOSTAS VÃO ALÉM DO DIREITO POSITIVO

Na contemporaneidade, a democracia é vista no Estado de Direito como meio de comportar espaço para as diversas visões da comunidade política, bem como de dar voz e atuação a todos os membros da coletividade. Tal compreensão pressupõe a participação da sociedade no processo de elaboração de normas, bem como no controle e tomada de decisões do Poder Público, a fim de consagrar a legitimidade aos atos estatais.

Acontece que o modelo de democracia representativa atual impõe um discurso homogêneo do Estado, de modo que apenas as deliberações oriundas do Poder Público são legítimas, uma vez que a própria sociedade elegeu seus representantes para atuarem no processo de elaboração legislativa e tomada de decisões políticas.

Contudo, sabe-se que, muitas vezes, a população não tem capacidade de efetivamente influenciar as decisões do Estado, e, mesmo os parlamentares, representantes do povo eleitos por meio do voto, não elaboram leis que condizem com a vontade geral. Quando o Estado tenta intervir para implementar políticas públicas, ações inovadoras que possam garantir o direito positivado no ordenamento jurídico, não pode, simplesmente, agir de modo arbitrário, sob o argumento de que no Brasil regem as normas estatais, pois isso fere os próprios mandamentos de uma democracia pluralística.

Verifica-se que essa incapacidade de o Direito estatal suprir as expectativas sociais deriva do fato de que, na maioria das vezes, as normas não se atrelam a fatores sociais, históricos e políticos. Se as ações pacificadoras, em prol da implantação de um direito positivo, não levarem em consideração os problemas locais, os processos de inclusão social e econômica, bem como a qualidade dos serviços públicos a serem implementados, estarão fadadas ao insucesso.

Tal questão coloca em pauta a convicção tradicional de legitimidade, em que apenas se atribui ao Poder Público a competência para

elaboração de leis sob o argumento de que os parlamentares foram votados pelo povo e, ao representá-los, suas decisões tornam-se as únicas legítimas. Isso porque, se o modelo da democracia hodierna não consegue assegurar que todos os grupos tenham conhecimento e resguardo de direitos, outra alternativa não restou aos grupos segmentados senão a elaboração de suas próprias normas.

Com efeito, passa-se a reconhecer a coexistência de várias normas vigentes em um mesmo local, dando ensejo a um ordenamento não jurídico, o qual, muitas vezes, pode complementar a ordem estatal ou até ser contrária a ela, em oposição a uma proposta exclusivista de monismo estatal.

Em decorrência disso, essas formas não estatais de poder passam a ser compreendidas como formas alternativas de direito, seja como resultado de uma forma arbitrária de poder local, seja em função da criação de sociabilidades alternativas.

Segundo Magalhães (1994, p. 114), o dono da boca de fumo é aquele que detém o poder de polícia, no sentido de produzir e distribuir justiça ao criar normais locais que possam solucionar litígios entre membros da comunidade. Desse modo, criam-se regras que regem questões de natureza penal, civil e até familiar, padronizando a resolução de conflitos com sanções que vão desde o impedimento de circular em determinada área até a expulsão do local.

Trata-se de um líder, normalmente o “dono da boca de fumo”¹, que impõe regras costumeiras, dando origem a um “direito informal”, o que impede que as regras do Estado realmente se instalem de fato ou, até mesmo, justifica o descumprimento de uma legislação vigente.

Os direitos informais são uma realidade no cenário brasileiro, e, na verdade, a disseminação de favelas e políticas de reurbanização são problemas aos quais o campo teórico e empírico jurídico não podem fechar os olhos.

1 O chamado “dono da boca de fumo”, geralmente diz respeito ao sujeito que exerce, momentaneamente, o poder dentro do espaço favela, comanda os demais integrantes do tráfico, elabora estratégias de venda e tráfico, define normas e regras a serem seguidas tanto pelos membros do tráfico, como pela população. Há casos em que o “dono da boca” promove alguns atos “positivos” como atenção aos moradores que precisam de algum tipo de serviço. Entretanto, é pela via do medo tanto dos membros do tráfico como da ação policial que o morador da favela aceita as regras e normas impostas. Tais regras, não jurídicas, ao passo em que são comuns, naturalizam-se de certa forma.

“Este é o Brasil do morro, que também pode ser plano ou pantanoso e que, independentemente do formato, está presente em qualquer grande cidade. Prevalece aqui o contraste, a dor, a alegria e, sobretudo, a sensação de que nada vai permanecer igual por muito tempo. Sobre cada favela, o tempo todo vai subindo outra e não há nada que a detenha (MEIRELLES; ATHAYDE, 2014, p. 167).”

O estudo do direito das favelas é relevante uma vez que pode expressar a sociedade contemporânea juridicamente plural, a qual permite a coexistência de normas estatais e não estatais, reiterando (e questionando) os valores da democracia participativa². Estas últimas normas são vigentes apenas no espaço territorial das favelas e, muitas vezes, podem ser contrárias às normas positivadas, aquelas elaboradas pelos representantes legais, legitimamente eleitos por meio do voto direito, secreto e universal. Nesse sentido, Santos define o direito de favela como:

“[...] um direito paralelo não oficial cobrindo uma interação jurídica muito intensa, à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas, por ser o direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados (SANTOS, 1988, p. 14)³”.

Os direitos informais, pela ciência jurídica tradicional e dogmática, não são direitos oficiais porque não decorreram da vontade do legislador, o qual fora designado, constitucionalmente, para elaborar leis que pudessem representar a vontade do povo. Neste sentido, esses direitos são institucionalizados e de uso geral e contínuo, motivo pelo qual também não devem ser vistos como direitos não oficiais, o que instiga e demanda estudos na seara jurídica acerca do que seria considerado um Direito Oficial perante um ordenamento jurídico pluralizado.

2 O chamado “dono da boca de fumo”, geralmente diz respeito ao sujeito que exerce, momentaneamente o poder e por democracia participativa compreendemos a forma de organização governamental sob a qual a sociedade encontra espaço para se manifestar e reivindicar questões de interesse do grupo ou comunidade. Nesta forma de democracia, o movimento da sociedade influencia, direta ou indiretamente as decisões políticas dos governos (SARTORI, 1994).

3 Em sua pesquisa acerca do pluralismo jurídico e direito das favelas, Boaventura de Sousa Santos, utiliza-se da metáfora “Pasárgada” para se referir às favelas. Segundo o doutrinador, trata-se muito mais de um direito autêntico do que de um “direito informal”, representando a complexidade do fenômeno do pluralismo jurídico. (SANTOS, 1988, p. 64)

É importante destacarmos que esses direitos podem ser legitimados pelo próprio fenômeno social e cultural, na medida em que as normas são mais próximas de seus destinatários e dentro da realidade vivenciada. Esse ordenamento não jurídico não decorre de um contexto democrático representativo, o que não as legitima juridicamente. O que se propõe à reflexão é que essas normas passam por um processo de legitimação social, sejam porque essas normas são aceitas pela sociedade de forma passiva, seja porque a própria sociedade delega ao chefe local o poder de editar tais normas.

Sob esse pensamento, o Direito não se confunde com as normas positivadas, mas, sim, representa o sentimento de liberdade e consciência social. Se, por um lado, na concepção positivista, o direito é tido como um “conjunto de regras que tem sua sustentação na força monopolizada” (BOBBIO, 2004, p. 65), de modo que ordem represente a justiça; por outro, na concepção do “direito achado na rua” (LYRA FILHO, 1986), direito afasta-se da noção de lei e aproxima-se da noção de justiça, de modo que liberdade e legitimidade fundamentam a noção de um Direito justo imposto por um sujeito reconhecido.

Embora os líderes locais não tenham sido eleitos democraticamente, percebe-se que, em grande parte dos casos, as normas relativas às relações sociais, que deveriam ser regulamentadas pelo direito civil, são acordadas e aceitas pela própria comunidade local. Nessa perspectiva, nota-se que a legitimação do “direito informal” decorre da própria aceitação dos moradores locais. E, se essas normas são legítimas, o Estado não pode simplesmente negá-las ou reprimi-las sem considerar os aspectos culturais e as peculiaridades locais, sob pena de colocar em risco a própria democracia.

Os direitos informais provêm de um processo de lutas e conquistas das identidades coletivas para o reconhecimento pelo Estado, reafirmando as necessidades individuais ou coletivas que emergem informalmente na comunidade, não estando necessariamente previstas ou contidas na legislação estatal. Desse modo, sustenta-se a vertente que se opõe ao discurso homogêneo do Estado, em que este é o único sujeito legítimo para produzir normas que regem a vida social na coletividade. Logo, os direitos vigentes em sociabilidades paralelas apenas se justificaram e persistem porque os direitos formais não têm eficácia em certos locais. E, embora as normas informais não tenham decorrido de um processo democrático em sua elaboração, elas são legitimadas pelo próprio fenômeno social, pois os cidadãos cumprem a regra que mais se aproxima de sua realidade e é mais eficaz à resolução de seus problemas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, nota-se que, apesar de os esforços por parte do Poder Público em efetivar os preceitos democráticos expressos na Constituição Federal de 1988 e em legislações específicas, são frequentes as formas alternativas de Direito em aglomerados urbanos. Tais normas paralelas são cumpridas devidamente, caracterizando um pluralismo jurídico, em que o Estado não é o único legitimado a elaborar normas que regem a vida social. Neste sentido, a intenção deste artigo foi chamar a atenção para as chamadas “regras não ditas”, dentro de uma determinada estrutura social, as favelas.

Na primeira parte deste estudo apresentamos o processo de construção histórica das favelas no Brasil, destacando o aspecto do acirramento das desigualdades sociais nos centros urbanos ao final do século XIX. Autores como Neustadt (2013), Wacquant (2001) e Mauricio Abreu (1994) foram essenciais para a compreensão das questões sociais e o processo de urbanização e pobreza dos centros urbanos brasileiros. Tanto a abolição da escravidão quanto a proclamação da república delegaram à sociedade brasileira questões sociais e estruturais que, entre outras dimensões, culminaram no aumento da pobreza, da aglomeração urbana e problemas em relação à infraestrutura. O surgimento e crescimento dos chamados cortiços e sua desocupação ao longo das reformas urbanas implementadas por Pereira Passos, no início do século XX, tiveram como consequência a não preocupação do Estado com a população desalojada dos cortiços (imigrantes pobres e negros). A ocupação de outras áreas (morros) deu início à favelização. Além disso, discutiu-se a conceituação de favela e sua determinação como lugar que agrega inúmeros problemas sociais e o termo foi reconhecido oficialmente nos anos 1940.

Em seguida, abordamos os excluídos da sociedade, enfatizando que esta realidade não está circunscrita somente em torno da pobreza, mas também atinge aqueles que não seguem determinados padrões sociais, seja em decorrência de questões internas ou por causa dos deslocamentos populacionais em situação de guerra, pobreza extrema, conflitos diversos. Nestes processos de deslocamento, o multiculturalismo, bem como o crescimento em relação ao racismo, embates religiosos e segregação, também compõem o cerne de discussões sobre direitos de grupos

tradicionalmente excluídos. Esta relação também ocorre com moradores de favelas e, ao passo em que o sentimento de pertencimento se enraíza, é comum observarmos a assimilação de regras impostas ou não e seu cumprimento, mesmo que sejam contra a lei. Neste ponto, esclarecemos o processo de construção e aceitação das chamadas regras não ditas. Para a discussão sobre os excluídos, Spivak (2010), Becker (2008) entre outros autores, corroboraram para nossas reflexões. Sobre a identidade das “favelas”, Alba Zaluar e Marcos Alvito (2004) compuseram um dos trabalhos importantes em nossa análise.

Neste sentido, a questão especificamente acerca das regras não ditas, como um processo de imposição de normas para além do direito positivo, é abordada na terceira parte deste estudo. A partir de uma leitura crítica sobre a “falsa” ideia de homogeneidade presente na democracia representativa, enfatizamos que nos espaços favelas há o que chamamos de ordenamento não jurídico que pode ser compreendido como forma alternativa de Direito, seja pelo exercício arbitrário de poder local, seja pela criação de sociabilidades alternativas. Esta dimensão informal nos leva a refletir sobre os chamados direitos informais, comuns na realidade brasileira.

Quando o Estado, no entanto, tenta intervir para implementar políticas públicas, ações inovadoras que possam garantir o direito positivado no ordenamento jurídico, não pode, simplesmente, agir de modo arbitrário sob o argumento de que no Brasil devem reger as normas estatais, pois isso fere os próprios mandamentos de uma democracia pluralística. Se as ações pacificadoras, em prol da implantação de um direito positivo, não levarem em consideração os problemas locais, os processos de inclusão social e econômica, bem como a qualidade dos serviços públicos a serem implementados, estarão fadadas ao insucesso.

Desse modo, verifica-se que a construção de direitos informais é uma forma que possibilita o subalterno de falar, mesmo que, em alguns casos, seja por meio de um líder local, o que induz uma reflexão de até que ponto a democracia representativa, por meio do voto, realmente é efetiva na sociedade atual.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maurício de Almeida. Reconstruindo uma história esquecida: origem e expansão das favelas do Rio de Janeiro. **Revista Espaço e Debates**, São Paulo, n. 37, p. 34-46, 1994.

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

BECKER, Howard S. **Outsiders**; estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LYRA FILHO, Roberto (Org.) **Desordem e processo**: estudos sobre Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Safe, 1986.

MAGALHÃES, Alex Ferreira. **Movimento Popular nas favelas cariocas, espaço público e serviço público**. Trabalho apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina História da Urbanização do Rio de Janeiro, Curso de Especialização em Sociologia Urbana, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, abr., 1994.

Mello, Sílvia Leser de. A violência urbana e a exclusão dos jovens. In: SAWAIA, Bader Burihan (Org.). **As artimanhas da exclusão**: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 129-140.

MEIRELLES, Renato; ATHAYDE, Celso. **Um país chamado favela**. A maior pesquisa já feita sobre a favela brasileira. São Paulo: Ed. Gente, 2014.

NEUSTADT, Mônica Nunes. A favela como lugar: a representação da comunidade no curta Acende a Luz. **Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação em Mídia e Cotidiano**, Niterói, v. 2, n. 2, p. 124-138, jun. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SARTORI, G. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Trad. Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa, André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

WACQUANT, Loic. "Uma cidade negra entre os brancos": revisitando o gueto negro da América. **Revista Política e Sociedade**, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 263-278, out. 2004.

_____. *Banlieues* francesas e gueto norte-americano: do amálgama à comparação. In: **Os condenados da cidade**: estudos sobre a marginalidade avançada. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos (Org.). Um século de favela. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

A APARENTE ANTINOMIA ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

THE APPARENT CONTRADICTION BETWEEN THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO FREEDOM OF RELIGION AND FREEDOM OF EXPRESSION

Bruno de Assis Pimentel Carvalhoⁱ
Daiana Seabra Venancioⁱⁱ

Resumo: O objetivo deste trabalho é compreender a vontade do legislador expressa em normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais. Dentre estas, destacam-se as liberdades, especificamente a liberdade religiosa e liberdade de expressão, ambas garantias constitucionais de igual grandeza. Encontra-se atualmente um aparente conflito entre essas duas liberdades, quando uma corrente religiosa busca denegrir outra, propiciando, por vezes, que seus adeptos venham a praticar atos de intolerância, fomentados por essas ideias. Destarte, através do princípio de razoabilidade e da dedução lógica, o trabalho busca analisar o conflito.

Palavras-chave: Intolerância Religiosa. Liberdade de Expressão. Antinomia.

Abstract: The aim of this paper is to understand the will of the legislator expressed in constitutional norms that deal with fundamental rights. Among these, we highlight the freedoms, specifically the freedom of religion and freedom of expression, both constitutional guarantees of equal magnitude. It is currently an apparent conflict between these two

ⁱ Graduando em Direito pela Faculdade São José. Membro do Núcleo de Pesquisa e Iniciação Científica das Faculdades São José.

ⁱⁱ Professora das disciplinas de Direito Internacional Público e de Direito Internacional Privado da Faculdade São José. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito São José.

freedoms, when a religious current seeks to damage another religion, causing sometimes the practice acts of intolerance by its supporters, encouraged by these ideas. Thus, through the principle of reasonableness and logical deduction, the study seeks to analyze the conflict.

Keywords: Antinomy. Religious intolerance. Freedom of Expression.

1 INTRODUÇÃO

A análise da prática dos direitos à liberdade religiosa e à liberdade de expressão demonstra o aparente conflito entre estas normas constitucionais, uma vez que, por vezes, alguns grupos religiosos utilizam a liberdade de expressão para denegrir outras religiões. Essas manifestações podem ser interpretadas como forma de limitar a liberdade religiosa, o que faz surgir a importância de entender qual o sentido de uma religião comparar a outra a seu maior "adversário", fato facilmente percebido através de expressões sistematicamente utilizadas, como "inimigo" e "opressor".

A aplicação do princípio de razoabilidade, através da dedução lógica, tem como objetivo sanar a aparente antinomia. Segundo Müller (2005), esta é a melhor forma de resolver um conflito de normas constitucionais.

Para Müller (2005), o processo de decisão jurídica consiste em um procedimento de dedução lógica, sendo então a questão da realização do direito, um problema cognitivo. Sendo, portanto a concretização da norma nada mais do que a interpretação do referido dispositivo, não havendo nada além da reelaboração da vontade da norma (MÜLLER, 2005, p.5).

O presente trabalho objetiva descrever algumas formas de interpretar a Constituição, a fim de que estas possam auxiliar a sanar a antinomia objeto daquele. Müller descreve algumas formas de interpretar as normas constitucionais, a fim de tentar entender a vontade do legislador, a interpretação gramatical, sistemática, teleológica e histórica as quais serão analisadas adiante. (MÜLLER, 2005, p. 6). Estas formas serão analisadas mais adiante, ao expor o princípio de razoabilidade e dedução lógica, explicitados por Barroso (BARROSO, 2015, p.255).

É possível justificar esta pesquisa considerando o aumento dos casos de intolerância religiosa no Brasil. A título de ilustrar tal argumento, destaca-se aqui reportagem veiculada pela Empresa Brasil de Comunicação – EBC, publicada no dia 5 de agosto de 2018. Esta reportagem aponta que só na cidade do Rio de Janeiro os casos aumentaram 56% no período

de janeiro a março de 2018, quando comparados com o mesmo período do ano anterior (GANDRA, 2018).

Buscando analisar a temática proposta, este trabalho será pautado na investigação a respeito da intolerância religiosa. De forma a atingir a maior veracidade possível no processo de conhecimento da problemática a ser estudada, o trabalho examinará com um olhar investigativo situações referentes ao objeto estudado que, no caso desta análise, trata-se do conflito entre a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. O estudo visa a abordar o papel do Ministério Público para sanar tal conflito; para isso, faz-se necessário direcionar a abordagem em base da utilização de material teórico, estabelecendo uma linha de investigação pela qual será conduzido o trabalho, para que seja levantado todo o material necessário com o intuito de estabelecer uma avaliação prática do que se propõe o estudo.

Após o levantamento do material teórico, o estudo seguirá distribuído em quatro fases distintas, as quais serão avaliadas separadamente. A primeira buscará o conhecimento teórico referente à contextualização do objeto estudado. A segunda buscará estudar quais os dispositivos legais que asseguram tais direitos. A terceira fase terá por objetivo estudar qual o papel do Ministério Público. A quarta fase terá a responsabilidade de traçar um paralelo entre a segunda e a terceira fases.

Este trabalho visa atuar utilizando o método da pesquisa bibliográfica, a fim de produzir um aprofundamento acerca do tema proposto, desta forma avaliando a veracidade das hipóteses levantadas. Sendo dividido em três capítulos, no primeiro serão abordados aspectos referentes ao direito à liberdade de expressão; no segundo, quanto à liberdade religiosa, e, por fim, o terceiro pontuará a possibilidade de o Ministério Público auxiliar a sanar a aparente antinomia.

2 A RELEVÂNCIA DA LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal traz, em seu escopo, diversas normas com fins de assegurar direitos fundamentais ao indivíduo. O constituinte buscou garantir liberdades variadas, que são essenciais para assegurar a dignidade da pessoa humana. Tão importante é a relevância, que o constituinte originário considera a dignidade da pessoa humana como condição de fundamento do Estado Democrático de Direito.

Diversos tratados e convenções internacionais versam sobre o assunto. Após a Emenda constitucional nº 45 (EC/45), os tratados que versam sobre direitos humanos, ao serem ratificados pelo Brasil, passaram a ser inseridos no ordenamento jurídico brasileiro com grande relevância. O Recurso Extraordinário 466.339, julgado em 2009, do Supremo Tribunal Federal (STF) passou a reconhecer que os tratados que versam sobre Direitos Humanos, mesmo quando aprovados por maioria simples, possuem *status* de norma supralegal, ou seja, acima das leis e abaixo da Constituição Federal. O parágrafo 3º, incluído pela EC/45, reconhece o *status* de emenda constitucional desses tratados, quando aprovados pelo Congresso Nacional, pelas duas casas, em dois turnos, com três quintos de seus membros.

Na esfera internacional, há no continente americano a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que institui o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Este complementa a proteção aos direitos humanos dos estados membros. O Pacto de São José da Costa Rica institui a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que possui o papel consultivo e contencioso, este último apenas para os estados que são parte do Pacto e aceitaram a jurisdição da Corte.

O tema da dignidade de pessoa humana, na Constituição Brasileira possui caráter de *conditio sine qua non*, para a existência do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, existem diversos direitos fundamentais assegurados no texto constitucional e, conforme dispõe o art. 5º, § 2º, tais direitos não excluem outros previstos em convenções e tratados internacionais. Uma eventual violação a estes direitos fundamentais podem levar o Brasil a ser acionado na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.1 Liberdade de expressão

A liberdade de expressão é inerente ao indivíduo. Na Antiguidade clássica já era possível encontrar o exercício deste direito. Na democracia de Atenas, em 507 a.C. quando Clístenes assumiu o poder, ele estendeu os direitos políticos a todos os cidadãos atenienses, ou seja, homens livres, maiores de idade e nascidos em Atenas. Com isso, todo cidadão ateniense passou a ter o direito de fazer uso da palavra na *Bulé*. Esta consiste em uma assembleia formada pelo povo que, entre outras coisas, era consultada em assuntos importantes (KITTO, 1970, p.108). No ordenamento jurídico brasileiro, encontramos, na Carta Magna, a garantia deste direito

à liberdade de expressão como fundamental e indispensável ao Estado Democrático de Direito.

O direito de manifestar seu pensamento está expresso no artigo 5º, inciso IV, da Constituição: “é livre a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato” juntamente com o inciso XIV deste mesmo artigo, no qual “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Une-se ao artigo 5º o artigo 220 com o mesmo propósito de assegurar o direito à liberdade de expressão, em seu *caput*, afirma que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, bem como o § 1º deste artigo: “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.” Por fim, o § 2º estabelece que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” São dispositivos constitucionais que buscam garantir o direito à liberdade de expressão.

Tamanha é a relevância deste direito, que encontra amparo na legislação internacional para sua garantia. Neste sentido, serão analisadas, a seguir, algumas declarações e tratados internacionais, através dos quais o Brasil se comprometeu com a preservação da liberdade de expressão.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consiste em um documento que proclama os direitos humanos básicos, e estabelece no artigo XIX que “todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opinião e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras” (ONU, 2009, p.p. 10-11).

A Declaração Internacional de Chapultepec, uma carta de princípios que se tornou decisiva para a defesa da liberdade de expressão na América Latina, foi assinada pelo Brasil em 9 de agosto de 1996. Busca defender e valorizar a liberdade de imprensa e de expressão e, em seus princípios, estabelece que:

- “I. Não há pessoas nem sociedades livres sem a liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo.
- II. Toda pessoa tem direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente (ONU, 1994).”

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi promulgado no Brasil através do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Possui um protocolo facultativo, ratificado pelo Brasil em 2009, que busca assegurar o melhor resultado dos propósitos do Pacto, criando um mecanismo de petições individuais. Buscou-se que este fosse um Pacto que reunisse todos os direitos e garantias individuais, como exemplificado no artigo abaixo:

“Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha (BRASIL, 1992).”

O Pacto de São José da Costa Rica é um dos documentos mais importantes no campo dos direitos humanos no continente americano. Este é o instrumento fundamental do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH) e institui a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta corte é um órgão jurisdicional do SIPDH que tem a função de resolver casos de violação aos direitos humanos perpetrados pelos estados partes, como se pode observar no seguinte trecho:

“Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha (CONVENÇÃO..., 1969).”

Os tratados acima, ao mesmo tempo em que buscam defender e assegurar o direito à liberdade de expressão, não o definem como um direito absoluto. Assim sendo, este deve ser entendido de forma a assegurar também outros direitos fundamentais de igual grandeza. A liberdade de expressão deve ser exercida de forma responsável. Na verdade, todas as liberdades constitucionais devem ser exercidas com responsabilidade, de modo que o direito de um indivíduo não interfira no direito do outro.

O direito à liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais importantes, pois deriva do clamor individual do homem de todos os tempos. O filósofo austríaco, economista e ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1974, Friedrich August Von Hayek, no capítulo cinco de

seu livro “Os fundamentos da liberdade”, explica que a relação entre o indivíduo, a sociedade e a liberdade deve dar-se de modo responsável, consciente de que o indivíduo arca com as consequências de suas ações, como se pode observar neste trecho:

“Liberdade não apenas significa que o indivíduo tem a oportunidade e, ao mesmo tempo, a responsabilidade de escolher; também significa que deve arcar com as consequências de suas ações, pelas quais será louvado ou criticado. Liberdade e responsabilidade são inseparáveis (HAYER, 1983, p.90).”

Liberdade e responsabilidades são inseparáveis, diz Hayek; desta forma todas as liberdades garantidas na Constituição devem ser exercidas com responsabilidade. O indivíduo, ao exercer sua liberdade, deve ter consciência de que irá responder por suas atitudes. Assim, na garantia da liberdade religiosa, o indivíduo precisa ter claro que o limite do seu direito é o direito do outro.

2.2 Liberdade religiosa

No rol das liberdades asseguradas dentre os direitos fundamentais, igual magnitude possui a garantia da liberdade religiosa. Ao falar de liberdade religiosa, inclui-se a liberdade de crença e a liberdade do exercício de seu devido culto. O ordenamento jurídico brasileiro assevera que o Estado não pode interferir na organização da entidade religiosa, nem em sua economia (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.511).

Em igual sentido destaca-se que esta liberdade deve assegurar ao indivíduo a liberdade de não crer, de não exercer nenhuma crença, ou seja, se o Texto Magno garante que o indivíduo pode escolher livremente sua crença, neste mesmo sentido deve permitir a este o direito de não possuir crença – ou seja, o ateísmo – sem por isso sofrer qualquer tipo de discriminação ou censura.

O artigo 19, I, da Constituição garante que o Brasil seja um país laico, no sentido de não confessional. O Estado Brasileiro não pode possuir uma religião oficial, para assim não constranger o exercício de nenhuma prática religiosa. Desta forma, não pode o Estado impedir ou dificultar nenhum tipo de manifestação religiosa, garantindo a cada indivíduo o direito de escolher e praticar a sua religião.

Por religião entende-se um conjunto de rituais e crenças em um ser transcendental (GARVEY; SCHAUER, 1996, p.595). O Brasil é um Estado laico, porém não é um Estado inimigo da religião, como é possível observar no preâmbulo da Constituição:

“Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade à segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).”

O constituinte promulga a Constituição “sob a proteção de Deus”; entretanto, como este não professa nenhum tipo de credo em concreto, pode-se entender que, ao evocar a proteção de Deus, este esteja se referindo à ideia abstrata de um ser transcendente, não à divindade de alguma religião específica. Neste sentido, compreende-se que seja admitido o ensino religioso confessional nas escolas para os alunos interessados, como decidiu o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439, julgada em 27 de setembro de 2017.

Na ADI, a supra citada Suprema Corte Brasileira entende que a menção a Deus no preâmbulo da Constituição não fere a laicidade do Estado, tendo em vista que o preâmbulo não possui força normativa, não cria direitos nem obrigações.

Estado laico não significa um Estado inimigo da fé, inclusive são possíveis alguns tipos de parcerias entre o Estado e as religiões, que visem atender o interesse público, como, por exemplo, estender os efeitos do casamento civil aos casamentos religiosos.

As religiões, em geral, buscam promover o bem integral de seus adeptos e, por consequência, o bem coletivo. Esta busca pelo bem-estar social de cada indivíduo se compatibiliza com uma das finalidades do Estado Democrático, expresso no preâmbulo da Constituição.

A obra escrita por Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Gustavo Gonet Branco (2010, p. 513) afirma que para o sistema jurídico a religião consiste em um bem em si, como um valor a ser preservado e fo-

mentado. Além disso, o Estado, ao reconhecer a liberdade religiosa como um direito fundamental, deve promover e estimular esta liberdade. Neste aspecto, concorre o fato de, por inúmeras vezes, a formação moral apreendida pelas religiões contribuir para a formação de caráter do indivíduo.

Neste mesmo aspecto, os feriados religiosos são entendidos no sentido de reacender na memória as raízes culturais e históricas do povo (HABERLE, 2001, p.284). Considerando que liberdade religiosa consiste em assegurar o direito de cada um de professar a sua fé, não é cabível arguir a liberdade religiosa a fim de impedir a demonstração de fé de outrem.

Pode uma religião recomendar que seus adeptos não frequentem outras, alegando que seus dogmas são incompatíveis. Neste sentido, o Estado não pode interferir, uma vez que está impedido de intervir no funcionamento de qualquer religião, desde que assim não o imponha algum valor constitucional concorrente (HABERLE, 2001, p.285).

Quando uma religião, ao proibir que seus adeptos frequentem outra, utiliza um discurso de ódio, fomentando, assim, em seus adeptos a ideia de que outras religiões não são boas, não visa ao bem-estar social. E quando estas ideias, ao serem muito difundidas, acompanhadas de uma tradição de preconceito e discriminação contra as classes e etnias majoritárias desta religião, geram discriminação e preconceito, pode o Estado intervir?

É dever do Estado assegurar e promover a liberdade religiosa para todos, assim sendo, quando uma religião utiliza um discurso de ódio para com outra, o que acarreta a limitação e até a violação do seu direito à liberdade religiosa, deve o Estado impedir.

3 A ANTINOMIA ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA

A Constituição Federal de 1988 define os direitos fundamentais e os proclama. Estes direitos fundamentais designam no nível do direito positivo, as prerrogativas que visam garantir uma convivência digna, livre e igual, segundo José Afonso da Silva (SILVA, 2015, p. 57). As normas constitucionais gozam de mesmo *status* hierárquico, não havendo distinção entre elas.

O constituinte assegura com grande relevância o direito à liberdade religiosa, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos. De igual forma assegurou com igual importância o direito à liberdade de expressão.

Ambas as garantias são imprescindíveis a uma democracia. Entretanto, há momentos em que um direito pode conflitar com o outro. Quando, em nome da liberdade de expressão, uma pessoa, ou um líder religioso, afirma que outra religião é “coisa do demônio” ele pode estar ferindo o direito à liberdade religiosa?

A Igreja Católica Apostólica Romana, em um dos livros que são base de sua doutrina, o Catecismo da Igreja Católica, descreve sua visão acerca do espiritismo:

“Todas as formas de **adivinhação** hão de ser rejeitadas: recurso a Satanás ou aos demônios, evocação dos mortos ou outras práticas que erroneamente se supõe descobrir o futuro. A consulta aos horóscopos, à astrologia, a quiromancia, a interpretação de presságios e da sorte, os fenômenos de visão, o recurso a médiuns esconde uma vontade de poder sobre o tempo, a história e, finalmente, sobre os homens, ao mesmo tempo em que um desejo de ganhar para si os poderes ocultos. Essas práticas contradizem a honra e o respeito que, unidos ao amoroso temor, devemos exclusivamente a Deus (CATECISMO..., 2000, p. 2116).”

“Todas as práticas de **magia** ou de **feiticeira** com as quais a pessoa pretende domesticar os poderes ocultos, para colocá-los a seu serviço e obter um poder sobrenatural sobre o próximo – mesmo que seja para proporcionar a este a saúde –, são gravemente contrárias à virtude da religião. Essas práticas são ainda mais condenáveis quando acompanhadas de uma intenção de prejudicar a outrem, ou quando recorrem à intervenção dos demônios. O uso de amuletos também é repreensível. O espiritismo implica frequentemente práticas de adivinhação ou de magia. Por isso a Igreja adverte os fiéis a evitá-lo. O recurso aos assim chamados remédios tradicionais não legitima nem a invocação dos poderes maléficos nem a exploração da credulidade alheia (CATECISMO..., 2000, p. 2117).”

Em virtude da descrição utilizada, entendemos que esteja se referindo ao espiritismo em sentido amplo, o que abrange o chamado “Kardecismo” e as religiões de matrizes africanas. Tendo em vista que a doutrina católica e outras religiões de origem cristã consideram o espiritismo e as religiões de matriz africana como ligadas ao “demônio”, faz-se necessário buscar brevemente entender o que seria o “demônio” para o cristianismo, segundo a Bíblia.

Neste trabalho utilizam-se os termos “demônio, satanás, diabo” como sinônimos. O texto da Bíblia, livro sagrado para os cristãos, fala que: “até mesmo aos espíritos impuros dá ordens, e eles obedecem!” (BÍBLIA..., 2003, MC 1, 27b); “chamou os doze discípulos e deu-lhes autoridade de expulsar os espíritos impuros” (BÍBLIA..., 2003, MT 10, 1ª); “Sede sóbrios e vigilantes! Eis que o vosso adversário, o diabo, os rodeia como um leão a rugir procurando a quem devorar” (BÍBLIA..., 2003, 1Pe, 5,8).

Segundo os trechos supracitados, a figura do “demônio” é associada como algo “impuro, adversário”. Desta forma, é possível afirmar que, ao comparar uma religião ao demônio, subentende-se que esta religião é impura, é adversária aos valores cristãos. Considerando que, segundo os cristãos, o demônio é aquilo que deve ser combatido, que deve ser erradicado da sociedade, é possível deduzir que o cristianismo prega que as religiões chamadas de espíritas devem ser combatidas? É importante frisar que não é a proposta deste trabalho julgar as doutrinas das religiões, mas sim, analisar as atitudes de alguns de seus praticantes. A partir disso, busca-se compreender o surgimento de uma aparente antinomia entre a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de crença, bem como o papel do Ministério Público no enfrentamento deste problema.

De que modo o Estado consegue assegurar o direito à liberdade de expressão sem que esta seja conflitante com a liberdade religiosa? Interpretando a Constituição através do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade e da dedução lógica.

3.1 O princípio da razoabilidade

Segundo Barroso, este princípio “é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos” (BARROSO, 2015, p. 255): o estadunidense, no devido processo legal; e do alemão, no princípio da proporcionalidade. Funciona com um critério de aferição da constitucionalidade de algumas leis, possui em si valores como racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários.

Pode-se dizer que o princípio de razoabilidade consiste em um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa. Entende-se por razoável tudo aquilo que é conforme a razão, o que não é arbitrário. Consiste em uma adequação entre o meio empregado e o fim pretendido.

Deve-se ter em vista também a necessidade ou a aplicabilidade da medida, devendo-se verificar a existência de meio menos gravoso para a obtenção do mesmo fim. Por fim, deve-se ainda considerar a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, devendo-se sempre ponderar entre o ônus imposto e o benefício obtido, a fim de aferir se a medida é válida. (BARROSO, 2015, p. 267).

Barroso afirma que este princípio é habitualmente utilizado para sanar aparentes antinomias entre dispositivos constitucionais, de modo especial as que tangem aos direitos humanos (BARROSO, 2015, p.268). Segue ele afirmando que este princípio é utilizado de modo estrito quando a matéria em disputa envolve temas como, entre outros, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa.

3.2 A dedução lógica

Muller, citando o Tribunal Constitucional Federal da República da Alemanha, diz que a norma deve ser interpretada de modo que esta possa ser aplicada na prática. Tal interpretação deve se dar “a partir do nexos sistemático da norma a partir de sua codificação ou do ordenamento jurídico global e, por fim, a partir do sentido e da finalidade, a partir da *ratio*”. (MÜLLER, 2005, p. 6).

Deste modo entende-se que a forma mais própria para a interpretação da norma constitucional se dá através do silogismo lógico, devendo-se identificar o conteúdo da norma. A interpretação deve ser feita ultrapassando a vontade objetiva da norma e buscando a vontade subjetiva do constituinte (MÜLLER, 2005, p. 6).

Assim, deve-se compreender o teor da norma como premissa maior. Em seguida, são submetidas às circunstâncias da vida como premissa menor e a decisão jurídica é obtida através de dedução lógica. Desta forma, o problema jurídico de interpretação de normas constitucionais é entendido como uma questão cognitiva. Servem também, de subsídio à interpretação da norma constitucional, quatro outros métodos:

“Ao objetivo da interpretação de identificar a vontade do legislador objetivada na lei servem as interpretações a partir do teor literal da norma (interpretação gramatical), a partir do seu nexos (interpretação sistemática), partir da sua finalidade (interpretação teleológica) e a partir dos materiais legais e da história genética (interpretação histórica). (MÜLLER, 2005, p. 7).”

Estes métodos de interpretação devem ser usados em conjunto a fim de se compreender a vontade do legislador, presente na norma constitucional. Esta vontade do legislador deve sempre ser levada em consideração com cautela, na medida em que ela pode ser identificada expressa na norma escrita. Não se deve, todavia, igualar a vontade subjetiva do legislador à sua vontade objetiva, expressa na norma.

3.3 A aplicação dos princípios à dicotomia entre liberdade de expressão e liberdade religiosa

O caso em voga trata-se de um aparente conflito entre direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira e balizados por convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. De um lado, o direito inalienável à liberdade de expressão; de outro, de igual envergadura, o direito à liberdade religiosa.

Por vezes, a título de fazer uso do direito à liberdade de expressão, denigre-se e difama-se outras religiões, em especial aquelas de matriz africana, simplesmente por não concordarem com suas doutrinas. A difusão desse pensamento faz brotar um sentimento de ódio contra essas religiões e seus adeptos, fazendo com que sejam vítimas de discriminação e intolerância religiosa.

Ao tratar aqui de intolerância religiosa, entende-se em seus diversos aspectos que intolerância religiosa vai desde a prática de agressão moral, verbal e até física contra outrem, unicamente em virtude da religião. Incluem-se aqui também os atos velados de discriminação religiosa, quando instituições religiosas ou seus adeptos são privados de seus direitos que são assegurados a todos os indivíduos, unicamente em virtude da religião professada.

A fim de solucionar esta antinomia aparente, deve-se utilizar a dedução lógica e o princípio de razoabilidade da interpretação da norma constitucional. O bem maior a ser tutelado pelo Estado é a vida, a dignidade da pessoa humana. Nestes termos, as normas têm que se coadunar de modo que a coisa mais importante a ser garantida deva ser a vida e a dignidade da pessoa humana.

Destarte, não pode haver uma liberdade de expressão que fomenta ideias que colocuem em risco a vida de outrem. Todas as pessoas têm o direito de se manifestar em favor ou contra determinada religião; entretanto, esta manifestação não pode, de forma alguma, direta ou indiretamente, colocar em risco a integridade ou a dignidade de outrem.

Como foi citado acima, Hayer pontua que liberdade e responsabilidade são indissociáveis. Então, aquele que se propõe a tecer comentários ou críticas contra outrem deve usar de bom senso e parcimônia, a fim de que seu direito não interfira no direito do outro.

O direito à liberdade de expressão não é absoluto, cessa onde começa outro direito, neste caso, o direito à liberdade religiosa. Não podendo harmonizar os dois direitos, deverá prevalecer um sobre o outro, tendo como norte a defesa da vida e da dignidade da pessoa humana.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO POSSIVEL AUXILIAR PARA SANAR AS ANTINOMIAS

Isso posto, será tecida breve análise quanto às atribuições do Ministério Público na resolução de conflito de normas de interesse difuso.

É relevante a análise do papel do Ministério Público, enquanto guardião da ordem jurídica, na resolução deste conflito de normas. Haja vista que, com a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), o Ministério Público ganha destaque como agente de promoção dos interesses difusos, ou seja, tem o Ministério Público o dever de defender o interesse coletivo. Atualmente, "ganhou o desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.1.141). Portanto, entende-se que é papel do Ministério Público buscar meios para assegurar o direito à liberdade religiosa, e, ao mesmo tempo assegurar o direito à liberdade de expressão.

A Constituição reconhece o Ministério Público como instituição de relevante importância, como uma das funções essenciais à justiça. Possuindo este, após a Constituição de 1988, poderes alargados, consiste em uma instituição com deveres de defesa dos interesses mais elevados da convivência social. O artigo 127 da Constituição o define como uma "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis".

O § 1º do artigo 127 elenca como princípios desta instituição "a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional". Por unidade entende-se que promotores e procuradores integrem um único órgão com

um único chefe. A unidade permite que estes possam ser substituídos uns pelos outros, sem assim comprometer o trabalho da instituição. A independência funcional assegura que, no que tange à sua atividade funcional, cada membro da instituição esteja vinculado unicamente à sua consciência e à observância fiel da legislação vigente, sem estar subordinado a interesses de terceiros.

As garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e de irredutibilidade de salários afastam dos membros do Ministério Público quaisquer coisas que possam inibir o livre exercício de suas funções. Essas garantias, ao mesmo tempo em que protegem os membros desta instituição, visam assegurar a autoridade que lhes é conferida pelo constituinte.

Dentre as competências do Ministério Público, destaca-se aqui o dever de zelar pelos interesses difusos e coletivos, conforme previsto no inciso II do artigo 129 da Constituição Federal. Entende-se que os interesses difusos são aqueles que ultrapassam a pessoa de um único indivíduo e devem atingir a coletividade, ou seja, são metaindividuais. É, portanto, dever do Ministério Público assegurar a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, por serem estes direitos de todos os indivíduos.

Desta forma, é atribuição do Ministério Público buscar formas para garantir que os indivíduos possam exercer sua liberdade de expressão e sua liberdade religiosa. Considerando que, por vezes, como se observou anteriormente, ocorrem conflitos entre estas normas, cabe ao Ministério Público utilizar-se de todas as ferramentas que lhe forem acessíveis a fim de buscar sanar esta aparente antinomia e assegurar que ambas as garantias sejam exercidas em harmonia.

5 CONCLUSÃO

O Texto Magno busca assegurar direitos fundamentais ao indivíduo. Entre estes direitos, estão as liberdades, que devem sempre ser exercidas com responsabilidade. Dentre estas liberdades está a de expressão, que consiste no direito de manifestar seu pensamento. Esse direito constitucional está fundamentado também nas convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Igual importância possui a garantia à liberdade religiosa. Esta assegura ao indivíduo o direito de escolher qual credo deseja professar e lhe permite exercer a prática de sua crença sem qualquer intervenção do Estado.

Por vezes, o exercício da liberdade de expressão entra em confronto com a liberdade religiosa, quando, por exemplo, utiliza-se da liberdade de expressão para denegrir alguma religião. Por vezes, estas manifestações acabam por disseminar uma ideia de ódio a religiões diferentes. Este discurso de ódio muitas vezes se converte em atos concretos de intolerância.

Este aparente conflito de normas encontra solução ao ser interpretado através da dedução lógica e do princípio de razoabilidade. Deve-se interpretar estes dispositivos constitucionais de modo que o bem mais importante seja a garantia da vida e da dignidade da pessoa humana. Desta forma, pode-se exercer a liberdade de expressão com responsabilidade, de modo que a manifestação do pensamento de um indivíduo não ofereça risco à vida ou à dignidade de outrem.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BÍBLIA de Jerusalém. São Paulo: Paulus, 2003.

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

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acessado em: 27 jan. 2018.

CATECISMO da Igreja Católica. São Paulo: Loyola, 2000.

CONVENÇÃO Americana sobre os Direitos Humanos. 1969. Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

GANDRA, Alana. Casos de intolerância religiosa sobem 56% no estado do Rio. **Empresa Brasil de Comunicação**, Rio de Janeiro, 8 maio 2018. Agência Brasil, Direitos Humanos. Disponível em: <<http://agenciabrasil>.

ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-05/casos-de-intolerancia-religiosa-sobem-56-no-estado-do-rio>. Acesso em: 7 nov. 2018.

GARVEY, John H.; SCHAUER, Frederick. **The first amendment: a reader**. St. Paul: West Publishing Co., 1996.

HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. México: UNAM, 2001.

HAYER, Friedrich August. **Os Fundamentos da liberdade**. [S.l.]: Editora visão, 1983.

KITTO, H. D. F. **Os gregos**. Coimbra: Armério amado, editor, sucessor, 1970.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ONU. **Declaração Internacional de Chapultepec**. 1994. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-nao-Inseridos-nas-Deliberacoes-da-ONU/declaracao-de-chapultepec-1994.html>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S.l.: s.n.], 2009. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BREVE ANÁLISE DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ CRIMINAL BRASILEIRO SOB A ÉGIDE DO SISTEMA ACUSATÓRIO

BRIEF ANALYSIS OF THE PROBATION INSTRUCTION OF THE BRAZILIAN CRIMINAL JUDGE UNDER THE EGIS OF THE ACCUSATORY SYSTEM

Ana Luiza Policani Freitasⁱ

Resumo: O presente trabalho traz uma análise do juiz criminal brasileiro no curso da instrução probatória e sua atuação instrutória sob a égide do sistema penal acusatório, com uma leitura constitucional adotada no País após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Será exposto o sistema penal acusatório, inquisitório e misto assim como as controvérsias doutrinárias em relação ao seu núcleo fundante com base na gestão da prova. A seguir, será abordada a questão da prova no sistema acusatório, assim como sua concepção dos ditames deste sistema, as funções conferidas ao magistrado na fase da instrução probatória e a problemática do cabimento dos poderes instrutórios do juiz e os princípios relacionados à gestão da prova. Insta destacar a impossibilidade de atribuição da iniciativa instrutória para o magistrado no sistema acusatório, favorecendo o Ministério Público que é um órgão competente e estruturado que possui o ônus da acusação, e a Defesa, apesar de não possuir a mesma “paridade de armas” do *Parquet*. No entanto, a Magna Carta brasileira que consagra tal sistema, por força da sua supremacia conforme a hierarquia das leis, deve ser respeitada junto à legislação processual penal atinente à atuação instrutória do juiz, isto é, assegurando os direitos e garantias fundamentais do acusado.

ⁱ Advogada, membro da ANACRIM-RJ, atuante na área Criminal e Cível. Pós Graduanda em Direito Internacional, Pós Graduada em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes.

Palavras-chave: Sistemas Processuais. Sistema Acusatório. Atuação do Juiz Criminal. Instrução Probatória. Resquícios Inquisitórios.

Abstract: This work brings an analysis of the Brazilian Criminal Judge in the course of evidential instruction and its instructor action under the accusatory criminal system with constitutional understanding adopted in the country after the promulgation of the civil constitution of 1988. The Accusatory, Inquisitorial and mixed Criminal Systems will be demonstrated as the doctrinal controversies related to their core with basis on evidence management. Following, the subject of evidence in the accusatory system will be addressed, as its conception under the rules in this system, the roles given to the magistrate during the evidence production phase and the problems arisen from allowing the judge to produce them and the principles related to evidence management. It is important to mention that it is the Prosecutor's Office role to gather evidence and not the magistrate's, since the defense has no "Equality of arms" when it comes to gathering evidence. However, the Brazilian Magna Carta, which includes such system, must be respected together with the criminal law procedures under the judge's tutelage due its supremacy in the hierarchy of laws, safekeeping the defendant's fundamental rights.

Keywords: Procedural Systems. Accusatory System. Proceedings of the Criminal Judge. Probatorio Instruction. Inquisitorial Requests.

1 INTRODUÇÃO

O Processo Penal Brasileiro adotou o sistema acusatório como efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Constituição Federal como da Tutela Jurisdicional (art. 5º, XXXV), do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV), também conhecido como "regras do jogo", da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), Da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), Do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput* e I), Da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), Da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII).

Entretanto, há discussão doutrinária no que tange à sua limitação, classificando o sistema brasileiro contemporâneo como sistema misto,

por conter uma fase preliminar secreta (fase pré-processual no inquérito policial), não garantindo por exemplo o contraditório e ampla defesa, característicos de um sistema inquisitório e acusatório na fase processual.

Alguns defendem que o sistema apenas possui resquícios inquisitivos, sendo o mais evidente o art. 156 do CPP, o qual prevê os poderes instrutórios do juiz.

Neste contexto, podemos verificar na atual realidade social brasileira a crise política e financeira, o aumento da criminalidade, o clamor pela punição e a publicidade dos atos instrutórios na qual o magistrado atua no curso do processo penal, em que é deduzida pretensão condenatória, diligenciando a busca do material probatório. Esse é o exemplo do que está ocorrendo com a atual Operação Lava-Jato.

Ao longo deste trabalho, analisaremos a atuação do juiz no curso da instrução probatória do processo penal brasileiro (sua atuação instrutória) sob a égide do sistema acusatório, a fim de averiguar a eventual compatibilidade entre tal sistema e a outorga de poderes instrutórios ao juiz e seu aspecto inquisitório.

2 DO SISTEMA PENAL INQUISITÓRIO, ACUSATÓRIO E MISTO

A noção de sistema processual é conceituada pela doutrina como um conjunto de princípios e regras constitucionais, com respaldo no momento político de cada estado. Tais sistemas têm por objeto estabelecer parâmetros a serem seguidos para a aplicação do Direito Penal a cada caso concreto. O Estado, como detentor do poder, deve efetivar a aplicação mediante processo que, via de regra, possui duas formas: inquisitiva ou acusatória. No Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é considerado uma garantia do cidadão contra o poder estatal; já no Estado totalitário há supressão de direitos e garantias individuais, que é onde o sistema inquisitivo encontra respaldo.

Vale observar que, com a variação histórica do processo penal ao longo da história, sua estrutura serve como parâmetro de elementos autoritários ou democráticos da Constituição vigente.

Desde a Grécia e Roma até os dias atuais, verifica-se o surgimento de três tipos de sistemas processuais: inquisitivo, acusatório e misto, os quais não se desenvolveram de forma contínua. Na Roma antiga e na Grécia já era utilizado o sistema acusatório, predominando até o século XII, sendo posteriormente substituído pelo inquisitorial que prevaleceu até o

final do século XVIII, onde predominava o absolutismo. Essa mudança ocorreu devido ao conjunto sociopolítico vigente em cada época e lugar. Interessante ressaltar que esses tipos de sistemas foram utilizados em um mesmo momento histórico. Hoje há quem defenda que ainda existem ambas as formas de sistemas processuais, apesar da incompatibilidade do sistema inquisitorial com os direitos e garantias individuais dos cidadãos, que no Direito Brasileiro se inspirou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (Revolução Francesa) que, consagrados no âmbito da Carta Magna, são nomeados de direitos fundamentais. De acordo com Rogerio Greco (2016), a doutrina internacionalista reza que os direitos humanos são aqueles inerentes a toda pessoa humana e são vinculados ao jusnaturalismo. Quando tais direitos são positivados em âmbito internacional são denominados "Direitos do Homem". Se no âmbito interno consagrados por uma Constituição são chamados de "Direitos Fundamentais".

Por isso, o estudo histórico e teórico dos três sistemas possui grande importância para a determinação dos limites da atuação instrutória do juiz criminal, razão pela qual passaremos a analisá-los nos itens subsequentes.

2.1 Do sistema inquisitório

Em sua origem, o sistema inquisitório caracteriza-se pela concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos do juiz inquisidor inexistindo, portanto, a imparcialidade. Em virtude desta centralização de poderes é que tal sistema, historicamente, esteve associado a estruturas políticas igualmente centralizadas dos estados absolutistas, aperfeiçoando-se no Direito Canônico.

Nessas ordens políticas, em nome do Estado soberano, se minimizam ou ignoram os mais elementares direitos do acusado, o que denota o motivo por que o imputado é visto não como sujeito, mas como mero objeto da inquisição. O magistrado era o centro do processo, atuando como órgão que investiga e que julga, não dependendo das provas trazidas aos autos pelas partes, utilizando, tão somente, sua livre convicção.

Os primeiros traços inquisitórios ocorreram na monarquia romana, quando vigorava o procedimento da *cognitio*, no qual não havia limita-

ções ao poder do magistrado para utilizar sua livre convicção. Durante o Império Romano, o processo inquisitório desenvolveu-se em caráter subsidiário ao acusatório sob a forma da *cognitio extra ordinem*, com os procedimentos de ofício para os delitos públicos, neles incluídos os crimes de lesa majestade, em que a parte ofendida se identificava com o Estado Soberano, portanto, classificado como um crime mais grave com punição de execução.

O apogeu do sistema inquisitório ocorreu no período canônico durante a Idade Média, com a chamado Tribunal da Santa Inquisição, ou Santo Ofício, quando se instituiu a prática de controle severo das doutrinas heréticas – assim denominadas todas aquelas que afrontassem ou colocassem em dúvida os mandamentos da Igreja Católica, conforme previa um dos principais documentos, na época o Manual dos Inquisidores, redigido, em 1376, pelo dominicano Nicolau Eymerich, e revisto e ampliado por Francisco de la Peña em 1578. A doutrina inquisitorial era uma verdade, uma verdade absoluta que não podia ser contestada. Os indivíduos que a questionassem eram considerados hereges que, de acordo com Beccaria (2015), os crimes de lesa majestade foram postos na classe dos grandes crimes, porque são mais prejudiciais à sociedade.

A gravidade atribuída ao delito de heresia era motivo para o julgador (juiz-ator), frente a um fato típico, proceder e perquirir a prova de ofício, dando origem ao processo por investigação, bastando para sua instauração a existência de boatos (alguém disse ou fez algo contra a Fé) ou numa denúncia *ex officio*, ambas de forma secreta, escritas sem admitir contraditório e ampla defesa. Neste processo instaurado, há uma relação linear entre juiz e réu, que passa a ser mero objeto de investigação.

A heresia era um crime que se escondia na alma do réu e sua prova era obtida pela confissão, utilizada pela Igreja representando tanto expiação do pecado, como o reconhecimento de seu poder de autoridade, razão pela qual, no sistema da prova tarifada característico do modelo inquisitório, ela era tida como a rainha das provas, sendo suficiente para a condenação.

Caso o réu não confessasse, utilizava-se da tortura no corpo físico do acusado, o qual era objeto do suplício em nome das ordálias, que, segundo Foucault, eram os “juízos de Deus”, diante dos quais o acusado pela prática de um crime era submetido a torturas como, por exemplo, a simulação de afogamento, a roda, a tenaz de ferro candente e, se não sobrevivesse, “Deus não estaria com ele”. Com isso era convencido da culpa,

pois Deus não o livraria da morte” além da prisão cautelar. Se condenado, o réu era levado a praça pública onde era lida sua sentença condenatória e, após, o carrasco, ou iniciava o “espetáculo” no qual o condenado era queimado vivo, esquartejado por cavalos amarrados em cada um de seus membros e puxados para os quatro cantos, enforcamento ou a roda entre os mais conhecidos.

O sistema inquisitório predominou na Europa até o final do século XVIII (combatido pelas ideias iluministas) e erradicado no início do século XIX em que os Tribunais do Santo Ofício foram definitivamente abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), priorizando o Estado laico, momento que houve a Revolução Francesa com a sua consequente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), valorizando o ser humano e sua dignidade, removendo as características de modelo inquisitório e abolicionista.

2.2 Do sistema acusatório

O sistema penal acusatório se originou na Grécia antiga, onde, nos delitos “públicos” era facultado ao ofendido ou a qualquer cidadão do povo convocar o Tribunal, ao qual não cabia qualquer busca de elementos de convicção, competindo exclusivamente às partes a prova de suas alegações.

Posteriormente, se desenvolveu na República Romana (*accusatio*), onde ninguém podia ser levado a juízo sem uma acusação (*nemo in iudicium tradetur sine accusatione*). Nesse sistema, predominava a ideia do contraditório, na qual, era vedada qualquer iniciativa instrutória ao juiz. Predominavam a publicidade e a oralidade, e a absolvição acarretava sanção contra o acusador que agisse de forma temerária ou caluniosa.

Com a centralização da soberania na figura do Imperador, o sistema acusatório se mostrou insuficiente à coibição dos delitos, além de ocasionar, com frequência, os inconvenientes de uma persecução inspirada pela vingança. Por tal razão, os magistrados foram ampliando suas atribuições, inclusive aquelas antes reservadas aos particulares, até cumular em um mesmo órgão do Estado as funções de acusar e julgar.

Com isso, prevaleceu o modelo processual que permitia a iniciativa de qualquer cidadão (*accusatio*), prevalecendo por muito tempo o procedimento penal de ofício, que perdurou até o período de Diocleciano (Imperador Caio Aurélio Valério Diócles Diocleciano).

Após a queda do Império Romano, o sistema acusatório ressurgiu com base no antigo processo penal germânico, confundindo-se, nas primeiras jurisdições bárbaras, com os ritos das ordálias e dos duelos judiciais, além de consolidar-se, no mundo anglo-saxão, com o *adversary system*.

Tal sistema é o ideal almejado por todos os Estados Democráticos de Direito, atentando-se para a imparcialidade do julgador, eficácia do contraditório e do respeito às regras do Devido Processo Legal (regras do jogo) sob a luz da Constituição. Possui como característica a separação entre juiz e partes, devendo, assim, se manter ao longo do processo, para garantir a imparcialidade do magistrado que obtenha sua posição fundada no *ne procedat iudex ex officio*, além de garantir que a gestão das provas esteja nas mãos das partes (juiz-espectador) e a efetivação do contraditório.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2014, p. 453), defende que entre todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório “o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação”.

No que tange à produção de provas, Aury Lopes Jr. (2017, p. 44) salienta que é incompatível com o sistema acusatório, também violando o contraditório e fulminando a imparcialidade, destacando as práticas de atos probatórios previstas no art. 156 do CPP e dos atos instrutórios, como por exemplo, a decretação de ofício da prisão preventiva (art. 311 do CPP), da busca e apreensão (art. 242 do CPP), a condenação do acusado sem pedido do Ministério Público, violando o princípio da correlação (art. 385 do CPP).

Não obstante, cabe ao Ministério Público (art. 129 da CF), que é órgão acusatório público oficial e independente do Judiciário, o ônus de acusar e assim produzir as provas em cada caso concreto, com fito de manter a separação entre as funções de acusar e julgar ao longo de todo o processo, mantendo as regras do devido processo legal, da garantia do juiz natural e do contraditório (art. 5º, LV, da CF).

Finalizando a análise desse sistema, não pode ser esquecida a figura do acusado, que, no processo acusatório, é considerado sujeito de direitos, fazendo jus à possibilidade de resistir à acusação, razão pela qual impera o princípio do contraditório, previsto na Carta Magna. Logo, a defesa deve possuir a mesma paridade conferida ao Ministério Público, com iguais oportunidades no processo. Como garantia do acusado, o princípio

da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), motivo pelo qual a liberdade do acusado no curso do processo é a regra geral e a prisão, exceção. Na valoração das provas, domina o sistema do livre convencimento, não havendo mais hierarquia entre aquelas (antes da reforma de 2008, havia hierarquia entre as provas).

2.3 Do sistema misto

Após as ideias iluministas do século XVIII, que criticavam o sistema absolutista e suas atrocidades e a eclosão da Revolução Francesa de 1789, objetivava-se um sistema processual acusatório aderindo formas semelhantes às desenvolvidas na Roma Imperial e na Inglaterra.

Entretanto, o ideal revolucionário conflitou com tradições culturais inquisitórias fixadas há séculos, que, ao longo do tempo, os diplomas legais revolucionários foram substituídos por outros, que mantiveram características do sistema inquisitório, mescladas com outras típicas do acusatório, dando origem ao sistema misto, também chamado de reformado ou napoleônico.

O sistema misto foi consagrado pelo Código de Instrução Criminal francês de 1808 (*Code d'Instruction Criminelle*), ou Código Napoleônico, durante o império de Napoleão Bonaparte (1799 -1815) que, durante o seu auge, no século XIX, foi difundido nas demais legislações europeias, que, com sua expansão, dominava quase toda a Europa Ocidental.

Tal sistema caracteriza-se pela divisão do processo em duas fases: a fase pré-processual de caráter inquisitório e a fase processual de caráter acusatório na qual o Ministério Público possui o ônus de acusar.

Tal sistema possui duras críticas em relação a impossibilidade de classificação de sua estrutura como um verdadeiro sistema por haver um reducionismo, pois todos os sistemas são mistos, visto que os modelos puros são apenas modelos históricos.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2017) aduz que, por todos os sistemas serem mistos, se faz necessário analisar qual seu fundamento (núcleo fundante) para definir o predomínio de sua estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se seu princípio formador é inquisitivo – gestão das provas nas mãos do magistrado ou acusatório – cabendo às partes posicionamento ao qual este trabalho se filiará.

3 DA GESTÃO DA PROVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO

A prova é conceituada como toda tentativa de se atrelar à exatidão dos fatos passados, cuja finalidade é demonstrar a “verdade” (suposta verdade real) para convencer o juiz, sob o crivo do contraditório.

Para Luigi Ferrajoli (2014, p. 44), “a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a expressão de um ideal inalcançável”, deduzindo que a ideia “de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica.”

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira, em seu Curso de Processo Penal (2005, p. 281-282), reza que a verdade real, além de ser inadequada, “pois que esta diz respeito à realidade do já ocorrido, à realidade histórica”, também “pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indelévels no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média”.

Nessa busca da verdade real, houve a disseminação de uma “cultura inquisitiva”, na qual as mais diversas práticas probatórias tirânicas e desumanas foram legitimadas “pela nobreza de seus propósitos: a verdade”, sendo esta uma verdade absoluta, conforme o Manual dos Inquisidores. Com isso, deixava-se a gestão da prova a cargo do magistrado (juiz-ator/inquisidor), que podia buscar o material probatório de acordo com sua vontade.

Por isso, a verdade real existente no processo não passa de algo inalcançável e inatingível e é um dos resquícios da inquisitorialidade mantida como instrumento de dominação e legitimação a justificar qualquer procedimento, inclusive no processo penal contemporâneo, que aplica os postulados do sistema acusatório.

Ferrajoli (2014) aduz que a verdade perseguida no sistema penal acusatório trata-se de uma verdade formal, a qual deve ser adquirida, como qualquer pesquisa empírica, “através do procedimento por prova e erro”, de forma que a principal garantia de sua consecução é “confiada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo”. Dessa maneira, a verdade formal “não pretende ser a verdade”, não sendo obtida através de procedimentos inquisitivos alheios ao processo, respeitando todas as garantias da defesa, tratando-se, portanto,

de uma verdade processual aproximada, contingente e relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se falam, de modo que, sempre, quando se afirma 'a verdade' de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são verdadeiras pelo que sabemos sobre elas.

Vale observar que o obstáculo temporal é um fator prejudicial para a concepção da verdade, pois está consolidado que o crime é um fato histórico no qual a reconstituição se baseia nos signos do suposto fato (passado) previsto na memória do narrador (autor, réu, testemunha ou vítima), podendo inclusive ser preenchido por experiências verdadeiras, mas decorrentes de outros fatos, ou até mesmo de sua própria fantasia ou imaginação.

No que tange ao convencimento, Aury Lopes Jr. (2017) apregoa que "as provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz", em que as partes trabalham a persuasão, a captura psíquica do magistrado, com a finalidade de mantê-lo "em crença". Durante o processo, o juiz constrói a sua versão do delito, motivo pelo qual a sentença por ele proferida ao final nada mais é do que um ato de crença, de fé, não tendo, portanto, a função de revelar a verdade, e esta é incerta, e não fundante. Assim, a legitimidade do poder contido na sentença decorre da observância das regras do devido processo penal ao longo do ritual judiciário. Nesse sentido, o importante é o convencimento formado a partir do que fora ingressado legalmente no processo (regido pelo sistema acusatório), devidamente legitimado na motivação da sentença.

Diante do exposto, concluímos que o processo penal possui uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas legalmente inseridas no processo, podem-se criar condições para uma atividade recognitiva do magistrado acerca de um fato passado, com finalidade de convencê-lo e, em decorrência do conhecimento deste fato, será externado na sentença, levando o réu à condenação ou à absolvição.

3.1 Da instrução probatória

Vimos ao longo do processo que a atividade do magistrado é recognitiva na qual a prova inserida integra a construção do convencimento

que será legitimado na sentença. Entre o conhecimento do magistrado (*cognitio*) do caso concreto e a sentença que expõe seu convencimento, há a chamada instrução probatória, que é o conjunto **de atos que têm por objeto recolher as provas em que deve ser decidido o litígio.**

A instrução probatória se subdivide em quatro momentos da prova: propositura (postulação), admissão, produção e valoração. O primeiro momento refere-se à postulação das provas pelas partes, seguindo-se do exame de admissão pelo juiz, que deve verificar a pertinência e a relevância das diligências requeridas. Após, ocorre a produção das provas, à qual é facultado às partes participar e assistir, em observância ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF), e, por fim, a valoração daquelas que se encontram na sentença.

Todavia, não pode ser confundida a atuação instrutória do juiz com a iniciativa instrutória. A primeira se refere que o órgão judicial é sujeito indispensável à instrução e, além de ser o responsável pela avaliação do material nela colhido, também tem a função de impedir quaisquer violações aos direitos e garantias fundamentais, por se tratar de um limite intransponível à função recognitiva do processo. Já a segunda trata-se, segundo a doutrina, de uma faculdade do juiz buscar o material probatório de ofício, conforme prevê a parte final do art. 156 do CPP, em caso de diligências não requeridas pelas partes no momento da postulação.

Devido a esta previsão legal, há controvérsia em relação a tal possibilidade no que tange à gestão da prova no sistema acusatório, que debateremos a seguir.

3.2 Da questão dos poderes instrutórios do juiz e os princípios processuais penais norteadores da gestão da prova

Tendo a gestão da prova como fundamento do sistema processual penal em análise, não resta dúvidas de que a atribuição de uma ampla e irrestrita iniciativa instrutória ao juiz, prevista no art. 156 do CPP, é incompatível com o sistema acusatório. Entretanto, há quem defenda o cabimento limitado (ou subsidiário) dos poderes instrutórios ao magistrado em contraposição aos que entendem que a produção probatória de ofício confere ao juiz a posição de gestor da prova, condição impensável em tal sistema.

Os defensores dos poderes instrutórios do juiz alegam que há uma vinculação entre a produção probatória oficial com objetivo de promover

a igualdade substancial entre os litigantes, que seria viabilizada pelo comportamento mais atuante do juiz ao longo da marcha processual. Outro argumento desta corrente é o de que a iniciativa instrutória não afetaria a imparcialidade, uma vez que o magistrado, ao empreender as diligências que entenda necessárias à elucidação da causa, não conhece, de antemão, o resultado da prova a ser produzida, assim como qual das partes será beneficiada. Ademais, os poderes instrutórios do juiz justificariam e atuariam em razão do interesse público envolvido nas demandas penais, o que impede o magistrado de se contentar com eventual deficiência da atuação instrutória desenvolvida pelos sujeitos parciais (acusação e defesa), podendo se empenhar, com o fim de chegar o mais próximo possível da “verdade” da conduta criminosa elencada no caso concreto.

Em sentido oposto, estão os doutrinadores que repelem tal ideia, equiparando-a como uma característica inquisitória especialmente quando se trata da busca por uma verdade absoluta que autoriza o magistrado a ultrapassar as restrições formais que o diferenciam das partes, atuando exaustivamente na instrução, acumulando a função de julgar e perquirir (juiz-ator) quebrando a imparcialidade e ofendendo as garantias constitucionais.

Nesse sentido, argumenta-se que a determinação probatória *ex officio* ocorre quando o magistrado não está convencido, hipótese em que a solução imperativa seria a absolvição do réu, de sorte que tal conduta desrespeitaria a imparcialidade, criando um desequilíbrio entre as partes.

Insta observar que a divergência de ideias referentes aos poderes instrutórios do magistrado estão relacionados com cinco princípios processuais, cuja análise será imprescindível para o esclarecimento dos contornos da gestão da prova no sistema acusatório. São eles: o princípio acusatório, a presunção de inocência (art. 5º, VII, CF), o *in dubio pro reo* (art. 5º, LVII, CF), a imparcialidade judicial e o polêmico *in dubio pro societate*, os quais veremos a seguir.

3.3 Do princípio acusatório

Podemos dizer que o princípio acusatório é um princípio informador do sistema acusatório, além de ser um dos pilares do Estado Democrático de Direito, garantindo a aplicação da ampla defesa e do contraditório no processo criminal.

Em se tratando da identificação da gestão da prova como núcleo fundante do sistema penal acusatório, faz-se mister examinar as limitações impostas pelo princípio acusatório aos poderes instrutórios do juiz no sistema por ele informado.

Tal princípio se originou do “*principio actorio*” que no Direito antigo relacionava-se à impossibilidade da iniciação do procedimento e do recolhimento do material processual de ofício pelo tribunal criminal.

Atualmente, o princípio acusatório compreende contornos similares que, na lição de Geraldo Prado, diz: “o princípio acusatório repercute no estatuto judicial, conferindo ao magistrado reserva da função jurisdicional” (PRADO, 2001, p. 141).

Dessa forma, o papel do juiz é de um espectador, com postura imparcial na valoração dos fatos, sendo vedada a iniciativa probatória do órgão jurisdicional, impondo a este uma equidistância das partes, competindo ao Ministério Público (art. 129 da CF), órgão estruturado e organizado, o ônus integral e exclusivo de comprovar a tese acusatória com o fim de vencer a presunção de inocência já que, do contrário, via de regra, acarretará a absolvição.

Portanto, concluímos que o magistrado que ordena a produção de material probatório não suscitado nos autos não se detém, apenas, na sua atividade de julgamento, mas, ao contrário, invade o espaço destinado às partes, às quais cabem a tarefa de requerer as provas necessárias. Ademais, o juiz que procede às diligências instrutórias não requeridas pelas partes abandona a posição de afastamento determinada pelo princípio acusatório, extrapolando os limites da reserva da função jurisdicional.

3.4 Do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reu*

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal é compreendido como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou acusado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.

Como a exposição de motivos do nosso Código de Processo Penal venera o Código Rocco de 1930, elaborado por Vincenzo Manzini, importante destacar que, para o jurista italiano, tal princípio era considerado uma absurda ideia do empirismo francês, estabelecendo a equiparação entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade. Por isso, o Codex italiano não consagrou o princípio da presunção de inocência, por considerá-lo um excesso de garantismo e individualismo.

Por se tratar de um princípio reitor do processo penal, deve ser interpretado à luz da Constituição de 88, a qual o traz no rol de seus direitos e garantias fundamentais.

A essa presunção é atribuído duplo significado – o de dever de tratamento do imputado e o de regra de julgamento. A primeira atua em duas dimensões: a interna que exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade da pessoa, utilizando as medidas cautelares, se necessário, e a externa que impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado. No que tange à segunda, à qual nos filiaremos, a presunção de inocência impõe que a absolvição seja critério sensato quando houver dúvida judicial, mediante o *in dubio pro reo*, expressando que, na dúvida, deve o juiz absolver o acusado. Ambos os princípios são aludidos pelo critério do *favor rei*, que consagra a limitação do modelo de Direito Penal Mínimo através da certeza e da razão.

Com isso, quando o imputado é presumidamente inocente, está desobrigado de produzir provas, uma vez que existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador sem que o réu ou o juiz tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução, conforme Aury Lopes Jr (2017, p. 355). Trata-se, portanto, do direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), previsto expressamente no art. 8º, § 2º, “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica com *status* de norma supralegal no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale destacar que no processo penal o Ministério Público possui o ônus substancial da prova, ou seja, deve provar a presença de todos os elementos de fato sobre os quais se funda a pretensão punitiva e também a inexistência de qualquer elemento que obste o surgimento dessa mesma pretensão, não havendo o que se falar em repartição do ônus de prova, já que a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, conforme o art. 156, 1ª parte do CPP, o qual deve ser lido em consonância com a garantia constitucional da inocência prevista na Magna Carta.

Ademais, ao réu será atribuído o benefício da dúvida, porque a existência desta, quando da prolação da sentença, revela que a acusação não logrou convencer o órgão jurisdicional de que o acusado praticou uma infração penal (fato típico, ilícito e culpável), não se liberando de sua carga probatória. Neste sentido, leciona Luigi Ferrajoli:

“...se a acusação tem o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contraditar com contra-hi-

póteses e contraprovas, o juiz, cujos hábitos profissionais são a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de ensaiar todas as hipóteses, aceitando a acusatória só se estiver provada e não a aceitando, conforme o critério pragmático do *favor rei*, não só se resultar desmentida, mas também se não forem desmentidas todas as hipóteses em conflito com ela” (FERRAJOLI, 2014, p. 122).

Portanto, via de regra, a incumbência da acusação não se restringe à demonstração dos fatos alegados contra o réu, sendo necessário que a prova apresentada seja convicta acerca da autoria e materialidade da infração, e, em caso de ausência de provas, assim como dúvida pelas provas produzidas no processo, o magistrado deve optar pela absolvição e não diligenciar na obtenção de novas provas como reza a segunda parte do *caput* do art. 156 do CPP. Nesse contexto, os poderes instrutórios do juiz só favorecem a acusação, destacando que, para a absolvição, não há a necessidade de qualquer prova. Assim, destaca-se que, no sistema acusatório, o imputado é considerado sujeito de direitos, fazendo jus à garantia constitucional da presunção de inocência, mostrando-se inadmissível a iniciativa probatória judicial.

3.5 Do princípio da imparcialidade do juiz

A imparcialidade é considerada uma condição *sine qua non* da função jurisdicional, em outras palavras, é o princípio supremo do processo, correspondendo à posição de terceiro que o Estado-Juiz atuante como órgão supraordenado às partes.

No que tange ao âmbito criminal, a imparcialidade possui correlação com o sistema acusatório, haja vista que tal sistema exige tanto a separação das funções acusatória e decisória com uma posição equidistante do magistrado em relação às partes, como em relação à atividade probatória.

Consoante o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual consagrou que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgar (esse entendimento enfrenta os resquícios inquisitórios do sistema acusatório, tendo como destaque os casos *Piersak* (01/10/82) e *De Cubber* (26/10/84)). A imparcialidade pode ser subdividida em duas categorias: subjetiva e objetiva. A primeira trata de uma convicção pessoal do juiz diante de um caso específico, isto é, uma con-

vicção presumida (pré-juízo), até demonstração em sentido contrário. Já a segunda é concernente à necessidade de existência de garantias hábeis a dissipar qualquer dúvida razoável acerca da imparcialidade do magistrado ao longo do processo. Em análise às duas categorias, insta destacar que não basta ao juiz estar subjetivamente protegido, sendo necessário também se encontrar numa situação objetiva (imparcial), porquanto a inobservância de qualquer destes aspectos acarreta “a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições”, de acordo com a doutrina de Aury Lopes Jr. (2017, p. 65).

Em relação à diferenciação exposta, a Corte Europeia reconheceu que a concentração desta dupla função (investigar e decidir) viola as perspectivas de que o acusado seja submetido a um juiz objetivamente imparcial, ferindo o dispositivo 6.1 da Convenção Europeia para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (1950), e reza sobre a garantia da imparcialidade do juiz.

Seguindo o entendimento do TEDH, o Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença 145/88, aduziu que o juiz que conduziu a instrução preliminar não poderia julgar, pois violaria a imparcialidade objetiva, isto é, aquela que deriva do objeto do processo, pois o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos poderia provocar no ânimo do juiz-instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou contra do imputado, influenciando-o na elaboração da sentença.

Apesar das decisões se referirem à fase da investigação preliminar judicial, a qual não existe no Brasil, onde, via de regra, a investigação preliminar é presidida por uma autoridade policial, esta lógica é aplicável à instrução processual, visto que tanto os poderes investigatórios exercidos na fase pré-processual, como os poderes instrutórios desenvolvidos no processo afrontam a imparcialidade do juiz. Mais uma vez destacamos, como exemplo, o artigo 156 do CPP, que trata de um resquício inquisitório em nosso ordenamento.

Importante analisar que o argumento de que o juiz pode proceder a diligências instrutórias de ofício no âmbito criminal violaria o princípio da presunção de inocência, consubstanciada no princípio do *in dubio pro reo*, o qual determina a absolvição do acusado em caso de dúvida judicial, o que é inadmissível em um sistema acusatório.

Diante do exposto, verifica-se que a figura do juiz-ator (juiz-gestor da prova) reflete um resquício inquisitório no sistema acusatório brasileiro no qual o magistrado deveria se limitar às funções de garantidor e de destinatário da instrução, sendo-lhe absolutamente vedada qualquer iniciativa probatória.

Para tanto, faz-se mister analisar as disposições do Código de Processo Penal atinentes à atuação instrutória do juiz, as quais deverão ser confrontadas com os preceitos constitucionais, com o fim de demonstrar a incompatibilidade entre os dois diplomas legislativos e as graves consequências daí advindas.

3.6 Do polêmico “princípio in dubio pro societate”

Mediante a atual realidade do País, podemos observar que o princípio da presunção da inocência vem perdendo prestígio em nossos tribunais, principalmente na atuação do *Parquet*.

No sistema acusatório, as funções se dividem entre acusador e juiz em todas as fases processuais, acarretando um efeito positivo a fim de evitar o decisionismo do magistrado, uma vez que no sistema inquisitorial ele está sempre na busca de uma verdade material, assumindo a função de inquisidor.

Como já fora abordado, o CPP ainda possui resquícios inquisitórios, possibilitando ao magistrado perseguir as provas que corroborem a acusação, de sorte que, assumindo a ideia inicial de que a denúncia é verdadeira, bastando encontrar os elementos probatórios que lhe permitam condenar. Busca-se, portanto, a culpabilidade do agente, e parte-se da premissa que ele não é inocente.

Devido ao aumento da violência e a influência midiática pela “campanha do medo”, o magistrado assume a função de dar uma resposta à sociedade que, por sua vez, não pode frustrá-la com uma não-condenação, pela qual será gerado um sentimento de descrédito, em relação às instâncias responsáveis pela persecução penal, principalmente, o Poder Judiciário. O juiz inquisidor, então, não hesita em cumprir o seu papel neste “jogo”, o de envidar todos os esforços para garantir uma condenação.

Nesta postura, a presunção de inocência é violada, uma vez que, se for colocada como um entrave à consecução da condenação, a presunção verdadeira é a de culpabilidade. O acusado em qualquer momento do processo é visto como inocente, aplicando-se a lógica do direito processual penal do inimigo, pautada na identificação de um *opositor* que deve ser perseguido pelo sistema inquisitorial até a sua condenação, opondo-se aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, também desaparece o princípio do *in dubio pro reo*, consequência lógica da aplicação do princípio da presunção de inocência, uma vez que se deve ter a certeza probatória para que haja a imposição da culpabilidade. Tem ocorrido uma superação do *status* de inocência inicial, que deveria impor, ante a dúvida acerca da existência da autoria e/ou materialidade do delito, uma interpretação e aplicação do direito favorável ao réu, não podendo a condenação se amparar em incertezas e dúvidas.

Insta destacar que o princípio do *in dubio pro societate* não possui previsão constitucional e nem autorização para nenhum outro dispositivo legal, sendo incompatível com a estrutura das cargas probatórias definidas pela presunção de inocência, isto é, o ônus da prova a cargo do Estado (órgão acusador) e não do investigado (não foi o que se viu por exemplo, no caso específico do julgamento pelo juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que condenou o ex-Presidente da República, o Sr. Luiz Inácio Lula da Silva).

Infelizmente, muitos tribunais brasileiros estão negando recursos de defesa e se recusam a refutar acusações frágeis e absolver réus, muitas vezes produzindo condenações injustas, acusações sem base e prisões em massa no curso do processo. Afirmar a aplicação desse "princípio" seria dizer que, havendo dúvida de autoria ou de materialidade sobre a inocência ou a condenação do acusado(a) pela prática de uma infração penal, a decisão deverá prevalecer "em favor da sociedade" gerando, assim, incerteza e insegurança jurídica.

Acerca de tal questão, oportuna a posição de Paulo Rangel que afirma:

"...o chamado princípio do *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação colocando uma pessoa no banco dos réus. (...). O Ministério Público como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal (RANGEL, 2002, p. 79)."

Em face do exposto, constata-se que o princípio do *in dubio pro societate* é inconstitucional, devendo a sentença condenatória remeter ao critério pragmático do *in dubio pro reo* para solução da incerteza processual, sendo, assim, compatível com o sistema acusatório adotado, respei-

tando o Estado Democrático de Direito e suas presunções constitucionais, em destaque, quanto ao sistema probatório.

4 DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E A ATUAÇÃO INSTRUTÓRIA DO MAGISTRADO

O Processo Penal Brasileiro iniciou-se no período da colonização no qual o País era regido pelas Organizações Afonsinas, mesmo regime inquisitorial vigente em Portugal, o qual possuía influência do Direito Romano e caráter religioso. Em 1514, foi revogado pelas Organizações Manuelinas nas quais o tipo e a quantidade de pena eram atos discricionários do magistrado. Esta foi revogada pelo Código Sebastião que reunia leis separadas e de difícil interpretação. Tal código teve curta aplicação, pois, em 1580, Portugal foi submetido por Felipe II de Castela.

Em 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, que foram substituídas mais à frente, em 1832, pelo Código de Processo Criminal do Império, implementando o sistema misto e napoleônico. Essa legislação refletia ainda o Direito Medieval, em que os ricos e poderosos gozavam de privilégios, podendo, com seu poder aquisitivo, salvarem-se das sanções penais, pois, no início do século XVI, quem recebia sentenças de morte eram principalmente índios, piratas, traficantes, hereges e invasores franceses – naquela época, a maioria da população podia ser encaixada em (pelo menos) uma dessas categorias.

Somente no período imperial, com a independência do Brasil diante de Portugal, após a outorga da Constituição de 1824, que surgiram ideais liberais substituindo as práticas do antigo sistema e organizando o Poder Judiciário do País.

Com a promulgação da Constituição de 1891 no Período Republicano, fora atribuída aos estados, a faculdade de legislar sobre o processo penal, medida que acabou prejudicando a aplicação da lei penal e o avanço do processo penal no País.

Após a promulgação da Constituição de 1934, foi restabelecida a unidade processual, passando somente à União a competência para legislar sobre o processo penal.

Em 10 de novembro de 1937, passou a vigorar no ordenamento pátrio a Constituição de 1937 também conhecida por Constituição de

Polaca (a Constituição de 1937 foi a 4ª Constituição Brasileira e a 3ª do período republicano. Ficou conhecida como a “Constituição Polaca” por ter leis de inspiração fascista, tal qual a Carta Magna polonesa de 1935), outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, que, na mesma data, implanta a ditadura do Estado Novo.

Nesse período foi promulgado o novo Código de Processo Penal, cujas peculiaridades veremos a seguir.

4.1 Do sistema do Código de Processo Penal de 1941

O Código Penal vigente foi promulgado sob a égide da Constituição dos Estados Unidos do Brasil outorgada em 1937 por Getúlio Vargas no momento subsequente à dissolução da Câmara e do Senado Federal e da revogação da Constituição de 1934, implementando-se a ditadura denominada de “Estado Novo” também conhecida como “Era Vargas”. O presidente (ditador) fundamentou o golpe de Estado no dia 10 de novembro de 1937 com a comoção popular causada pelo Plano Cohen (foi um documento revelado pelo Governo Brasileiro onde continha um suposto plano para a tomada do poder pelos comunistas), com a instabilidade política gerada pela intentona comunista, com o receio de novas revoluções comunistas e os seguidos estados de sítio, que, por desrespeito à lei e à ordem, assim como aos processos democráticos, ofereciam perigo para as instituições, motivo pelo qual se exigia urgentemente à virulência dos antagonismos o reforço do poder central. Com isso, houve a promessa de um plebiscito para aprová-lo, o que na prática nunca ocorreu, instituindo assim a Ditadura Vargas, concentrando o Poder Executivo e Legislativo nas mãos do presidente que legislava por via de decretos-leis os quais ele próprio aplicava.

Da mesma forma, O Código de Processo Penal foi publicado mediante o Decreto-Lei presidencial nº 3.689 de 3 de outubro de 1941, em um contexto marcado pela centralização política e pelo triunfo das ideias autoritárias crescentes no País. O Codex, como podemos observar em sua Exposição de Motivos, de autoria do Ministro Francisco Campos, foi inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930, concebido por Vincenzo Manzini e por Alfredo Rocco, Ministro da Justiça do Governo Italiano durante o regime fascista de Benito Mussolini, complementando as características elementares da Constituição vigente.

Dentre as medidas autoritárias adotadas no CPP foi a restrição do *in dubio pro reu* como previsto na antiga redação do artigo 156:

“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRASIL, 1941).”

Além deste artigo “destaque”, o Codex possuía outros dispositivos que permitiam ao magistrado efetuar diligências probatórias sem provocação das partes como os artigos 168, 196, 209, 234 e 242 do *link* supracitado.

Neste sentido, a faculdade instrutória do magistrado elencada no artigo 156 é um resquício inquisitorial com respaldo na concepção de presunção de culpabilidade, apesar de não ser expressamente consagrado pelo Código, foi por ele adotado, o que se infere da própria Exposição de Motivos que o antecede, que, ao apontar as expressões “criminosos” ou “os que delinquem”, deixa implícita uma vertente de que os indivíduos submetidos ao processo penal são presumidamente culpados.

Vale destacar que o critério diferenciador entre os sistemas acusatório e inquisitório é a gestão da prova, onde se constata que o art. 156 do CPP externa uma característica inquisitória, quebrando a paridade do contraditório da estrutura dialética do processo penal.

Portanto, a inquisitorialidade no processo penal brasileiro não impera apenas na fase investigativa (inquérito policial), mas também em sua fase processual propriamente dita e, por mais que vigore o sistema acusatório, a gestão da prova continua nas mãos do juiz, o que por si só basta para que se considere que o Código de Processo Penal pátrio atual ainda possua resquício inquisitório de um “Estado Policial” (sistema inquisitivo) que vigorava em sua criação.

4.2 Da consagração do sistema acusatório com a promulgação da Constituição de 1988

Antes de chegarmos à nova Ordem Constitucional de 1988, não podemos deixar de mencionar o período de ditadura militar vivido pelo Brasil a partir de 1964 e as alterações legislativas promovidas pelos Atos Institucionais a partir de 1967 (o mais famoso foi o AI-5), sob a égide de uma Carta Magna imposta pelo Governo Militar.

O sistema de exceção, em que parte das garantias individuais e sociais era voltada para garantir os interesses autoritários da ditadura (através de conceitos como: segurança nacional, direito de associação etc.) fez crescer, durante o processo de abertura política, em meio ao gover-

no do general João Baptista Figueiredo (último dos militares a ocupar a Presidência da República), o anseio por uma nova Constituição Brasileira, defensora dos valores democráticos, anseio esse que se tornou uma necessidade após o fim da ditadura militar e a redemocratização do Brasil, a partir de 1985.

Em novembro de 1986 ocorreram eleições para a Assembleia Constituinte. Em fevereiro do ano seguinte, o Brasil declarava-se em moratória técnica. O descontrole econômico marcaria o final do governo Sarney, com alta da inflação em 1988 e 1989.

Durante um ano e meio, foi debatida a nova Constituição Brasileira (Constituição Cidadã), promulgada em outubro de 1988, rompendo com a lógica autoritária da Carta de 1967, evidenciando o Estado Democrático, assim como os direitos e garantias fundamentais baseados na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

No âmbito processual penal, a nova ordem constitucional foi notória introduzindo uma nova concepção de processo penal, instituindo um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica do indivíduo que não tiver reconhecida a sua responsabilidade por sentença penal condenatória transitada em julgado, isto é, um processo como garantia do acusado, além da justiça penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes.

Apesar de muitos avanços após sua promulgação, a Constituição de 88 não declarou de forma explícita qual o sistema penal fora adotado, nem mesmo trouxe uma regra capaz de anular a aplicabilidade do art. 156 do CPP.

A ausência deste posicionamento não impediu que grande parcela da doutrina brasileira se posicionasse com uma adoção implícita do sistema acusatório, com base nos dispositivos constitucionais que asseguram a privatividade do exercício da ação penal pública no Ministério Público (art. 129, I), a tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), o acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), o tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput* e inc. I), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), a publicidade dos atos processuais, a motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII) ora elencados na própria Carta.

Nesse caso, a omissão do legislador constituinte não impediria o reconhecimento constitucional do sistema acusatório, visto que a Lei

Maior alcança situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto, isto é, constituindo um sistema, proposição que cunha o princípio da unidade da Constituição, derivado de uma interpretação sistemática, devendo o intérprete considerar preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

Não obstante, na medida em que a Magna Carta opta pela tutela dos direitos fundamentais, a estrutura processual derivada destes impõe a observância do modo pelo qual é possível harmonizarem-se todos estes direitos.

Dentre os direitos e garantias fundamentais tutelados pela Constituição, merece destaque a presunção de inocência (art. 5º, LVII), que prevê a regra de tratamento do acusado, além da regra processual em relação ao encargo probatório, pois, partindo-se da inocência do réu, quando o acusador afirma quem praticou o fato delituoso tem o encargo de provar a sua culpa. Tal observação evidencia a adoção do sistema acusatório, visto que a presunção de inocência, em sua acepção probatória consubstanciada no princípio *in dubio pro reo*, impõe exclusivamente ao sujeito ativo do processo penal o ônus da prova, e quando houver dúvida, deve o juiz (a quem não deve efetuar a gestão da prova) absolver o acusado.

Em outra vertente, o doutrinador Geraldo Prado (2001) posiciona-se que o sistema acusatório é uma decorrência da adoção constitucional do regime democrático, onde a ideia de democracia atravessa o ambiente estrutural do processo, no qual a concepção ideológica do processo penal democrático deve respeitar o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, não devendo este efetuar a iniciativa da persecução penal.

Na mesma linha, Aury Lopes Jr. (2017) reza que a democracia é um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, manifestando-se em todas as esferas destas relações, conduzindo à democratização do processo penal e à revalorização do homem, com o fortalecimento do sujeito passivo do processo penal. Por isso, o objetivo principal da tutela não será apenas a salvaguarda dos interesses da coletividade, mas também a tutela da liberdade processual do imputado, o respeito à sua dignidade como pessoa, como efetiva parte do processo penal, como reza Aury Lopes Jr. (2015).

Da mesma forma, outro fator que corrobora a adoção constitucional do sistema acusatório é a consagração da dignidade da pessoa

humana como fundamento da República Federativa do Brasil previsto no art. 1º, III, CF, previsto como atributo inerente a todo ser humano, ou seja, é irrenunciável e inalienável, em que a dignidade independe das circunstâncias concretas. Com isso, verifica-se que todos (inclusive o maior dos criminosos) são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas, razão pela qual mesmo a dignidade das pessoas que cometem ações indignas ou infames não pode ser desconsiderada.

Portanto, a adoção da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república, reforça a adoção pelo modelo acusatório, haja vista ser este o único sistema processual penal em que o acusado é respeitado como sujeito de direitos, fazendo jus às garantias (constitucionais) da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do julgador.

Nessa linha o sistema acusatório tem sido reconhecida pela recente jurisprudência do STF (RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, ARE 929149, SP, SÃO PAULO 0000929-85.2012.8.26.0172; AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: AgR ARE 895011 GO - GOIÁS 0031101-46.2002.8.09.0103); STJ (RECURSO ESPECIAL, REsp 1451192, RS 2014/0101597-4; RECURSO ESPECIAL, REsp 1622310 SP 2016/0225416-1; RECURSO ESPECIAL, REsp 1446665, RS 2014/0075054-2 e TJ/RJ (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO; RSE 124031720088190066, RIO DE JANEIRO, VOLTA REDONDA, 1ª VARA CRIMINAL; TJ-RJ - INTEIRO TEOR. APELAÇÃO; APL 1610055320058190001, RIO DE JANEIRO, CAPITAL 37ª VARA CRIMINAL), - como sistema constitucional adotado no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, à luz do princípio da presunção de inocência, do regime democrático e da dignidade da pessoa humana, os quais são elementos que se concretizam num processo penal acusatório, além da necessidade de se interpretar sistematicamente a Lei Maior, concebendo-a como unidade harmônica e coerente, torna imprescindível reconhecer que a Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema acusatório no País.

4.3 Da reforma do CPP em 2008 e a permanência de resquícios inquisitivos

Durante sete anos de tramitação no Congresso Nacional, três dos oito anteprojatos apresentados pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal ao Ministério da Justiça transformaram-se nas Leis nºs 11.689 de 10 de junho de 2008 (modificou inteiramente o rito procedimental do júri), 11.690, de 10 de junho de 2008 (alterou o tratamento das

provas) e 11.719 de 20 de junho de 2008 (promoveu ampla modificação nos ritos e procedimentos), efetivando as reformas do Código de Processo Penal.

No campo da distribuição dos ônus da prova, a Lei nº 11.719/08 reforça a adoção do sistema acusatório, as partes como protagonistas na fase de inquirição de testemunhas, reservando-se ao magistrado uma função supletiva, de esclarecimento dos depoimentos. Nesta vertente, há um descompasso com a regra geral do art. 156 do mesmo CPP, a qual prevê uma ampla liberdade de iniciativa probatória conferida ao juiz, legitimada pelo Princípio da Verdade Real.

No que tange à atuação instrutória do juiz, destacaremos a análise da nova redação conferida pela Lei 11.690 ao artigo 156 do CPP, a qual consagra a figura do “juiz-instrutor-*inquisitor*”, que, de ofício, na fase de investigação preliminar, ordena a produção de provas consideradas urgentes e relevantes (que bem entender), para depois, durante o processo, decidir a partir de seus próprios atos, reforçando, assim, o modelo inquisitorial que serviu de base ao processo penal dos anos quarenta com inspiração fascista.

Nesta linha, Eugênio Pacelli, considera que:

“Não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente ao sistema acusatório (PACELLI, 2017, p. 19).”

Por isso, é verificável que a nova redação do artigo 156 do CPP, ao ampliar os poderes instrutórios do magistrado, contempla o anseio punitivo (principalmente nos dias atuais com o apoio midiático) com a falsa crença de que a criminalidade prevista na sociedade brasileira só é passível de ser resolvida com mais punição, reforçando ainda mais o caráter inquisitório do Código de Processo Penal, que continua, assim, a ter resquícios do princípio inquisitivo, se contrapondo ao sistema acusatório consagrado pela Magna Carta de 88.

Devido à discrepância entre o sistema processual penal adotado pela legislação infraconstitucional (CPP) e a Constituição de 88, é de praxe verificar que a coexistência do sistema acusatório e inquisitório no mesmo ordenamento jurídico é inadmissível, sobretudo quando há enfoque na atuação instrutória do juiz.

Neste caso, a solução para esse conflito deve ser encontrada nos critérios de hermenêutica constitucional, os quais serão analisados a seguir.

4.4 Da supremacia da Constituição de 88 x a legislação infraconstitucional

A República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito e é constituída por uma Carta Constitucional produto do poder constituinte originário, como uma lei fundamental provida de supremacia, onde a vontade política do governante não pode se sobrepor à vontade da maioria constituinte incorporada à então Lei Fundamental. Por isso, de acordo com a doutrina clássica, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.

A contrariedade aos seus mandamentos acarreta a inconstitucionalidade formal ou material da lei. Inconstitucional é, portanto, todo ato normativo cujo conteúdo ou cuja forma contraponha-se, de modo expresso ou implícito, ao contemplado em dispositivo da Constituição vigente à época de sua edição.

Segundo a visão de Luigi Ferrajoli (2014), a legitimidade das normas é regulada por duas dimensões: a vigência no que tange à conformidade dos atos normativos com as normas que regulam sua formação e a validade, que, em se tratando de leis, equipara-se à constitucionalidade, dependendo da coerência com as normas substanciais sobre a sua produção. Portanto, trata-se de dois conceitos diferentes e independentes entre si, pois, enquanto a vigência, que guarda relação com a forma dos atos, encerra uma questão de subsunção entre as formalidades dos atos produtivos de normas e as normas formais sobre sua produção; a validade adequa-se ao significado, referindo-se a uma questão de coerência ou compatibilidade das leis produzidas com as normas de caráter substancial sobre a sua produção.

Neste seguimento, uma lei fundamental por vício material não é inexistente quando ingressa no âmbito jurídico, podendo, inclusive, obter

aplicação efetiva. Entretanto, no que tange à validade, a norma inconstitucional pode encontrar impedimento por ferir a supremacia constitucional, que no plano da eficácia torna a lei inaplicável.

Em virtude da gravidade do vício, é inadmissível sua anulabilidade, isto é, que a inconstitucionalidade acarrete a sua nulidade, cujo reconhecimento tem caráter declaratório e não constitutivo, razão pela qual produz efeitos *ex tunc*, colhendo a lei desde a entrada no mundo jurídico. Por isso, é importante o magistrado, antes de aplicar a lei, verificar a sua validade, ou seja, sua compatibilidade com a Constituição. Ademais, a interpretação da lei, conforme a Constituição sancionada pela doutrina e jurisprudência, deve ter como objeto harmonizar o preceito legal com a Magna Carta sem que se altere o significado do texto normativo, evitando-se uma contradição insanável, devendo-se, por força da supremacia da Constituição, declarar a nulidade da norma inconstitucional.

Em observância à Constituição de 88 e às leis anteriores a ela como o Código de Processo Penal de 1941, há convergência entre o princípio da continuidade da ordem jurídica e o da supremacia da Constituição. Por isso, o primeiro princípio preserva a vigência e a eficácia da legislação anterior ao advento da Carta, evitando vácuos legislativos, e o segundo tem a finalidade de limitar a tentativa de preservação, determinando que só podem continuar vigendo as normas que possuírem harmonia com o novo Texto Magno. Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 217). Neste caso, opera-se o fenômeno da recepção que corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam materialmente a nova Constituição.

Nessa linha, mesmo artigos constitucionais que mantiveram a redação de preceitos da Constituição anterior, devem ser objeto de reinterpretação à luz dos fins e dos princípios instituídos pela nova ordem, ou seja, permanecerá em vigor e com validade quando houver concordância material (de conteúdo) com a novas normas constitucionais.

Por isso, o Código de Processo Penal (e outras leis ordinárias), elaborado na vigência da Constituição de 37, continua em vigor, e, devido à nova Ordem Constitucional de 1988, assinalou importantes alterações no processo penal brasileiro, a começar pela consagração do sistema acusatório, impondo ao juiz criminal a adoção de nova postura no curso da instrução probatória. Nesse contexto, merece a reflexão da vigência e validade dos dispositivos infraconstitucionais atinentes à atuação instrutória do magistrado.

4.5 A Constituição de 88 e sua incidência na atuação instrutória do juiz criminal

Infelizmente podemos observar que a legislação processual penal não acompanhou a evolução constitucional, visto que o magistrado ignora a mudança da principiologia constitucional e continua a aplicar, sem qualquer juízo crítico, a norma infraconstitucional sem reconhecer, na sua interpretação, a força normativa do Texto Magno que se encontra em conformidade com o sistema acusatório.

A consagração de tal sistema pela Constituição Cidadã de 1988, implicaria a revogação dos artigos 168, 196, 209, 234, 242, em especial o 156 do CPP, o qual atribui poderes instrutórios ao juiz, não se aplicando neste caso de interpretação conforme a Constituição, por se tratar de incompatibilidade manifesta e insanável, característica do princípio inquisitivo, fundando um sistema nitidamente inquisitorial.

Em destaque, a nova redação do art. 156 do CPP, dada pela Lei nº 11.690/2008, por se tratar de um ato normativo posterior à promulgação da Constituição Federal, trata-se de uma hipótese mais que evidente de inconstitucionalidade. Seus incisos I e II facultam a iniciativa instrutória do juiz, respectivamente, durante a investigação criminal e na fase processual, reforçando a adoção do sistema inquisitório, o qual não se harmoniza com o sistema processual penal eleito pela Magna Carta. Neste caso, cabe ao juiz assumir uma postura garantidora, como não ficando inerte às violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados no Estado Democrático de Direito. Nesse caso, antes de sobrevir a decisão do STF acerca da inviolabilidade do art. 156 do CP, competiria ao magistrado fazer valer a aplicação do poder de controle difuso de constitucionalidade, negando a aplicabilidade desta norma no caso concreto, em virtude de sua invalidade substancial.

Insta observar que a consagração constitucional do sistema acusatório impõe ao juiz uma atuação instrutória passiva, ou seja, sendo absolutamente vedados quaisquer poderes instrutórios. Durante a instrução probatória, compete ao magistrado a função de destinatário do material produzido e de garantidor dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º da CF), emitindo, assim, um juízo de valor proporcional aos meios de prova, aos meios de busca da prova, à idoneidade dos elementos de prova e

à credibilidade das fontes, além de avaliar o resultado probatório por uma decisão motivada conforme o art. 98, X, da CF.

Por isso, o magistrado deve manter a imparcialidade, assumindo uma postura de “juiz-espectador” mantendo-se afastado da atividade probatória, fazendo jus à adoção constitucional do sistema acusatório, separando a condição de julgar e acusar, em respeito às “regras do jogo democrático”, isto é, assegurando os direitos e garantias fundamentais do acusado.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, podemos verificar que a principal finalidade do processo penal é a reconstrução de um fato pretérito, que funciona mediante a instrução probatória, sendo necessário o reconhecimento que o núcleo fundante incide sobre a gestão da prova. Nos sistemas processuais penais apresentados, o sistema acusatório (fundado pelo princípio acusatório) caracteriza-se pela figura do “juiz-espectador”, isto é, separando a função de julgar e acusar, mantendo-se numa postura equidistante no curso do processo, visto que o Ministério Público é o órgão acusador, competente e estruturado que possui o ônus da acusação. *A contrario sensu*, o sistema inquisitório é regido pelo princípio inquisitivo que atribui ao magistrado o papel de gestor da prova, sendo este um juiz inquisidor.

No sistema acusatório, a prova deve ser produzida para construir o convencimento com o fim de formar a convicção do julgador. Nessa linha, o magistrado possui uma atividade recognitiva sendo necessário que entre o conhecimento do caso concreto e a sentença (fruto do seu convencimento), exista uma colheita dos elementos de convicção, a qual configura a instrução probatória. Nessa recognição, presente na fase instrutória do sistema acusatório, há uma barreira intransponível consubstanciada nos direitos e garantias fundamentais do denunciado, devendo o juiz, além de ser o destinatário do material colhido, impedir as violações a tais direitos.

Nesse sentido, a atuação do magistrado no sistema acusatório limita-se ao comando do princípio acusatório, possuindo este uma reserva da função jurisdicional, impedindo a atuação nas atividades típicas das

partes (juiz-espectador), dentre as quais se inclui a proposição do material probatório. Por isso, há de se observar que o magistrado que exerce poderes instrutórios em razão da insuficiência das provas inseridas nos autos, cujo ônus compete à acusação (Ministério Público), desrespeita os princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e do *in dubio pro reo*, os quais impõem a absolvição do réu em caso de dúvida judicial, que nos dias atuais aparenta um comprometimento com a tese acusatória com base no “inexistente” e “popular” princípio do *in dubio pro societate*, o que implica uma violação ao princípio da imparcialidade.

Dessa forma, a iniciativa instrutória do magistrado justifica um sistema caracterizado pelo princípio inquisitivo, sob o pretexto da busca de uma utópica verdade absoluta, concentrando-se os mais amplos poderes nas mãos do juiz, com propósito de uma condenação a qualquer custo. Por outro lado, no sistema fundado pelo princípio acusatório imperam os princípios da presunção de inocência, do *in dubio pro reo* e da imparcialidade judicial, onde a prova é produzida como mecanismo de construção do convencimento do julgador, isto é, inadmitindo quaisquer poderes instrutórios ao juiz.

Na República Federativa do Brasil, há uma incoerência entre o sistema processual penal adotado pela Magna Carta Cidadã de 1988 e a legislação processual penal infraconstitucional de 1941, com características inquisitórias inspiradas no modelo fascista. A solução para este conflito legislativo seria mediante a observância e reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição pelo intérprete, o que infelizmente é violado diariamente nos nossos tribunais.

Nessa linha, a consagração do sistema acusatório pelo Texto Magno, implica a revogação das normas infraconstitucionais que atribuam poderes instrutórios ao juiz, em especial o artigo 156 do CPP, por se tratar de ato normativo posterior à promulgação da Constituição, tendo este dispositivo uma evidente inconstitucionalidade material. Por isso, enquanto o Supremo Tribunal Federal não se posicionar acerca da inconstitucionalidade da matéria, compete ao magistrado valer-se do controle difuso de constitucionalidade, negando a aplicabilidade da norma em cada caso concreto por sua invalidade, separando a condição de julgar e acusar, em respeito às “regras do jogo democrático”, isto é, assegurando os direitos e garantias fundamentais do acusado.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. 2015. São Paulo: CL EDIJUR.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2016.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 nov. 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2002.

INTOLERÂNCIA RELIGIOSA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

RELIGIOUS INTOLERANCE AND HUMAN RIGHTS VIOLATION

Bruno Brito de Alencarⁱ

Resumo: O presente artigo dedicar-se-á a provocar como as populações de religiões de matrizes africanas estão sendo realmente percebidas no Estado Brasil, tendo em vista a crescente onda de violências às quais estão sendo submetidas diariamente, sejam elas difundidas pela mídia e/ou por omissão estatal. O artigo terá o condão de fazer uma provocação em função omissiva, que esclareça, do ponto de vista formal, o que é racismo, intolerância religiosa, racismo religioso e a propriedade relativa ao bem imaterial, partindo da premissa que nem sempre a legislação existente no Brasil é boa ou ruim, no que se refere à proteção da população negra. O conceito dos termos acima será definido para que o presente artigo esclareça a compreensão dos receptadores. O artigo visa, como premissa, provocar a sociedade em sentido lato, com base na interpretação das leis federais, bem como a responsabilidade de todos os atores participantes na promoção dos direitos humanos, na responsabilização e proteção aos seres que possuem a sua fé na religião de matrizes africanas.

Palavras-chave: Racismo. Intolerância religiosa. Racismo religioso. Bem imaterial.

Abstract: The present article will focus on provoking how the populations of religions of African matrices are actually being perceived in the State of Brazil, given the growing wave of violence to which they are

ⁱ Possui graduação em Direito pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas (2012). Atualmente cursando MBA *on line*. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. Pessoa com deficiência paralisia cerebral atáxica- atetótica CID 80.4. Finalizando: Pós Graduação pela UFF em fase de entrega de monografia.

being subjected daily, whether it is disseminated by the media and / or by state default. The article will have the power to make a provocation in an omissive function, which will formally clarify what is racism, religious intolerance, religious racism and property related to intangible good, starting from the premise that Brazil is good or bad, as far as the protection of the black population is concerned. The concept of the above terms will be defined so that the present article clarifies the understanding of the receivers. The article aims at provoking society in a broad sense, based on the interpretation of Federal Laws, as well as the responsibility of all actors involved in the promotion of human rights, in the accountability and protection of beings who have their faith in the religion of matrices african countries.

Keywords: Racism. Religious intolerance. Religious racism. Very immaterial.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, de natureza provocativa, possui como objetivo primordial desenvolver os conceitos pertinentes à proteção das pessoas praticantes de religiões de matrizes africanas. Esta proteção é necessária em virtude do avanço das religiões neopentecostais na vida política do País.

Aproximaremos os conceitos de direitos humanos fundamentais, pois estes são decorrentes para o exercício de uma vida plena, que tem proteção constitucional no princípio da dignidade humana.

Neste contexto pode-se afirmar que o objetivo principal é provocar os atores políticos para que estes interpretem o caráter de compromisso da Constituição da República Federativa do Brasil, afirmada logo em seu preâmbulo.

O documento irá abordar diferentes conceitos encontrados em doutrinas, legislações, artigos e também no conhecimento empírico, uma vez que não há dados desagregados das violências sofridas pelos praticantes de religiões de matrizes africanas em órgão oficial, o que, por si só, já referencia a omissão do Estado. Estas violências podem ser contra a propriedade, sendo caracterizados como bem material e bem imaterial a moral, a liberdade de consciência, de crença e de culto religioso e a personalidade, todos direitos fundamentais.

O estudo parte da premissa que o presente artigo deverá, não apenas se preocupar em servir de base para futuros pesquisadores acadêmicos, mas também para a sociedade, pois o objetivo central é discutir, instigar e responsabilizar o Estado a partir de sua responsabilidade.

2. DESENVOLVIMENTO

Neste diapasão, a Carta Magna possui como diretriz a ser alcançada a proteção dos direitos fundamentais, que objetiva alcançar uma igualdade material, por força da Constituição da República Federativa do Brasil. Neste contexto a responsabilidade pertence, de forma principal, aos seguintes atores: Executivo, Legislativo e Judiciário – que possuem obrigações, com base no poder-dever na proteção dos direitos humanos fundamentais individuais e coletivos de uma sociedade. Neste tocante e especialmente em virtude de sua vulnerabilidade é que as religiões de matrizes africanas necessitam de um tratamento diferenciado em virtude de todo o contexto histórico/repressor e que no decorrer de toda a humanidade sempre foram tratadas de forma pejorativa, principalmente na pessoa preta.

Os tratamentos pejorativos são decorrentes de preconceitos sofridos praticados pela cultura eurocêntrica europeia, que, desde o início da colonização do País, fez-se presente e, em função de sua hegemonia, impôs a este povo, que foi sequestrado e escravizado, a sua crença e cultura baseada no eurocentrismo europeu.

Mesmo com a evolução temporal, não há que se falar que existe igualdade substancial, em virtude de inexistência de políticas públicas eficazes que visem a reparar, atenuar e proteger os seres humanos, ou seja, as pessoas praticantes das religiões de matrizes africanas.

O estudo parte da premissa que o presente artigo deverá, não apenas se preocupar em servir de base para futuros pesquisadores acadêmicos, mas também para a sociedade, pois o objetivo central é discutir, instigar e responsabilizar a omissão de Estado que, dependendo do ponto de vista do receptor, pode ser caracterizada como comissiva ou omissiva. Esta provocação é necessária em função de eventual culpa do Estado. Embora a Carta Magna adote como regra a teoria objetiva na modalidade risco administrativo, também há que ser destacado que o particular possui a sua responsabilidade por danos praticados contra o seu par.

Esta discussão possui como núcleo provocar todos os atores participantes da vida em sociedade: dos três atores governamentais e também os atores não governamentais, entretanto os três poderes governamentais possuem o direito/dever de nortear os demais, assumindo a sua responsabilização.

Neste contexto há duas vertentes: a responsabilidade omissiva ou comissiva, que se caracteriza pelo deixar de fazer ou fazer pelos atores governamentais, e o particular que possui a responsabilidade objetiva. Do ponto de vista estatal, esta responsabilidade pode ser comissiva, quando o Estado escolhe deixar de fazer ao não criar políticas públicas eficazes de proteção e promoção das religiões de matrizes africanas por ausência de interesse de agir do Poder Legislativo. Esta ausência é legislativa e, apesar de crescente, em virtude de uma presença cada vez maior das religiões pentecostais no órgão, a cultura eurocêntrica continua dominante.

Sob o ponto de vista omissivo, podemos provocar que simplesmente não há interesse porque as religiões de matrizes africanas, a partir de dado empírico, são praticadas em sua grande maioria pela população preta, e a sua proteção iria de oposição ao racismo estrutural existente em toda a sociedade, sem distinção entre atores governamentais e não governamentais.

Desta forma, o elemento central que dará início ao presente artigo é a norma positivada no ordenamento jurídico brasileiro, desconsiderando, no momento, a existência de documentos internacionais anteriores à Carta Magna que será devidamente analisada em momento oportuno.

Assim, o trabalho possui como elemento central a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo objetivo, quando formulado, foi de implantar a dignidade humana, a igualdade, a propriedade e o estado social, dentre outros direitos fundamentais e, simultaneamente, servir de parâmetro de compromisso perante a totalidade da população existente sob a jurisdição do Estado Brasil, podendo ser facilmente compreendido com a leitura do Preâmbulo Constitucional que porta o caráter de compromisso perante todos aqui tutelados pelo Estado, independentemente de sua religião, pois, "em princípio", o Estado seria laico, sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos, tal como segue abaixo o Preâmbulo de CRFB/88.

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direi-

tos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte..." CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988, (BRASIL, 1988).

Percebe-se, com a promulgação da Constituição Federal, que o País se compromete, tanto na ordem interna quanto na internacional, a proteger diversos direitos, dentre os quais podemos destacar o direito fundamental de liberdade de crença e o direito de propriedade, tendo, inclusive, um capítulo exemplificativo que afirma que estes são direitos fundamentais, todos existentes a partir do fundamento do princípio da dignidade humana, o qual será debatido a partir de interações com as diversas normas existentes e atores envolvidos no processo, que no presente trabalho, abordará somente a responsabilização estatal.

Dentre esses direitos, entende-se que as religiões de matrizes africanas também são um direito fundamental e, para tanto, possuem garantias: constitucionais, infraconstitucionais e internacionais – o próprio documento nacional conferiu à religião este *status quo*, com a positivação da seguinte norma constante no artigo 5º do mesmo diploma legal, inclusive no que se refere à cultura deste povo.

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ao à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988)."

Por se tratar de direitos fundamentais, pode-se afirmar que os mesmos possuem como características os seguintes elementos: historicidade, aplicação horizontal, indivisibilidade, relatividade, universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e são irrenunciáveis, principalmente a aplicação de imprescritibilidade, que se opõe à cultura hegemônica eurocêntrica perpetuada na humanidade. Assim como a violência contra as religiões africanas possui o viés racista historicamente permitido pelo grupo detentor da hegemonia social, nesse contraponto a nossa Carta Magna afirma que o racismo é inafiançável, imprescritível e sujeito a reclusão, de acordo com o inciso XLII do artigo 5º da CRFB/88. Entretanto, este direito ainda é uma utopia, em virtude da omissão estatal e, conseqüentemente, da sua responsabilização por danos suportados pelos praticantes de religião de matrizes africanas.

Outrossim, a própria Constituição Federal do Brasil de 1988 reconhece, *a contrario sensu*, que o País possui como característica ser desigual. Tanto é verdade que o Estado tem como objetivo “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, e assim conclui que as religiões de matrizes africanas possuem direitos a menos, sendo necessário políticas de ações afirmativas, pois a violação dos direitos humanos é intergeracional em função principalmente da questão racial que permanece nos dias atuais, embora com uma denominação que nos passa uma sensação de igualdade.

É bem verdade que na documentação constituinte originária o Estado se comprometeu a promover o bem-estar social de todos e, dentro deste bem-estar, é dever dos órgãos públicos promover e proteger as religiões de forma igualitária, tendo em vista que o País é laico e todos têm o direito fundamental à religião protegida constitucionalmente.

Assim, pode-se observar atualmente a responsabilidade estatal, pois as religiões aqui no Brasil não possuem um tratamento isonômico por parte do Estado e têm como uma das causas que contribuem para esta forma desigual de tratamento, o crescimento da “Nova Direita Cristã” (QUINTÃO, 2017, p. 53), que possui como um dos marcos o ano de 1986, pois houve a atuação dos evangélicos na esfera política do Brasil transformado, com a sua visão hegemônica eurocêntrica, e “também há uma irrupção pentecostal que rompe com o dito tradicional de que crente não se mete em política” (FRESTON, 1993; PIERUCCI, 1989).

Este caráter de hegemonia religiosa sempre negou a importância do papel das pessoas escravizadas na formação do Brasil, e as religiões africanas tiveram um papel também de construção social e que até os dias de hoje não está sendo reconhecida a sua importância, tanto na construção material do País, quanto em outras religiões, ou seja, com a sua construção imaterial de religiosidade.

É nítido que os negros foram escravizados e sequestrados de sua terra natal para o Estado hoje denominado Brasil, e uma das formas de manterem a sua cultura foi justamente preservar a sua religiosidade, não aceita pelos escravocratas hegemônicos e que, fazendo um paralelo com os dias de hoje, passado e presente se reencontram, pois a religião africana ainda é discriminada pelo Estado e pela sociedade.

Assim é que esta população continua com a sua fé e a prática da religião de matrizes africanas é e sempre foi de resistência, o que incomoda o poder eurocêntrico, que ainda hoje domina o Brasil. Desta forma pode-se afirmar que o princípio da igualdade nunca foi implementado de forma eficaz, não passando de um princípio formalmente descrito na Constituição, mas que não possui eficácia, tendo em vista a sua inaplicabilidade pelos atores governamentais e assim se caracteriza a responsabilidade do Estado.

Pode-se perceber que o racismo é uma estrutura, um marco no Brasil que, desde o dito "descobrimento do Brasil", a população negra é maioria no País, porém o poder eurocêntrico sempre com a sua cultura de dominação até os dias atuais, considera-se uma raça superior, inclusive na questão religiosa.

Assim, o racismo possui inúmeras nomenclaturas no que diz respeito às religiões africanas – racismo, racismo religioso, intolerância religiosa –, estas já conceituadas por legislação e doutrinadores, mas este artigo se permite cogitar por que não poderia ser considerado racismo religioso imaterial, pois também possui uma clara violação à propriedade, seja ele material ou imaterial, porque a fé é um bem.

Primeiramente, devemos analisar que a religião somente é praticada por pessoas e possui várias formas e denominações. Desta forma, enquanto seres humanos, estes possuem uma dignidade que deve ser protegida – a "dignidade da pessoa humana" – que é um princípio fundamental em nosso ordenamento jurídico (BRASIL, 1988).

Corroborando com a importância do princípio acima, segue abaixo o conceito de dignidade humana:

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, construindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício de direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos’ (MORAES, 2003, p. 50).”

O que se percebe é que, a partir do significado do que é racismo, este possui como característica, separar as pessoas, o que, por si só, é uma violação a todos os direitos fundamentais do homem propostos na Constituição Federal.

“A partir daí, o racismo pode ser visto também como um sistema, dada sua ampla e complexa atuação, seu modo de organização e desenvolvimento através de estruturas, políticas, práticas e normas capazes de definir oportunidades e valores para pessoas e populações a partir de sua aparência, atuando em diferentes níveis (JONES, 2002 apud WERNECK, 2016, p. 541).”

A Constituição Federal abomina toda e qualquer discriminação, seja ela religiosa ou racial. No presente artigo é demonstrada a violação de ambas as segregações. A Carta Magna tem como objetivo promover a todas as pessoas um tratamento igualitário, porém esta igualdade ainda se encontra em plano abstrato, carecendo de posição governamental, através de seus atores governamentais no combate à temática trazida no presente artigo.

Com o avanço das religiões no sistema político, torna-se mais nítido o comportamento dos representantes da religião eurocêntrica nas formulações de questões políticas e pautas, conforme suas diretrizes, desconstituindo, assim, o caráter laico do Estado, o princípio da igualdade, da liberdade e da crença.

Entende-se que as religiões de matrizes africanas, além de serem um momento de fé, são também uma forma de resistência que se per-

petuou no decorrer do tempo e que se caracteriza na sua prática como autonomia de expressão de liberdade e pensamento, o que vem a ser também uma garantia constitucional, assim como o direito à propriedade.

A violação da religiosidade, quando imposta pela cultura do eurocentrismo, é um constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar a sua fé, e representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, à filosofia e à própria diversidade espiritual (MORAES, 2003, p. 73).

Neste diapasão, entende-se como forma de complementar o conceito de dignidade humana, os direitos e garantias fundamentais e os seguintes elementos: os direitos do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Entende-se como direitos do homem aqueles que são adquiridos com o nascimento, pois este é um ser humano, e, como tal, deve ser protegido, independentemente de quaisquer documentos escritos.

Os direitos humanos também partem da premissa de proteção do ser humano de forma mais abrangente e escrita, alcançando toda a população mundial, não havendo fronteiras no que tange à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Em consonância com os dois entendimentos acima, há um terceiro elemento, que abrange a esfera de determinado país e que, no caso do Brasil, são os direitos fundamentais que se encontram positivados em todo o ordenamento jurídico interno, possuindo como norma central a Constituição Federal.

Neste diploma legal, além de todos os direitos e garantias fundamentais, destaca-se, por ser objeto do artigo, o direito de liberdade, de propriedade, de crença e combate ao racismo, que em seu artigo 5º, inciso XLII, afirma que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei (BRASIL, 1988).

Neste contexto, o racismo "é uma teoria antropológica ou política baseada neste sentimento, que sustém a superioridade de certas raças sobre outras e que, em ocasiões, há perseguições a um grupo étnico, considerado inferior: 'segregação'" (Dicionário Enciclopédico Ilustrado, 2009, p. 744).

Diante deste modelo de divisão provocado por senso de superioridade baseado na cor das pessoas é que atualmente as religiões africanas estão sofrendo todo o tipo de represália, seja física, moral ou psicológica, de forma individualizada ou coletiva, por ausência de políticas públicas que são um dever de Estado.

Neste contexto de violência, as religiões de matrizes africanas entendem-se como subjugações da religiosidade, entretanto, deve-se analisar que a introdução desta cultura no Brasil partiu do sequestro da população negra do continente africano para ser escravizada aqui neste país e que, por possuir características de resistência é que as pessoas escravizadas negaram a religiosidade hegemônica que aqui predominava e ainda predomina.

Com esta emancipação forçada de sua região, a religião africana tornou-se um movimento de resistência à cultura europeia, ou seja, a religiosidade possui como característica principal a resistência de sua cultura frente aos colonizadores.

Uma das formas de manutenção de sua identidade foi a oralidade, pois os escravizados não possuíam permissão para se comunicarem entre si; desta forma este meio de comunicação foi primordial para manterem a cultura religiosa com seus irmãos, e assim permanece atualmente, mas seguem sendo amplamente violados os seus direitos, como no passado.

É de conhecimento não acadêmico e não desagregado, em virtude da omissão estatal, que as religiões africanas são praticadas em sua maioria pela população negra em análise empírica, tendo em vista que a maioria da população no Brasil é negra e a religião surgiu no continente africano e esta ausência de dados oficiais é uma omissão do Estado.

Assim, a religião de matriz africana deve ser considerada hoje uma religião contra-hegemônica, podendo extrair que a omissão de informação também é um dos indicadores que as pessoas e as religiões não são respeitadas, pois não há dados desagregados, o que seria um dos elementos para a criação de políticas públicas.

Diante desta falta de interesse pelos atores governamentais, que seriam os responsáveis por estes dados desagregados, indaga-se: é racismo devido a sua prática ser pela população negra ou racismo religioso, devido à resistência contra a cultura eurocêntrica europeia? E por que não poderia também ter a nomenclatura de racismo religioso imaterial, pois além dos elementos acima, também há uma violação ao direito de propriedade.

É certo que o núcleo da violação dos direitos fundamentais é questão racial, ou seja, o fato gerador é a raça, tanto na esfera civil quanto na esfera penal, mas é necessário avaliar que a violação supera a questão racial, alcançando a religião e a propriedade.

O presente artigo já apresentou o significado de racismo e neste

momento será abordada a liberdade de crença e cultos religiosos que, pela Constituição Federal, também é um direito fundamental e, para tanto, goza de garantias e proteção estatal.

Entretanto, esta liberdade de crença não está materializada e sim marginalizada quando não há uma resposta efetiva do Estado no combate à violação do direito do ser humano de poder escolher a sua própria religião, sem que este sofra com a sua escolha.

Assim, o artigo tem natureza de provocar o receptor, para que este analise a responsabilidade do Estado.

Porém, do ponto de vista do autor, a responsabilidade estatal é omissiva, porém, mesmo sendo comissiva, não excluiria a responsabilidade do Estado pela violação que as pessoas praticantes e adeptas da religião supracitada sofrem com a violência imposta pelo Estado e pela sociedade.

De antemão não é intolerância religiosa, é racismo mesmo, é dominação. Quem pratica esses crimes sabe que candomblé é resistência, muito mais que questão de religião; e de onde você resgata uma identidade que foi retirada, é onde você consegue afirmar sua identidade (PARA LÍDERES..., 2016).

E o nome "intolerância religiosa" não consegue descrever o que acontece com esses povos. Há várias outras religiões que não são cristãs e não são atacadas da forma como vem ocorrendo (NASCIMENTO, 2016).

Quando o Estado se omite na proteção aos grupos vulneráveis, o mesmo também é responsável pelo crime de racismo e, conseqüentemente, entende-se que o Estado possa vir a ser compelido a reparar os danos, em todas as suas formas, por não proteger os direitos fundamentais, reconhecendo e reparando o bem material e imaterial.

A responsabilidade estatal está prevista no próprio Texto Constitucional que imputa ao Estado a responsabilidade da teoria objetiva, na modalidade risco administrativo. É bem verdade que não há possibilidade de prisão para o órgão ou seus entes, porém, o agente investido de poder estatal é passível de cometer crime, seja ele por omissão ou ação.

A responsabilidade objetiva é uma garantia do cidadão, não do Estado; e não havendo correlação com quem deve ou deveria realizar a prestação, a responsabilidade objetiva encontra amparo legal na seguinte norma constitucional:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Fede-

ral e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).”

Entende-se que, embora o agente público atue dentro de seu estrito cumprimento de dever legal e não seria responsável por danos causados a terceiros, este agente está autorizado pela Constituição Federal a aplicar e estender a norma na proteção dos direitos e garantias fundamentais, sem que nisso haja violação na separação dos poderes, ou seja, o agente é responsável pela proteção ao crime de racismo. Embora o Poder Legislativo não tenha admitido de forma clara e objetiva, o Poder Judiciário possui a permissão legal de interpretação da Constituição, assim como das demais normas.

Assim, quando o Poder Legislativo tipifica no Código Penal a prática de racismo como injúria ou intolerância, esta norma não comporta, em princípio, a interpretação extensiva do julgador, limitando, assim, a atuação do Poder Judiciário.

Assim, não existe em primeiro momento o racismo decorrente da religião, portanto, toda a violação contra as religiões africanas está sendo tipificada como injúria racial ou intolerância religiosa, quando na verdade o elemento de tipo é a violação da raça negra. Diante de tal situação, o que se percebe é a omissão do Estado na figura do Legislativo em proteger a população negra, resistente e sequestrada com base na crescente onda cristã.

Com a tipificação de racismo, seja como injúria ou intolerância religiosa, este perde o caráter de imprescritibilidade e de crime de maior potencial ofensivo e passa a ser um crime prescritível e de menor potencial ofensivo, conforme artigos 140 e 208 do Código Penal que dizem:

“Artigo 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão de um a três anos e multa (BRASIL, 1940).”

“Artigo 208. Escarnecer de alguém publicamente por motivo de crença ou motivo religioso; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso. Pena – detenção de um mês a um ano, ou multa (BRASIL, 1940).”

Desta forma, é clara e evidente a omissão legislativa em punir o responsável pelo racismo. Enquanto no Texto Constitucional o bem protegido é a proteção da raça, no Código Penal a única preocupação é com o sentimento religioso. Entretanto, na prática, como dito acima, o racismo e a religião, no que se refere às religiões africanas, são dois binômios: raça e religião, portanto inseparável.

Quando há violação às religiões supracitadas, estas violências não atingem somente a raça e a religião, mas também a propriedade individual ou coletiva aos praticantes de sua religiosidade.

Tal propriedade é denominada de propriedade imaterial, pois a religião é um patrimônio. Entende-se por patrimônio tudo aquilo que se encontra ao nosso redor, podendo ser caracterizado como importante ou não, concreto ou abstrato. Este juízo de valor é individual e, por ser patrimônio da religiosidade, deve ser protegido e normatizado pelo Estado, como violação à propriedade.

A religião ou religiosidade possui como característica proteger uma identidade e também uma propriedade. Desta forma, faz-se necessário uma proteção governamental. Entende-se que se trata de bem (propriedade) imaterial pois há uma relação pessoal com o objeto, sendo um bem abstrato, de visualização ideal e infungível, que é conceituado a *contrario sensu* do:

“Artigo 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade (BRASIL, 2002).”

Assim, quanto há violação das religiões de matrizes africanas pode-se concluir que há três elementos suscetíveis pela proteção do Estado: a raça, a religião e a propriedade.

Nota-se ainda uma omissão legislativa para tal proteção e, assim, o Poder Judiciário possui o dever constitucional de intervir nas relações religiosas sem que isto seja considerado uma invasão de poder.

Neste pilar constitucional podemos citar três atores governamentais: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que, por força normativa “são independentes e harmônicos entre si” (BRASIL, 1988), o que não significa

dizer que cada um dos Poderes possa atuar isoladamente, pois estão limitados pela Teoria dos Freios e Contrapesos.

Desta forma, quando o Judiciário intervém nos demais Poderes na proteção das pessoas praticantes das religiões de matrizes africanas, seja com a implementação de políticas públicas ou até mesmo com uma nova interpretação legislativa, estará atuando dentro dos poderes que foram constituídos ao Poder Judiciário pela própria Constituição Federal.

Portanto, não há e nem haverá qualquer violação aos Poderes, pois o Judiciário não estará contrário à democracia, embora seus membros não tenham sido eleitos pelos cidadãos.

A própria Constituição Federal determina ao Poder Judiciário “apreciar lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), no que tange à proteção de direitos e garantias fundamentais.

Devido à ameaça ou lesão às religiões de matrizes africanas, o Poder Judiciário não se limita às funções meramente declarativas de direitos, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora dos efetivos *Checks and Balances* e de garantia de autonomia individual e cidadã (WERNECK VIANNA, 1999, p. 24).

Corroborando com a doutrina acima, o responsável por interpretar a Constituição Federal e as demais normas jurídicas é o Judiciário, que é qualificado para tal ato, tendo como características proteger a Lei, através de sua função contramajoritária de jurisdição constitucional por força normativa.

Assim, quando o Judiciário extrai da Constituição os princípios norteadores de tal diploma, este não estaria legislando e sim interpretando a vontade do legislador constituinte e, portanto, agindo democraticamente.

Desta forma, frente à inércia dos demais poderes, quem detém o poder e o dever de atuar é o Judiciário, porém este também está inerte. Só com o combate efetivo à violação à raça, à religião e ao patrimônio é que se atingirá a igualdade material perseguida conforme comprometido na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

O que se percebe atualmente é a degradação e a omissão do Estado em relação à vida religiosa, à liberdade e ao patrimônio, atuando de forma omissiva, pois não há combate ao racismo mas mera tipificação penal que não se mostra eficaz, assim não há uma responsabilidade civil por parte do Estado.

Assim, parte-se da premissa que as ciências humanas, direitos e políticas públicas se correlacionam entre si, por conseguinte, há necessidade de implementação de políticas públicas com o objetivo de concretizar o Direito, em especial a igualdade material religiosa, com fundamento na CRFB/88 que possui como objetivo a valoração dos princípios e normas.

Neste momento, há uma reprodução de todos os contextos da escravidão que antecedem o momento atual, ou seja, para o Estado é viável a manutenção hegemônica para manter o capitalismo e as desigualdades.

O Executivo e o Legislativo não demonstram interesse em proteger a religião africana e nem os negros, assim como foi no passado, quando após a libertação dos escravos, o Estado indenizou os donos de terras, em detrimento das pessoas escravizadas.

Percebe-se que o poder está concentrado em alguns atores governamentais, portanto não há que se falar em democracia, e sim em totalitarismo democrático.

3. CONCLUSÃO

Conclui-se o presente artigo, destacando a omissão dos atores governamentais, sejam eles Executivo, Legislativo e Judiciário, que, até o presente momento, não exercem a função constitucional de prover a igualdade substancial a toda população sob jurisdição do Brasil.

Contudo, este artigo não tem o condão de esgotar todas as formas de segregação que o povo negro continua sofrendo, o que será objeto de estudo em trabalhos futuros.

Desta forma, percebe-se, além da omissão estatal, a possibilidade de rompimento do Judiciário com o Legislativo e Executivo para que promovam políticas públicas para a proteção às religiões de matrizes africanas.

Uma vez que, querendo aplicar as normas de formas interdisciplinares no combate ao racismo, seja protegendo o corpo, a dignidade humana, a religião e o bem imaterial, o Poder Judiciário, no que se refere aos direitos fundamentais, tem o poder-dever de arbitrar valor econômico com o objetivo de reparação material, imaterial e também moral quanto ao patrimônio, e este terá um valor mensurável a partir do valor do bem para pessoa vítima de agressão.

Por fim, há de se destacar que toda violação praticada pelo eventual agressor é praticada a partir do dolo religioso, porém pratica, de forma

concorrente, o dolo racial e possui culpa na deterioração do patrimônio – tanto o patrimônio imaterial como o patrimônio material – assim, conclui que a sentença proferida pelo Poder Judiciário poderá analisar em eventual caso concreto, tanto na esfera civil quanto na esfera penal, a reparação à violação ao crime de racismo, de religião e de patrimônio e a indenização pela violação ao bem material, imaterial e também indenização por danos morais, sendo certo que todas as indenizações são referentes ao ilícito praticado de forma diferente, pois os bens protegidos neste casos são distintos e interagem entre si.

Portanto, cada dano deverá ser suportado pelo violador dos direitos fundamentais de forma individualizada, para que assim seja proferida uma decisão justa, pois a indenização deverá sempre reparar toda a esfera da vítima de violência sofrida, que, no presente trabalho, será suportado pelo Estado, pois é nítido que há um fato gerador – a omissão – e também há uma omissão ou ação do agente público. Neste contexto conclui-se que a responsabilidade estatal é extracontratual. Desta forma, os três atores governamentais são pessoas subordinadas ao Estado e, se causarem danos a terceiros, estará provocada a responsabilidade civil do Estado que, no presente trabalho, se caracteriza pela omissão legislativa em criar políticas públicas capazes de promover a igualdade entre as religiões, bem como pela omissão do Judiciário e do Executivo.

REFERÊNCIAS

ONU. “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>> Acessado em: 9 nov. 2018

BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 10.460, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 nov. 2018.

FRESTON, Paul. **Protestante e políticas no Brasil:** da Constituinte ao *Impeachment*. 1993. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Wanderson Flor do. Intolerância ou racismo. **Hora Grande**, [S.l.], ano 21, n. 167, 2016.

PARA LÍDERES religiosos, crimes de intolerância estão associados à discriminação racial. **Governo do Brasil**, [S.l.], 8 maio 2016. Intolerância religiosa. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/intolerancia-religiosa/textos/para-lideres-crimes-de-intolerancia-religiosa-estao-associados-a-discriminacao-racial>>. Acessado em: 6 nov. 2018.

PIERUCCI, A.F. Representantes de Deus em Brasília: a Bancada Evangélica na Constituinte. **Ciências Sociais Hoje**, São Paulo, p.p. 104-132, 1989.

QUINTÃO, Graziela Ferreira. A nova direita cristã: alianças, estratégias e transfiguração do discurso religioso em torno do projeto de cura gay. **Estudo Social**, [S.l.], v. 22, n. 42, p.p. 53-71, 2017.

WERNECK, Jurema. Racismo institucional e saúde da população negra. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 535-549, 2016.

POVOS INDÍGENAS: A VIDA E O DIREITO DE ACREDITAR

INDIGENOUS PEOPLE: LIFE AND THE RIGHT TO BELIEVE

Albertina Maria Anastácioⁱ

Resumo: Trata-se de um estudo que reflete sobre a proteção e promoção da diversidade como expressão da democracia, tolerância, justiça social e respeito mútuo e que entende que a questão social referente aos povos indígenas quanto aos seus costumes que envolvem a morte de bebês indígenas recém-nascidos, por serem gêmeos, precisa ser debatida para que se encontrem soluções respeitadas e humanitárias como a possibilidade de adoção.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Agenda 2030 ONU. Pobreza. Povos Indígenas. Adoção.

Abstract: It is a study that reflects about the protection and promotion of diversity as an expression of democracy, tolerance, social justice and mutual respect, and understands that the social question concerning indigenous peoples as to their customs involving the death of indigenous newborn, because they are twins, needs to be debated so that discovering a respectful and humane solution, such as the possibility of adoption can be found.

ⁱ Doutoranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação em Associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Mestre em Justiça Administrativa (Direito e Economia) - Mestrado Profissional, pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Mestre em Economia Empresarial, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada (*lato sensu*) em Direito Tributário, Didática de Ensino Superior, Direito Processual Civil, pela Universidade Estácio de Sá (UNESA) bem como Pós-graduada (*lato sensu*) em Economia Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

Keywords: Human Rights. Agenda 2030 UN. Poverty. Indigenous Peoples. Adoption.

1 INTRODUÇÃO

O tema indígena apresentado é muito presente nos dias atuais, extremamente polêmico, que envolve a morte de bebês indígenas, recém-nascidos, por serem gêmeos, de algumas tribos indígenas brasileiras, em especial, a dos “Yanomamis”.

Esse dilema se explica, considerando que algumas tribos indígenas brasileiras, diante do nascimento de filhos gêmeos, por considerar que um deles é um “ser do mal”, tem o costume de matar um deles, por exemplo, por apedrejamento. Como é que se tem a certeza de que o filho que morre, seria o filho certo, qual seja, o “ser do mal”? Qual o limite a ser traçado entre uma crença de um povo e a garantia fundamental do direito à vida, consagrada no Estado Democrático de Direito, sendo um de seus pilares, a dignidade da pessoa humana, conforme redação ínsita do inciso III da Carta Magna.

Impende esclarecer, por oportuno, que essa questão social envolve a luta, englobando valores fundamentais, nos quais de um lado está o direito à vida; e de outro a crença de um povo, que é consagrada em seus costumes. Nesse duelo, quem realmente perde ou quem ganha?

A Antropologia, a Biomedicina, a Bioética, o Direito, dentre outras áreas buscam soluções para uma questão que abala os pilares do Estado Democrático de Direito, na tentativa de apontar uma porta que será a saída de um Estado de sua própria caverna, em busca do mundo exterior, repleto de luz, por um desenvolvimento sustentável que começa através de políticas públicas que maximizam o valor de cada um, do povo brasileiro.

O presente estudo, por sua vez, aponta a Adoção como uma porta de saída para as mortes de crianças indígenas por motivos de crença. Ao serem observados os dados estatísticos do quadro de adoção no Brasil, verifica-se que existem menos crianças e adolescentes no País para serem adotadas do que o número de pessoas interessadas em adotar.

Desta feita, diante da realidade brasileira, a adoção deve ser a resposta para o problema apresentado no presente estudo, não podendo ser permitido que crianças continuem morrendo, diariamente, em nome da crença de um povo.

A concepção hodierna não considera a pobreza somente no sentido de ausência de recursos financeiros para suprir as necessidades básicas do indivíduo. A pobreza deve ser conceituada também, num segundo sentido, pela ausência de capacidades. Isso porque quanto menor a capacidade da pessoa, menos chance ela tem para auferir renda. Por isso, é preciso analisar esse aspecto substancial da pobreza para que se possa erradicar a pobreza mundial.

Quando se analisam os conceitos de pobreza e riqueza, é possível concluir que para que se possa transformar o quadro de pobreza em riqueza, deve ser utilizada a ponte do desenvolvimento sustentável que prima pela vida humana com qualidade.

Nesse sentido, o bem da vida não pode ser subjogado por causa da crença de um povo. O indivíduo precisa viver e viver com qualidade, cabendo ao Governo providenciar os recursos para que ele tenha uma vida com sustentabilidade, contribuindo para o desenvolvimento sustentável do planeta.

2 A VIDA E O DIREITO DE ACREDITAR

É mister ressaltar que o estudioso, quando está diante de um problema para ser resolvido, deve comparar esse problema a um poliedro, um dodecaedro, por exemplo, onde a figura geométrica espacial aparece com diversas vertentes. Dessa feita, foram escolhidas as áreas da Antropologia, do Direito, da ética aplicada e da Sociologia para ser analisada a questão em epígrafe, malgrado existam diversas outras, que poderiam avaliar a presente temática.

Em consonância com o relativismo cultural, inexistem valores universais que sejam capazes de se consubstanciar em verdadeiras bússolas para a humanidade, com uma receita pré-moldada, estabelecendo os padrões do certo e errado. Simplesmente, não há um modelo que possa explicar determinada conduta social para os demais. Existe, assim, uma relativização dos valores por parte de quem os observa, em prol da tolerância cultural. Nesse segmento, as ações humanas devem ser observadas sob a lente de sua própria cultura.

Sob uma visão jurídica, vislumbra-se uma luta de forças, em que de um lado está o bem da vida e de outro, como valor, o direito de acreditar.

É cediço que o crime de infanticídio está tipificado, no bojo do artigo 123 do Código Penal, que apregoa a seguinte redação: “Infanticídio: Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após” (BRASIL, 1940).

Por seu turno, impende ressaltar, por oportuno, que de acordo com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, está prevista a garantia da diversidade cultural e os direitos dos povos indígenas. O item 1 do artigo 8º apregoa que “os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 2009, p. 18). Assim, também, o item 1 do artigo 12 do mesmo documento, garante a continuidade das tradições dos povos indígenas, a saber:

“Artigo 12.

1. Os povos indígenas têm o direito de manifestar, praticar, desenvolver e ensinar suas tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas; de manter e proteger seus lugares religiosos e culturais e de ter acesso a estes de forma privada; de utilizar e dispor de seus objetos de culto e de obter a repatriação de seus restos humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 2009, p. 21).”

O item 1 do artigo 7º determina que “os indígenas têm direito à vida, à integridade física e mental, à liberdade e à segurança pessoal”. Nesse sentido, a aludida Declaração garante a proteção do direito da criança indígena, devendo o Estado adotar medidas, junto aos povos indígenas, para assegurar esses direitos, conforme se observa adiante:

“Artigo 22.

1. Particular atenção será prestada aos direitos e às necessidades especiais de idosos, mulheres, jovens, crianças e portadores de deficiência indígenas na aplicação da presente declaração.

2. Os Estados adotarão medidas, junto com os povos indígenas, para assegurar que as mulheres e as crianças indígenas desfrutem de proteção e de garantias plenas contra todas as formas de violência e de discriminação. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 2009, p.p. 28-29).”

Deve ser ressaltado, que a UNESCO, ao promulgar a Declaração garantista do Direito dos Povos Indígenas, também, através do artigo 34, limita esses direitos aos parâmetros dos direitos humanos internacionais, conforme texto infracitado:

“Artigo 34. Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, **quando existam costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.** (grifos nossos). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 2009, p. 39).”

A mesma Declaração enfatiza que os direitos indígenas previstos e assegurados, no bojo do seu texto, constituem-se em normas mínimas da sobrevivência desses povos: “Artigo 43. Os direitos reconhecidos na presente Declaração constituem as normas mínimas para a sobrevivência, a dignidade e o bem-estar dos povos indígenas do mundo.” Nesse diapasão, a Declaração da Diversidade Cultural e Direitos Humanos, da UNESCO, consagra de forma literal, a supremacia e prevalência dos direitos humanos garantidos pelo Direito Internacional, em relação à diversidade cultural, no bojo do seu artigo 4º, intratranscrito:

“Artigo 4º. Os direitos humanos, garantias da diversidade cultural. A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 2002, p. 3).”

A UNESCO, através da Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras, adotada em 12 de novembro de 1997, assegura, no artigo 3º, a manutenção e a perpetuação da Humanidade, com o devido respeito pela dignidade da pessoa humana, o que se depreende, a seguir:

“Artigo 3. Manutenção e perpetuação da humanidade

As gerações presentes devem esforçar-se para assegurar a manutenção e a perpetuação da humanidade, com o devido respeito pela dignidade da pessoa humana. Consequentemente, a natureza e a forma da vida humana nunca devem ser prejudicadas, sob qualquer aspecto (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 1997, p. 4).”

Nesse giro, verifica-se que a UNESCO procurou garantir o direito indígena ao acesso à informação, nos termos do item 1 do artigo 16: “Os povos indígenas têm o direito de estabelecer seus próprios meios de informação, em seus próprios idiomas, e de ter acesso a todos os demais meios de informação não indígenas, sem qualquer discriminação.”

A tutela do direito indígena, como direito das minorias também está prevista no item 2 do artigo 4º da Declaração sobre os Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. Elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), *in verbis*: Artigo 4º.

“Artigo 4º.

2. Os Estados adotarão medidas para criar condições favoráveis a fim de que as pessoas pertencentes a minorias possam expressar suas características e desenvolver a sua cultura, idioma, religião, tradições e costumes, salvo em casos em que **determinadas práticas violem a legislação nacional e sejam contrárias às normas internacionais** (ONU, 1995, grifo nosso).”

O direito à tolerância foi consagrado na Declaração de Princípios sobre a Tolerância, pela UNESCO, que no item 1.1 do artigo 1º, apresentou o significado da tolerância, *in verbis*: **Artigo 1º. Significado da tolerância**

"1.1. A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 1997, p. 11)."

E ainda, o artigo 1º da Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, aprovada e proclamada pela Conferência Geral da UNESCO, em 27 de novembro de 1978, equipara todas as pessoas, em homenagem ao princípio da dignidade humana, pelo que se compreende adiante:

"Artigo 1º.

§1. Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem. Nasceram iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade.
§2. Todos os indivíduos e os grupos têm o direito de serem diferentes, a se considerar e serem considerados como tais. Sem embargo, a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem em nenhum caso servir de pretexto aos preconceitos raciais; não podem legitimar nem um direito nem uma ação ou prática discriminatória, ou ainda não podem fundar a política do *apartheid* que constitui a mais extrema forma do racismo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA, 1978)."

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada pela UNESCO, em Paris, de 3 a 21 de outubro de 2005, legitima a diversidade cultural como expressão da democracia, tolerância, justiça social e mútuo respeito.

Por seu turno, dentre os princípios diretores eleitos pela Convenção em comento deve ser ressaltado o princípio do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, ínsito no bojo da redação do item 1 do artigo 2º, vedando, expressamente, a alegação do teor da Convenção sobre a Diversidade Cultural, em desrespeito aos direitos humanos, pelo que se observa, a seguir:

O texto prevê que as crianças que se enquadrarem nos abusos por ela condenados, será encaminhada para a adoção. Por seu turno, convém analisar a situação da adoção no Brasil, que em consonância com os dados estatísticos apurados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), demonstra que, de um total de crianças/adolescentes cadastradas de 9.028, o que equivale a 100% do quantitativo, 28 são da raça indígena, distribuídos assim: 2 são da Região Norte; 1 da Região Nordeste; 17 da Região Centro-Oeste; 1 da Região Sudeste e 7 da Região Sul, conforme dados, infracitados:

Tabela 1 - Cadastro nacional de adoção

DADOS DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES CADASTRADAS		
CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO (CNA)		
TÍTULO	TOTAL	PORCENTAGEM
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES CADASTRADAS	9.028	100%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA RAÇA INDIGENA	28	0,31%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA REGIÃO NORTE, QUE SÃO INDIGENAS	2	0,53%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA REGIÃO NORDESTE, QUE SÃO INDIGENAS	1	0,08%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA REGIÃO CENTRO-OESTE, QUE SÃO INDIGENAS	17	2,07%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA REGIÃO SUDESTE, QUE SÃO INDIGENAS	1	0,03%
TOTAL DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES DA REGIÃO SUL, QUE SÃO INDIGENAS	7	026%

Fonte: Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹

Quanto ao prisma de **pretendentes cadastrados**, existe um total de 44.222, equivalente a 100%; sendo que 25%, desse total, somente aceitam crianças da raça indígena, equivalente a 0,06%, conforme tabela adiante:

¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

Tabela 2- Cadastro nacional de adoção

DADOS DOS PRETENDENTES CADASTRADOS		
CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO (CNA)		
TÍTULO	TOTAL	PORCENTAGEM
TOTAL DE PRETENDENTES CADASTRADOS:	44.222	100,00%
TOTAL DE PRETENDENTES QUE SOMENTE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA:	25	0.06%
TOTAL DE PRETENDENTES QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA:	23.313	52.72%
TOTAL DE PRETENDENTES HABILITADOS NA REGIÃO NORTE	1.567	100%
QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA (REGIÃO NORTE):	1.022	65.22%
TOTAL DE PRETENDENTES HABILITADOS NA REGIÃO NORDESTE	5.746	100%
QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA (REGIÃO NORDESTE):	3.317	57.73%
TOTAL DE PRETENDENTES HABILITADOS NA REGIÃO CENTRO-OESTE	3.322	100%
QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA (REGIÃO CENTRO-OESTE):	2.031	61.14%
TOTAL DE PRETENDENTES HABILITADOS NA REGIÃO SUDESTE	20.954	100%
QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA (REGIÃO SUDESTE):	11.143	53.18%
TOTAL DE PRETENDENTES HABILITADOS NA REGIÃO SUL	12.633	100%
QUE ACEITAM CRIANÇAS DA RAÇA INDÍGENA (REGIÃO SUL):	5.800	45.91%

Fonte: Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²

Cumpramos ressaltar, por oportuno, que, de um total de pretendentes à adoção cadastrados de 44.222, o que equivale a 100% do quantitativo;

² Idem, idem.

mais da metade, cerca de 52,72% aceitam crianças da raça indígena, como também a taxa de porcentagem regional oscila em torno de 50% do total de pretendentes habilitados, que aceitam crianças da raça indígena.

Nesse condão, pode ser observado ainda, que hoje, no Brasil, existe um número muito maior de pessoas, cadastradas como pretendentes à adoção, cerca de 44.222, enquanto que para serem adotadas, existem apenas 9.028 crianças/adolescentes cadastrados.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional no último século se fortaleceu nos pilares da democracia que derrubou os muros de diversos países, com novos ordenamentos jurídicos em diversas partes do mundo. Pela razão kantiana, encontra-se uma razão abrangente da humanidade que foi reconhecida na Conferência de Viena de 1993 sobre os direitos humanos, onde o direito ao desenvolvimento se moldou como uma ferramenta essencial para a realização dos direitos humanos, quando foi reconhecida a cooperação internacional, através de uma parceria global, com o fito de equilibrar o meio ambiente econômico no plano mundial pela universalidade, interdependência e individualidade dos direitos humanos.

O direito ao desenvolvimento sustentável, à justiça social, solidariedade e cooperação internacional, dentre outros tópicos passaram a apresentar relevância no plano internacional e a ter espaço na agenda internacional, concernente às mudanças sociais e econômicas nos últimos 20 (vinte) anos, num processo de evolução.

Desta feita, o direito ao desenvolvimento sustentável se constitui como proteção estatal dos direitos humanos, tendo o seu nascedouro nos conflitos bipolares entre Leste/Oeste, na fase pós-guerra, através de um plano de economia mista com o escopo de sanar as assimetrias internacionais. Surge desse ideal o princípio do tratamento diferenciado para os países em desenvolvimento, que culminam muitas vezes em reivindicações de negociações globais.

A erradicação da pobreza urge regras internacionais mais estáveis que possam valorizar o crescimento da produtividade dos países, a valorização do homem e a sua felicidade, com políticas públicas que possam promover a saúde, a educação e o meio ambiente.

A explicação de como a economia de um determinado país funciona é oferecida por uma teoria ou modelo econômico. Assim, o modelo econômico busca explicar fenômenos reais que envolvem as pessoas, as empresas e o Governo, de forma abstrata, buscando explicar os comportamentos através de indicadores econômicos.

É preciso microrreformas, tais como, a flexibilização do direito trabalhista, como também maior incentivo à criatividade dos trabalhadores, para que estes se condicionem às mudanças frequentes, mesmo em empresas diversas, para que sejam capazes de utilizar novos métodos de trabalho, operar novas máquinas e o que mais se ofereça. A educação deve ser prioridade nacional. É preciso um desenvolvimento sustentável que venha proteger as famílias de baixas rendas, para fins de erradicação da pobreza.

Na realidade, existe uma disparidade entre os países, em relação à Europa e aos EUA, quanto aos demais estados. Dessa feita, é preciso erradicar a pobreza pela melhoria da saúde, educação e do transporte, além do meio ambiente, dentre outros fatores.

Os instrumentos legais internacionais têm sido aprovados, no sentido de assegurar os direitos fundamentais e, sobretudo, os direitos humanos internacionais, além de proteger e promover a diversidade das expressões culturais, como forma de preservação da cultura.

Mas é preciso ressaltar que o respeito à cultura indígena não é um direito absoluto, considerando que o direito à cultura não pode se sobrepor aos direitos humanos, consagrados no plano internacional. Hoje, os povos indígenas não estão afastados por completo de outras civilizações e tem sido assegurado aos mesmos, o acesso à informação.

O direito das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, ou religiosas ou linguísticas não pode ser contrário às normas internacionais e dessa forma, o direito à tolerância deve ser respeitado em prol da cultura de paz, em substituição a cultura de guerra, mesmo porque todas as pessoas são iguais, em homenagem ao princípio da dignidade humana.

A diversidade cultural é expressão da democracia, tolerância, justiça social e mútuo respeito, não sendo possível alegar o direito da diversidade cultural, em desrespeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Diante do quadro de adoção no Brasil, verifica-se que existe um número deficitário de crianças ou adolescentes para suprir a demanda dos pretendentes à adoção cadastrados.

Por outro lado, existe um projeto de lei³, que busca sanar com essa problemática de infanticídio indígena e que encaminha as crianças salvas para a adoção. Essa é a grande porta de saída para essa problemática, cabendo dentre muitas pessoas, além do profissional de saúde que se depare com essa situação da gravidez de gêmeos da indígena, que fosse utilizada a técnica da argumentação para buscar convencer as pessoas interessadas que as crianças gêmeas deveriam ser encaminhadas para a adoção.

Deve ser ressaltado, que todo esse processo de discurso argumentativo é necessário, considerando que o projeto de lei, pertinente à questão proposta, ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

Nesse diapasão-conclusivo, importa ressaltar que, ainda que não se consiga salvar todas as crianças da Tribo dos “Yanomamis”, ou mesmo de qualquer outra Tribo, de sofrerem o crime de infanticídio, mas para aquela que for livre desse destino cruel, ainda que seja apenas uma criança, para essa, valeu a tentativa de reescrever a História.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2018

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

ONU. **Agenda 2030**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 25/08/2018.

ONU. **A Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas**. c1995. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/dec92.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

3 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessionid=B1A28692A9835DB551DF70DB76E88E92.proposicoesWebExterno2?codteor=459157&filena-me=PL+1057/2007>. Acesso em: 30 nov. 2018.

ONU. **Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais**. 1978. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecRacPrecRac.html>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**: perguntas e respostas. Rio de Janeiro: UNIC. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001850/185079por.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais**. [S.l.]: Unesco, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração de Princípios sobre a Tolerância**. São Paulo: UNESCO, 1997. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração sobre as responsabilidades das gerações presentes em relação às gerações futuras**. Brasília, DF: UNESCO, 1997. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001108/110827por.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração universal sobre a diversidade cultural**. [S.l.]: Unesco, 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

REFORMA DA PREVIDÊNCIA: A QUEM INTERESSA?

SOCIAL SECURITY REFORM: WHO INTERESTS?

Flavia Emilia Silva de Oliveiraⁱ

Lindinei Rocha Silvaⁱⁱ

Hilton Neves Filhoⁱⁱⁱ

Resumo: Este artigo tem o objetivo de apresentar uma reflexão sobre um fato contemporâneo que tem causado grandes debates no Brasil: a Reforma da Previdência Social. Proposta no Congresso Nacional pelo Presidente da República, sob o pano de fundo da transição da presidência do País, após o *impeachment*, o projeto tem sido anunciado como o carro chefe da gestão do Poder Executivo. Para discutir os limites possíveis da proposta de Reforma da Previdência Social, servir-nos-emos da Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, das declarações e intenções escusas da proposta amplamente divulgadas e apoiadas pelas mídias do País. Um dos conceitos norteadores de nossa análise baseia-se na premissa do pedagogo Paulo Freire ao defender que a leitura crítica do mundo precede a leitura da palavra. Desta forma, é preciso ir além das palavras, ter uma visão crítica do mundo que subsidie sua interpretação. As discussões e reflexões deste artigo buscam fomentar o debate sobre um tópico que diz respeito a todo cidadão brasileiro, afetando-o indelevelmente no presente e no futuro, assim como repensar o papel preponderante do acesso à informação, questionando as intenções e os meios de divulgação midiático.

i Mestre em Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Possui especialização em Direito Previdenciário pela Escola Superior Verbo Jurídico (ESVJ) e Graduada em Direito pela Universidade Iguazu (UNIG).

ii Doutor em Letras Neolatinas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Mestre em Língua Espanhola e Literaturas Hispânicas - UFRJ. Bacharel e Licenciado em Letras (Português-Espanhol) UFRJ. Bacharel em Direito. Atualmente é Coordenador de Extensão, do NAPNE e professor no IFRJ.

iii Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela UNIG - Universidade Iguazu. Pós Graduado em Psicologia Jurídica pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário Augusto Motta - UNISUAM

Palavras-chave: Cidadania. Justiça Social. Reforma da Previdência. Previdência Social.

Abstract: This article aims to present a reflection on a contemporary fact that has caused great debates in Brazil: the Social Security Reform. Proposed in the National Congress by the President of the Republic, under the backdrop of the transition of the presidency of the country, after the impeachment, the project has been announced as the flagship of the executive branch management. In order to discuss the possible limits of the Social Security Reform proposal, we will use the Federal Constitution of 1988 and, above all, the statements and intentions of the proposal, widely disseminated and supported by the country's media. One of the guiding concepts of our analysis is based on the pedagogue Paulo Freire's premise in arguing that the critical reading of the world precedes the reading of the word. In this way, it is necessary to go beyond words, to have a critical view of the world that subsidizes their interpretation. The discussions and reflections of this article seek to foment the debate on a topic that concerns every Brazilian citizen, affecting it indelibly in the present and in the future, as well as rethinking the preponderant role of access to information, questioning the intentions and means of disclosure media.

Keywords: Citizenship, Social Justice, Social Security Reform, Social Security

1 INTRODUÇÃO

“O pior analfabeto é o analfabeto político. Ele não ouve, não fala, nem participa dos acontecimentos políticos. [...] Não sabe o imbecil que, da sua ignorância política, nasce a prostituta, o menor abandonado e o pior de todos os bandidos, que é o político vigarista, pilantra, corrupto e lacaio das empresas nacionais e multinacionais.”
(Bertolt Brecht)

Há uma máxima atribuída a Monteiro Lobato no que diz respeito ao êxito de uma nação: “um país se faz com homens e livros”. Infelizmente, nossa realidade nacional nos mostra que boa parte da população tem acesso precário à educação, vista por muitos, inclusive, como um luxo para as camadas menos favorecidas da sociedade. Se são raros os leitores e os livros no País, o que dizer dos homens? Nesse caso, nem cabe à po-

liticamente correta substituição de “homem” por “humanidade”, porque são os do gênero masculino a maioria esmagadora que conduz o País, e não parecem fazer jus aos homens a que se referia Monteiro Lobato, pelo contrário, ratificam outra mazela nacional, a falta de representatividade da população no cenário político.

Obviamente, não é possível em um artigo discutirmos tamanho desmando no País, por isso, deter-nos-emos na controvertida proposta de Reforma da Previdência apresentada pelo governo Michel Temer ao Congresso Nacional. Analisaremos tal tema à luz do conceito de leitura crítica do mundo de Paulo Freire (1985), dando relevo a vozes destoantes do discurso midiático apresentado nos telejornais da TV. A complexidade da proposta do Governo e o exíguo espaço de um artigo nos levam a restringir nossa análise ao questionamento de algumas informações amplamente divulgadas na grande mídia como axiomas. Vamos trazer à tona o comentário de especialistas no assunto e elaborar algumas considerações sobre o tema.

2 REFORMA DA PREVIDÊNCIA PROPOSTA PELO GOVERNO FEDERAL

Tema de suma importância na atualidade é a Reforma da Previdência pretendida pelo Governo Federal, que não mede esforços para sua aprovação e retira do trabalhador direitos sociais duramente conquistados e garantidos pela Constituição Federal.

Não se pode olvidar da pretensa reforma da Previdência pelo Governo Federal que, *data maxima venia*, lascera o Direito Previdenciário construído e historicamente embasado nos direitos sociais lutados e conquistados.

A Previdência Social é fruto de uma intensa luta dos trabalhadores. Para Mano (2016) a Previdência Social representa uma perspectiva de solidariedade intergeracional e de capacidade para o trabalho, já que aqueles(as) inseridos no mercado contribuem diretamente para a proteção social, para diversos riscos sociais, dentre eles dos que perderam temporária ou permanentemente a sua capacidade laborativa.

De acordo com o renomado constitucionalista José Afonso da Silva, “direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, que possibilitam melhores condições de vida aos

mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (SILVA, 2012, p. 286).

O direito à Seguridade Social é um direito de luta por séculos, com a missão de pavimentar o caminho para o futuro. Vianna faz menção a um provérbio chinês que diz que “os inteligentes aprendem com os próprios erros, os sábios aprendem com os erros dos outros e os burros nunca aprendem” (SILVA, 2012, p. 3) para explicitar que a evolução histórica de qualquer instituto do Direito não é mera formalidade de qualquer assunto, mas o caminho necessário para a compreensão do objeto sob todos os ângulos.

O Direito Previdenciário, tal como o Direito Ambiental, é dotado de alto teor de humanismo e universalidade, não se destinando à proteção dos interesses de um indivíduo, mas dos mais necessitados dentre o gênero humano (BONAVIDES, 2007, p. 569). A solidariedade se correlaciona com os direitos essenciais, afigurando-se como fecundação a responsabilidade de cada membro da sociedade em prol de todos.

Assim, o Direito assume um novo papel de mediador do agir humano na busca do equilíbrio e da integridade do planeta, implorando por um olhar sobre o outro, o humano (SILVA, 2011).

O Estado deve ser partícipe do princípio constitucional da solidariedade, no que diz respeito à garantia das aposentadorias e benefícios previdenciários, para além da materialização do direito à sobrevivência dos trabalhadores. No entanto, a Previdência torna-se uma grande fonte de arrecadação administrada pelo Estado e, nesse sentido, os seus recursos se constituem como objeto de disputa política e econômica.

1.1 Argumentos do Governo Federal para a Reforma

O discurso recorrente da necessidade de contenção dos gastos com a Previdência começa a ser deflagrado a partir da década de 40, mas ganha mais força nos anos 80, mediante os altos índices de desemprego, inflação e crise econômica (AMARO; MENEGUIN, 2003). Os argumentos de comprovação do déficit previdenciário estavam circunscritos em envelhecimento populacional: descompasso entre arrecadação e despesas, entre trabalhadores ativos e inativos, principalmente devido ao desemprego e aumento da expectativa de vida (CASTOR, 1999).

Sobressai desse contexto o discurso da inviabilidade de manter a política previdenciária nos mesmos moldes e necessidade de operar uma “reforma”. Segundo Wagner, Rambo e Andrade (2017), o Governo Federal está tentando, mais uma vez, mudar as regras de aposentadoria e pensão para os trabalhadores da iniciativa privada e para os servidores públicos, excluindo da proposta de alteração, apenas, os policiais, bombeiros militares e os militares das Forças Armadas.

Com esse objetivo, apresentou ao Congresso Nacional, em 05/12/2016, a Proposta de Emenda Constitucional nº 287 (PEC 287/2016), que, para entrar em vigor, deverá ser aprovada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (Congresso Nacional), com maioria de três quintos dos membros da Casa do Congresso, na forma do art. 60, § 2º, da CF (SILVA, 2012, p. 527). O argumento utilizado é o de que a Reforma é imprescindível para evitar a “quebra” do sistema previdenciário, afirmando o Governo Federal que há déficit da Previdência, ou seja, que os valores gastos com aposentadorias e pensões seriam maiores que os valores arrecadados para cobrir essas despesas.

1.2 A Seguridade Social é estruturalmente superavitária

Estudos feitos pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP) mostram uma situação bem diferente. Eles revelam que o tal déficit não existe, mas decorre da forma de cálculo utilizada pelo Governo para contabilizar as receitas e despesas da Previdência (WAGNER; RAMBO; ANDRADE, 2017).

A Constituição Federal estabeleceu um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, Seguridade Social, destinados a assegurar direitos relativos: à saúde (para todos), à assistência social (para quem precisa) e à Previdência Social (que abrangem o pagamento de aposentadorias, pensões e demais benefícios previdenciários) (SILVA, 2012, p. 830). Para financiar a Seguridade Social, em seu artigo 195, a Constituição Federal estabeleceu diversas fontes de recursos: contribuição previdenciária paga pelos trabalhadores e empresas, COFINS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), PIS/PASEP, recursos do próprio orçamento da União, Estados, Municípios e Distrito Federal etc.

Desse modo, todos esses recursos devem financiar

“a Seguridade Social **como um todo** (saúde, assistência social e Previdência Social). E ele tem sido mais do que suficiente para isso: só no ano de 2014, por exemplo, já descontadas as despesas com as três áreas da Seguridade Social, sobraram mais de R\$ 54 bilhões. Em 2015, a sobra foi de mais de R\$ 11 bilhões e 200 milhões. **Ou seja, não está faltando dinheiro para sustentar a Previdência Social!** (WAGNER; RAMBO; ANDRADE, 2017, p. 6, grifo do autor).

Considerando-se as receitas e as despesas de 2016, R\$ 718,9 bilhões e de R\$ 776,0 bilhões, respectivamente, percebe-se que a Seguridade Social apresentou um resultado negativo de R\$ 57,0 bilhões nesse ano. O acompanhamento das receitas e das despesas nos últimos 12 anos permite identificar os números de 2016 como resultantes de fatores conjunturais. De 2005 a 2016, os números da Seguridade Social produziram, em média, R\$ 50,2 bilhões de superávit anuais, mesmo considerando o resultado negativo de 2016 - único da série (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017, p. 53).

Corroborando com os dados da ANFIP, concluiu a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Previdência, sob a presidência do Senador Federal Paulo Paim (PT-RS), sendo aprovado, por unanimidade, o relatório final do senador Hélio José (Pros-DF), que a Previdência é superavitária, além de sugerir projetos de lei e emendas à Constituição para aperfeiçoar a legislação e a solicitação de algumas providências do Governo Federal (AGÊNCIA SENADO, 2017a), conforme principais pontos do relatório (AGÊNCIA SENADO, 2017b):

Quadro 1 - Principais pontos do relatório da CPI da Previdência

Principais pontos do relatório da CPI da Previdência	
Problemas apresentados	
Estimativas falhas	Estimativas que serviram de base para a proposta de reforma em tramitação no Congresso têm erros e imprecisões. Tomou como base um ano de forte recessão e parâmetros irrealistas, delineando um futuro caótico.

Fraudes	A gestão para concessão e manutenção de benefícios está sujeita a fraudes e erros que impactam negativamente as contas. Na maioria dos casos, os crimes não são praticados por segurados comuns, mas por quadrilhas especializadas.
Desvios de recursos	Historicamente os recursos previdenciários sofreram significativas apropriações por parte da União, resultando na destinação de dinheiro para outros gastos de interesse do Governo.
DRU	Com a criação da DRU (Desvinculação de Receitas da União), uma parcela significativa dos recursos originalmente destinados ao financiamento da Previdência foi redirecionada.
Empresas públicas	Além do setor privado, as empresas públicas também têm acúmulo de débitos previdenciários que impactam o sistema.
Leniência	O Estado Brasileiro é leniente com as empresas devedoras, as quais, por sua vez, beneficiam-se de uma legislação permissiva.
Isenções	Há de parte do Governo uma recorrente prática de criação de mecanismos de isenção fiscal e parafiscal para empresas e entidades diversas, algo que também tem contribuído negativamente para as contas do setor.
Refis	O parcelamento e o perdão de multas, de juros, de correção monetária e de encargos legais tornaram-se algo recorrente, mesmo em períodos de prosperidade econômica, e esta prática tem se tornado uma constante, com prejuízo da Seguridade Social.
Diferença de tratamentos	A legislação, que é generosa em conceder o perdão de dívidas e oferecer parcelamentos benevolentes aos sonegadores da seguridade, não pode ser rigorosa com o corte da despesa de benefícios dos miseráveis e dos trabalhadores, aposentados e pensionistas.
Envelhecimento da população	As projeções do Governo levam em conta um envelhecimento exagerado da população, ao passo que consideram o crescimento do PIB muito abaixo da média histórica nacional. Tais falhas exacerbam a previsão futura de necessidade de financiamento do RGPS (Regime Geral de Previdência Social).
Soluções propostas	
Políticas de desonerações	O Governo tem que reavaliar toda a política de desonerações e de renúncias fiscais, de tal forma que a contribuição equitativa de todos os segmentos econômicos impacte positivamente no resultado da arrecadação.
Apoio às carreiras	A Administração Pública Federal precisa apoiar as estruturas de arrecadação, cobrança da dívida ativa, e de prestação de serviços aos segurados do RGPS. Deve ainda ampliar os quantitativos de auditores fiscais dedicados à arrecadação da Seguridade Social.

Tecnologia	O Poder Executivo deve intensificar o uso das tecnologias de informação e Inteligência na fiscalização tributária, de forma a aumentar a produtividade e eficiência do Fisco.
Legislação	É necessária a urgente modernização da legislação que rege a execução fiscal. Desde 2009, tramita no Congresso o PL 5080 com essa finalidade. O Executivo deve requerer a urgência constitucional para a tramitação da proposta, que está parada na Câmara.
Mutirão	O TCU, o Ministério da Fazenda e a Receita Federal devem em caráter emergencial reforçar suas estruturas e promover mutirões para o julgamento de todos os recursos administrativos que envolvam contribuições sociais até o fim do ano de 2018.
Combate a fraudes	É recomendável a adoção de estratégia permanente e integrada de combate às fraudes e crimes contra a Previdência, nos moldes da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), assim como a adoção de mecanismos de verificação e revisão periódica de benefícios.
Extinção do Refis	A política de concessão de parcelamento de dívidas (Refis) deve ser revista. Na atual concepção, virou prática perniciosa e passou a representar um estímulo à sonegação e à livre concorrência, ao deixar os contribuintes adimplentes em desvantagem.
Propostas legislativas	A CPI elaborou dois projetos de lei e três propostas de emenda à Constituição que vão viabilizar algumas das sugestões apresentadas. Por não dependerem da iniciativa do chefe do Executivo, podem começar a tramitar de imediato.

Agência Senado (Reprodução autorizada mediante citação da Agência Senado)

Fonte: (AGÊNCIA SENADO, 2017b).

Os resultados da Seguridade Social sempre foram superavitários, e suas receitas sempre superaram as despesas. A insistência em renovar periodicamente as desvinculações de Receitas da União focadas nas contribuições sociais é uma prova cabal. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017).

“Apesar de o resultado ter sido negativo em 2016, a Seguridade é estruturalmente superavitária. Os números variam ano a ano. As receitas crescem mais ou menos em resposta à economia. As despesas atendem às prioridades políticas, determinando mais ou menos gastos sociais, seja pela definição do salário mínimo, pelo nível de gastos em saúde ou pela criação de novos programas e ações. Mas, de 2005 a 2016, apenas no último ano não houve supera-

vit (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017, p. 53).”

Entretanto, para justificar a alegação de que existe déficit, ao invés de considerar o total das receitas previstas para custear a Seguridade Social, o Governo calcula as despesas e receitas da Previdência Social como se fosse algo totalmente separado. Assim, fica claro que a razões da reforma não se prendem, necessariamente, à falta de recursos para o custeio dos benefícios

3 A REFORMA DA PREVIDÊNCIA, A QUEM BENEFICIA?

Mesmo pagando a conta, como contribuinte, a população brasileira ainda não percebeu que o Governo não faz favores, é seu papel precípua promover a justiça social por meio de programas e “benefícios” financiados pela própria população. Ser cidadão é, antes de tudo, ter consciência de que tem direito a ter direitos. A aposentadoria é um desses direitos assegurados na Carta Magna, e, portanto, deve ser observado com lupa a proposição de alterações no rol de direitos constitucionais.

O discurso político, disfarçado de econômico e social, patrocinado pelo Governo ao defender a Reforma da Previdência ganha ares de verdade ao ser ratificado pelos meios de comunicação do País. A propaganda promovida pelo Governo e apoiada pelos conglomerados midiáticos quer nos fazer crer que o déficit fiscal da Previdência é culpa do trabalhador, que quer se aposentar antes do tempo, sem fazer jus a esse direito. Pela nova proposta, é preciso trabalhar mais tempo e receber um benefício menor. Em momento algum se cogita a cobrança dos maiores devedores da Previdência Social, megaempresas e bancos, conforme atesta a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, responsável pela cobrança dessas dívidas.

O discurso da Reforma da Previdência Social ignora os R\$ 426 bilhões que não são repassados pelas empresas ao INSS. O valor da dívida equivale a três vezes o chamado déficit da Previdência em 2016.

“Os devedores da Previdência Social acumulam uma dívida de R\$ 426,07 bilhões, quase três vezes o atual déficit do setor, que foi cerca de R\$ 149,7 bilhões no ano passado. Na lista, que tem mais de 500 nomes, aparecem empresas públicas, privadas, fundações, governos estaduais e prefeituras que devem ao Regime Geral da Previdência Social. (LEÓN, 2017).”

Esta informação, obviamente, não tem a divulgação necessária, pois colocaria abaixo o maior argumento dos que defendem a Reforma da Previdência, projeto em análise na Câmara dos Deputados. Conforme atesta a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal e centrais sindicais, é imperativo que haja mudanças na forma de arrecadação e cobrança de débitos previdenciários:

“É preciso fazer primeiro ajustes no lado das fontes de financiamento. Ou seja, cobrar essa dívida que é dinheiro sagrado de aposentados e pensionistas e foi ao longo do tempo acumulada, gerando quase de R\$ 500 bilhões de débitos inscritos, fora o que está na fase administrativa. O índice de recuperação é pequeno e lento, temos que criar métodos mais ágeis de recuperação desses recursos. (LEÓN, 2017).”

Se realmente há um déficit na Previdência, por que não se cobra das grandes empresas as dívidas acumuladas? Fica claro que uma reforma que protege os mais ricos em função da espoliação dos mais pobres é uma forma de promover a justiça social às avessas. O reflexo de tal raciocínio pernicioso e excludente talvez explique a gritante desigualdade na distribuição de renda no Brasil, estampada em todas as manchetes dos jornais (O 1% MAIS..., 2017).

Como é possível buscar um equilíbrio social, de modo que todas as pessoas que compõem a sociedade tenham os mesmos direitos, se as forças políticas e econômicas (governos e empresas) estão mancomunadas para transformar a legislação que garantia direitos fundamentais em letra morta?

No artigo “Reforma da Previdência: entenda a proposta em 22 pontos”, o jornal O Globo apresenta uma série de questões que subsidiariam a necessidade da reforma (REFORMA..., c1996-2018). Nos telejornais, da mesma maneira, há uma unanimidade entre os especialistas convidados a opinar sobre o assunto. Todos declaram a inexorabilidade da Reforma da Previdência.

Este mesmo discurso foi usado para promover a Reforma Trabalhista, que potencializou a precarização das condições de trabalho, dando ao patrão uma série de prerrogativas antes vedadas. No caso da proposta de Reforma da Previdência busca-se uma fórmula que obrigue o trabalhador a estar empregado depois dos 60 anos, sem garantir que o mercado oferecerá oportunidades de trabalho para pessoas que já não estão no auge da produtividade.

Entender os discursos veiculados pela mídia exige que não sejamos inocentes, que leiamos nas entrelinhas, que levemos em consideração as intenções que podem subjazer o discurso salvador. Como afirma o pedagogo brasileiro Paulo Freire (1985), no que concerne à vinculação da leitura da palavra à interpretação do mundo, só é possível entender a escrita por meio do mundo concreto; para isto é necessário analisar os discursos que estão por trás destes enunciados, que nunca são gratuitos, mas dirigidos meticulosamente por uma ideologia subjacente. Portanto, o leitor não pode ser ingênuo, precisa fazer uma leitura que leve em conta o texto e o contexto para que possa ser compreendido criticamente. Ler a palavra é ir além do que está escrito.

Nosso país vive uma das mais graves crises políticas de sua história, com um presidente que já enfrentou no Congresso Nacional dois processos de *impeachment* na mesma legislatura. E até o final do mandato, um novo processo de *impeachment* pode estar a caminho. Um presidente no exercício do mandato é denunciado pelo crime de corrupção passiva, como parte do inquérito que também investiga se houve obstrução da Justiça e organização criminosa. Este cenário político precisa ser tirado do foco. É uma forma de desviar a atenção para assuntos que pareçam extremamente urgentes e de efeito pirotécnico.

Não podemos nos furtar à reflexão sobre o papel que a mídia vem exercendo sobre a opinião pública, apresentando reportagens sobre a emergência da Reforma da Previdência. A liberdade de imprensa é uma conquista legítima e imprescindível ao regime democrático de direito, é um valor fundamental à realização formal e material da democracia. Entretanto, não se pode aceitar uma imprensa parcial e política e economicamente comprometida, pois a mídia tem um papel influenciador sobre a população e seus reflexos podem ser devastadores, caso opte por alienar a população apresentando apenas um ponto de vista sobre a questão de grande importância como é a reforma da Previdência Social.

Como se sabe, a notícia é um combustível social. É a partir da informação que se estabelecem os diálogos, que se constroem ideias, que se interage com o outro. Este é o papel principal da imprensa: fomentar o debate na sociedade, mostrando diferentes perspectivas de um mesmo assunto.

Uma população verdadeiramente esclarecida deve saber ler a notícia, criticar, dialogar com as informações, não apenas aceitá-la como

verdade absoluta. A leitura crítica das notícias, baseada em uma leitura da palavra contextualizada, é essencial para a participação livre e esclarecida das pessoas no debate público das ideias políticas. Indubitavelmente, a informação é a maior arma contra a corrupção. A imprensa livre e independente pode ser considerada um quarto poder, responsável por fiscalizar, extraoficialmente, e dar publicidade aos atos do Governo de forma a manter a população informada.

4 A REAL INTENÇÃO DA REFORMA PELO GOVERNO

Segundo Wagner, Rambo e Andrade (2017, p. 7), nem todas as receitas que deveriam ser destinadas à Previdência chegam efetivamente aos seus cofres: “Metade do valor que o Governo alega que seria déficit equivale a renúncias fiscais, ou seja, valores que ele mesmo deixa de cobrar para beneficiar determinadas situações ou instituições a empresas”.

Desde o ano de 2000, 20% do valor recolhido a título de contribuições sociais (ou seja, boa parte dos recursos que iam para a Previdência Social) pode ser usado, de forma legal, para pagar outras despesas que não da Seguridade Social (WAGNER; RAMBO; ANDRADE, 2017).

“Em 2016, foi promulgada a EC nº 93, que restabeleceu a DRU (Desvinculação de Receitas da União) até 2023. Com ela, 30% das receitas de contribuições sociais, exceto a previdenciária, deixam de compor o financiamento da Seguridade Social e podem ser gastas em outras áreas a critério do Governo Federal. Também são desvinculados 30% das receitas de taxas. Apesar de a publicação ocorrer em setembro de 2016, uma cláusula especial de vigência fez com que os efeitos dessa subtração de recursos retro-agissem a 1º de janeiro de 2016 (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017, p. 44).”

“A exclusão previdenciária, que hoje já alcança um terço dos trabalhadores ocupados sem cobertura previdenciária, dentre eles os mais de 10,6 milhões de empregados sem carteira assinada, deve aumentar” (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017, p. 42), seja pelos efeitos da reforma trabalhista, seja pelos efeitos da própria reforma da previdência.

Conforme denúncia a ANFIP (2017), “o tratamento privilegiado concedido a fraudadores e sonegadores das contribuições previdenciárias vai permanecer. E, para dar continuidade a esse tratamento, o Governo enviou para o Congresso, em 2017, três programas de parcelamento de dívidas previdenciárias, inclusive um para as contribuições do campo, com altos índices de perdão de juros e multas e com prazos de vinte anos. Como invariavelmente essas medidas viram leis, a sanção governamental convalida o conjunto das benesses” (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017, p. 42).”

“Em contrapartida, para os segurados, a reforma reserva maiores contribuições, mais exigências e menores benefícios. [...] Para muitos trabalhadores as novas regras exigem condições inalcançáveis. A reforma impõe 25 anos de contribuição (300 contribuições) como requisito mínimo para a aposentadoria. Quase 30% dos segurados do RGPS possuem menos de seis contribuições em cada ano e precisariam mais de 50 anos de trabalho para completar essa exigência. Do total de trabalhadores segurados, 42% apresentam nove ou menos contribuições por ano. Esse conjunto possui apenas 4,9 contribuições de média anual. Nessas condições, mantida a mesma frequência contributiva, completar 300 contribuições exige seis décadas no mercado de trabalho. Isto é uma média nacional. Nas pequenas cidades, na periferia das metrópoles, para as mulheres, para os segmentos de menor escolaridade, a exclusão será maior, considerando a dificuldade de inserção no mercado de trabalho. A reforma construirá uma legião dos sem-aposentadorias. E, naturalmente, esse fato será um grande incentivo para a informalidade (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017, p.p. 42-43).”

O relator da CPI da Previdência afirma que o Governo apresentou à população brasileira “dados irreais e contas que não procedem”, promovendo “massiva propaganda enganosa e terrorista para mentir e aterrorizar a população” (AGÊNCIA SENADO, 2017a).

“Para que o trabalhador tenha acesso a um benefício equivalente à sua média de contribuições, a reforma exigirá 40 anos de contribuições. Se a exigência de 25 anos (300 contribuições) já é excessiva para a grande maioria dos trabalhadores, 40 anos (480 contribuições) é um escárnio.

Essa reforma apresenta um total descompasso com a realidade do mercado de trabalho brasileiro.

A reforma, que aumenta o tempo de contribuição dos trabalhadores para 25 anos no mínimo e para 40 anos para a aposentadoria integral, é a mesma que mantém inalterado em cinco anos o tempo de decadência e prescrição das dívidas previdenciárias das empresas.

O incentivo à privatização da cobertura previdenciária é grande. Para os regimes próprios de previdência dos servidores, esse efeito pode ser imediato, pois a reforma acabou com as exigências de que a previdência complementar tenha que ser feita por entidades fechadas de natureza pública. Planos promovidos por entidades abertas são exatamente os oferecidos pelos bancos e outras entidades financeiras. Para o RGPS, as novas exigências e as incertezas promovidas pelas mudanças passam uma percepção de que a saída, para os que podem, está nos planos de previdência privada. Se em janeiro de 2017, os prêmios arrecadados pelos diversos planos privados somaram R\$ 1,6 bilhão, em junho do mesmo ano, esse valor já era de R\$ 1,8 bilhão – um aumento de 12% (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017, p. 43).”

Assim, os “incentivos” da reforma da Previdência diminuem os efeitos da crise para esse segmento.

A partir dos dados revelados pela ANFIP, o que fica evidente é que as questões relativas à Previdência Social não estão sendo tratadas de forma séria pelo Governo, pois é sabido que existem fatores que exigirão adaptações do sistema previdenciário e que devem ser discutidos pela sociedade como, por exemplo, o aumento da expectativa de vida e o envelhecimento da população.

Entretanto, o que se apresenta agora não é um debate por meio de dados reais, análises aprofundadas da questão, pelo contrário: o Governo resolveu adotar a opção mais simples, que é a de penalizar a classe trabalhadora aumentando o tempo para a aposentadoria e reduzindo o valor dos benefícios, tudo com o suposto objetivo de corrigir o “rombo” que não é culpa do trabalhador, e, pior, rombo que nem sequer existe.

A reforma proposta só tende a repetir o que tem ocorrido nas sucessivas reformas da Previdência, cujo foco foi de mudar os benefícios para reduzir seu valor e aumentar os requisitos e carências. Em consequência, os prejudicados são sempre aqueles que trabalham e que precisa-

ção não fazer uso do sistema. No entanto, o que poderia ser feito é extinguir a permissão de usar os recursos das contribuições sociais para outros fins; reduzir as renúncias fiscais, cobrando as dívidas e combatendo a corrupção. A Seguridade decorre da Constituição Federal, a garantia da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e é claro que não há dignidade se os benefícios previdenciários não garantirem o sustento daqueles que mais precisam de atendimento.

Então, mesmo que a Previdência fosse realmente deficitária, não parece justo ou razoável pretender diminuir as despesas reduzindo benefícios, especialmente quando não se toma providências para reduzir o maior gasto do orçamento da União, que são as despesas com juros e amortização da dívida pública, que equivalem a quase o dobro do que se gasta com toda a Seguridade Social. Portanto, os dados trazidos só reforçam a necessidade de uma discussão mais aprofundada da matéria, até para fins de estabelecimento das prioridades do Governo como representante da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conta da intervenção militar pelo Governo Federal no estado do Rio de Janeiro, a reforma da Previdência não pode nem tramitar no Congresso. Realmente, é um alívio pensar que, pelo menos temporariamente, esta malfadada reforma saiu dos holofotes do Governo e da mídia. Obviamente, a própria intervenção é uma tentativa de manobra política, ainda mais porque 2018 é ano eleitoral, e nenhum parlamentar votaria uma matéria tão controversa, capaz de inviabilizar o partido político ou sua candidatura.

Este desfecho inesperado da proposta de Reforma da Previdência é uma prova cabal do poder imenso de dissuasão do Governo, capaz de enterrar uma proposta tida como de honra para o atual mandatário. Tais reviravoltas são a expressão de um governo acossado tantas vezes pela ganância de poder unilateral, que busca sustentar-se no poder, seja por alianças espúrias com outros partidos, seja pela perniciosa aliança com empresas patrocinadoras de campanhas políticas. As democracias indiretas são frágeis, um grupo partidário chega ao poder e todos os meios podem ser usados para sua perpetuação.

É imprescindível ir além das palavras, das manchetes dos jornais. Ler o mundo de forma contextualizada, consciente de cada discurso esconde uma intenção não necessariamente declarada. Lutar pelos direitos adquiridos, compreendendo o sentido de liberdade de expressão do pensamento, de crítica ao Governo sem medo de represália, de uma imprensa livre que informa e não deforma.

A Constituição de 1988 assegura o direito à vida, à liberdade de pensamento e expressão, ao trabalho, à saúde, à educação como direitos fundamentais, não é admissível que reformas como a da Previdência, proposta pelo Governo, retire direitos a duras penas adquiridos. Se esses direitos integram dimensão fundamental do ser humano, é dever da Justiça assegurá-los. Negar esta garantia é negar o acesso à Justiça, é rasgar a Constituição e desconsiderar a democracia e a cidadania.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. CPI da Previdência aprova relatório final por unanimidade. **Senado Notícias**, Brasília, 25 out. 2017a. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/25/cpi-da-previdencia-aprova-relatorio-final-por-unanimidade>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

AGÊNCIA SENADO. Veja os principais pontos do relatório da CPI da Previdência. **Senado Notícias**, Brasília, 24 out. 2017b. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/24/veja-os-principais-pontos-do-relatorio-da-cpi-da-previdencia>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

AMARO, M. N.; MENEGUIN, F. B. Previdência social no Brasil: o que foi feito, o que falta fazer. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 157, p. 9-37, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/832>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Análise da Seguridade Social 2016**. Brasília: ANFIP, 2017. Disponível em: <https://www.anfip.org.br/doc/publicacoes/Documentos_02_08_2017_08_01_57.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

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

CASTOR, B. V. Custo Brasil: muito além dos suspeitos habituais. **Revista da FAE**, Curitiba, v.2, n.2, p. 1-6, maio/ago., 1999. Disponível em: <<https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/515/409>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

FREIRE, P. **A importância do ato de ler**: em três artigos que se completam. São Paulo: Ed. Cortez, 1985.

LEÓN, Lucas Pordeus. Devedores da Previdência respondem por quase três vezes o déficit do setor. **Agência Brasil**, Brasília, DF, 20 fev. 2017. Economia. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-02/devedores-da-previdencia-devem-quase-tres-vezes-o-deficit-do-setor>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

MANO, M. K. A Previdência é sustentável, mas seus recursos estão em disputa. **#carta**: ideias em tempo real, São Paulo, 24 out. 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/economia/a-previdencia-e-sustentavel-mas-seus-recursos-estao-em-disputa>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

O 1% MAIS rico do Brasil fica com 27% da renda nacional. Os 10% mais ricos, com 55%. **#carta**: ideias em tempo real, São Paulo, 14 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/economia/o-1-mais-rico-do-brasil-fica-com-27-da-renda-nacional-os-10-mais-ricos-com-55-1>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

REFORMA da Previdência: entenda a proposta em 22 pontos. **O Globo**, [s.l.], c1996-2018. Economia. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/reforma-da-previdencia-entenda-proposta-em-22-pontos-19744743>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

SILVA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Marcela Vitoriano. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do direito para o futuro. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.8, n.16, p.115-146, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/179>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WAGNER, J. L.; RAMBO, L. I.; ANDRADE, V. F. **Cartilha crítica da reforma da previdência**. Brasília, DF: Wagner Advogados Associados, 2017. Disponível em: <https://www.anfip.org.br/doc/publicacoes/Documentos_20_03_2017_18_29_12.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.