



**ANAIS DO I SIMPÓSIO
DE PESQUISA EM
DIREITO**

**UNIVERSIDADE
FEDERAL DE
UBERLÂNDIA**

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO

Anais do Simpósio de Pesquisa em Direito da Universidade Federal de Uberlândia

I Simpósio de Pesquisa em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 17 a 21 de outubro de 2016 em Uberlândia/MG.

Revista Horizonte Científico
ISSN 1808-3064

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Reitor Prof. Dr. Elmiro Santos Resende

Vice-Reitor Prof. Dr. Eduardo Nunes Guimarães

Pró-Reitoria de Graduação

Profa. Dra. Marisa Lomônaco de Paula Naves

Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação

Prof. Dr. Marcelo Emílio Beletti

Pró-Reitoria de Extensão, Cultura e Assuntos Estudantis

Profa. Dra. Dalva Maria de Oliveira Silva

FACULDADE DE DIREITO

Diretor da FADIR

Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha

Coordenação da Faculdade de Direito

Profa. Me. Maria Terezinha Tavares

Coordenador de Pós-Graduação

Prof. Dr. Fernando Martins

COMISSÃO ORGANIZADORA

Diretório Acadêmico XXI de Abril da Faculdade Jacy de Assis

Núcleo de Produção Científica da Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito - Curso de Mestrado em Direito

COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo

Profa. Dra. Cândice Lisboa Alves

Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa

Prof. Dr. Bruno Garrote Marques

AVALIADORES DOS GRUPOS DE TRABALHO

Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo

Profa. Dra. Cândice Lisbôa Alves

Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa

Prof. Dr. Bruno Garrote Marques

Gustavo Ferreira Santos

Jonatan de Jesus Oliveira Alves

REALIZAÇÃO

Faculdade de Direito – UFU

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos os anais do I Simpósio de Pesquisa em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, realizado entre os dias 17 e 21 de outubro de 2016, durante a XXIII Jornada Jurídica, no Campus Santa Mônica.

O Simpósio foi fruto de uma parceria entre o Diretório Acadêmico XXI de Abril, o Núcleo de Produção Científica e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

A apresentação de trabalhos científicos já faz parte da tradição das Jornadas Jurídicas. Neste ano, contudo, o intuito foi a institucionalização na forma de Simpósio, com o lançamento de Edital e a composição de uma Comissão de Professores da Faculdade de Direito da UFU e de outras Universidades para avaliar os resumos submetidos por pesquisadores de toda a região.

O evento também se insere nas atividades do Curso de Mestrado ao se colocar como iniciativa de professores cadastrados no Programa de Pós-graduação e ter criado espaço para a apresentação de trabalhos e coordenação de mesas por mestrandos da casa.

Os resumos expandidos que seguem nesta publicação da Revista Horizonte Científico são apenas uma pequena mostra da riqueza das discussões que pudemos desenvolver durante o Simpósio, nas principais áreas do Direito.

Uberlândia, 14 de novembro de 2016.

Beatriz Corrêa Camargo

Professora Adjunta de Direito Penal

Coordenadora do Núcleo de Produção Científica da FADIR/UFU.

Edital de Chamada de Trabalhos

A Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia por meio do Diretório Acadêmico XXI de Abril em parceria com do Núcleo de Produção Científica e o Programa de Pós-Graduação em Direito - Curso de Mestrado em Direito (PPGDI) promoverão, entre os dias 17 e 21 de outubro, o **I Simpósio de Pesquisa em Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, com o objetivo de fomentar o diálogo entre alunos, grupos de estudos, iniciação científica, professores e pesquisadores que integram a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

A programação do evento abrangerá a apresentação de resumos expandidos, previamente selecionados, a serem posteriormente publicados nos anais do evento.

Os resumos serão agrupados em quatro linhas de pesquisa: (1) Direito Público; (2) Direito Privado; (3) Direito Penal; (4) Fundamentos de Direito.

Aos autores dos resumos serão emitidos certificados de apresentação dos trabalhos por meio do Núcleo de Produção Científica, sendo estes diferenciados daqueles emitidos para os ouvintes da XXIII Jornada Jurídica, consideradas as regras previstas nesse edital.

1. Inscrição e participação no evento

1.1 O pagamento da taxa de inscrição e a aprovação dos resumos para apresentação na forma de comunicação oral são os modos pelo qual se efetivam, automaticamente, as inscrições dos respectivos autores no evento.

1.2 Os resumos poderão ser inscritos individualmente ou em coautoria, sendo, nessa hipótese, permitido o máximo de 03 (três) autores por trabalho.

1.3 Cada participante poderá inscrever (individualmente ou em coautoria) apenas 02 (dois) trabalhos no evento em grupos de trabalhos diferenciados. A inscrição de dois trabalhos no mesmo grupo de trabalho anula a análise do resumo.

1.4 Apenas aqueles que efetivamente apresentarem trabalhos, nos termos desse edital, receberão certificados de apresentação.

1.5 Ao enviar o resumo, o (s) autor (s) cede seus direitos autorais à Universidade Federal de Uberlândia, que poderá divulgá-lo de forma gratuita em qualquer tipo de mídia.

1.6 Os resumos expandidos selecionados e apresentados no evento nos termos desse edital serão oportunamente publicados nos anais do evento, em formato eletrônico.

2. Inscrição e recebimento dos trabalhos

2.1 Os resumos expandidos deverão ser encaminhados para o e-mail do evento (nucleodeproducaocientifica@gmail.com), do dia 06/10/2016 ao dia 07/10/2016.

2.2 **No corpo do e-mail**, devem constar: o nome completo dos autores do resumo, os respectivos telefones e a linha de pesquisa mais afinada com o tema do trabalho (1) Direito Público; (2) Direito Privado; (3) Direito Penal; (4) Fundamentos de Direito.

A comissão organizadora, entretanto, poderá fazer eventuais remanejamentos, para uma estruturação mais adequada dos grupos de discussão.

2.3 O **campo “assunto” do e-mail** deve ser preenchido com os dizeres “Resumo I Simpósio de Iniciação Científica”.

3. Do resumo expandido

3.1 O resumo expandido deverá ter no mínimo 5000 (cinco mil) caracteres e, no máximo, 7500 (sete mil e quinhentos), incluindo os espaços.

3.2 O arquivo com o resumo expandido deverá ter o formato “.doc”, compatível com Microsoft Word 97/2000/XP/2003; margens das páginas superior e esquerda iguais a 3 cm, e das páginas inferior e direita iguais a 2 cm; texto em fonte Times New Roman, Tamanho 12, espaçamento entre linhas 1,5.

3.3 Do nome do arquivo “.doc”, a ser anexado ao e-mail, deverão constar o(s) sobrenome(s) do(s) autor(es) em letra maiúscula e o título do trabalho (não inserido o subtítulo), chegando-se ao seguinte formato, que exemplifica resumo em co-autoria: “SOBRENOME-SOBRENOME-Título do artigo.doc”.

3.4 O resumo deverá conter os seguintes itens, observadas as especificações do item 3.2:

I – Título do trabalho em caixa alta, centralizado e em negrito. Se houver subtítulo, inserir dois pontos após o título e escrevê-lo em seguida (na mesma linha e com as mesmas especificações do título);

II – Nome completo do(s) autor(es), abaixo do título, observado o espaço de uma linha entre título e o(s) nome(s) do(s) autor(es), alinhado à direita, em itálico e sem negrito. Em caso de co-autoria, os nomes dos autores deverão estar escritos em linhas diferentes, na ordem alfabética do primeiro nome;

III – Apresentação sucinta (titulação e vínculo institucional) e endereço de e-mail do(s) autor(es), em nota rodapé, inserida logo após o nome completo do autor, com a mesma fonte do texto, mas com tamanho 10 e espaçamento simples entre linhas. Nesse rodapé, deve-se indicar também, quando for o caso, a instituição de fomento à pesquisa;

IV – Palavras-chave (mínimo de 03, máximo de 05), escritas logo após o nome do(s) autor(es), saltando-se uma linha de espaço entre os dois itens, alinhadas à esquerda, separadas por ponto-vírgula, em letras minúsculas (com exceção de nome próprio), sem qualquer destaque (negrito, itálico ou sublinhado);

V – Texto do resumo imediatamente após as palavras-chave, saltando-se uma linha entre os itens, justificado, com recuo da primeira linha de cada parágrafo de 1,5 cm, sem

inserção de qualquer linha em branco ou espaçamento especial antes e depois dos parágrafos.

VI - No resumo deve estar claro o problema de pesquisa, hipótese de trabalho, objetivo geral e específicos, marco teórico e estado da arte, de forma sucinta.

3.5 Referências e citações deverão seguir estritamente o padrão das normas da ABNT.

4. Divulgação do resultado

4.1 Após a confirmação da aprovação do trabalho para as apresentações orais, o(s) autor(es) deve(rão) procurar algum representante discente da XXIII Jornada Jurídica para efetivar o pagamento da taxa referente a inscrição nos eventos.

4.2 A inscrição deverá ser efetuada em até três (03) dias após a divulgação dos resultados para que possa ser efetuada e divulgada a distribuição dos grupos de discussão nas datas e horários do evento.

4.3 A relação dos trabalhos selecionados para apresentação oral e respectivos grupos de discussão será divulgada ATÉ O DIA 12/10/2016, no site da Faculdade, na página do evento da XXIII Jornada Jurídica e por e-mail endereçado aos autores.

5. Pagamento da taxa

5.1 O valor para a submissão de trabalhos será de R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) para graduandos da UFU ou de outras faculdades/institutos, sendo necessário os mesmos acompanharem as palestras que compõe a semana para receberem os certificados; e de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais) para mestrandos e pós-graduandos (necessário demonstrar uma forma de comprovação desse status), não sendo necessário para estes participantes acompanhar as palestras para o recebimento de certificação referente a apresentação oral.

5.2 O pagamento das taxas deverá ser efetuado com os discentes da comissão organizadora da XXIII Jornada Jurídica. Os nomes dos discentes, juntamente a forma de contata-los estará disposta na descrição do referido evento na rede social Facebook que atende pelo nome de "Jornada Jurídica - UFU 2016: "Crises Institucionais Brasileiras".

(<https://www.facebook.com/events/1171763802897614/>).

6. Apresentação dos trabalhos

6.1 A comunicação oral dos trabalhos selecionados se dará nas tardes dos dias 17, 18, 19 e 20 de outubro de 2016 (segunda, terça, quarta e quinta-feira), integrando a programação da XXIII Jornada Jurídica e do I Simpósio de Pesquisa em Direito, ambos da Universidade Federal de Uberlândia, podendo haver alteração nos horários e datas a critério da comissão organizadora.

6.2 Cada trabalho selecionado deverá ser apresentado em no máximo 10 (dez) minutos, podendo haver debate na sequência ou em momento oportuno, a critério do(s) coordenador(es) do grupo de discussão.

6.3 Na hipótese de co-autoria (vide item 1.2), a apresentação poderá ser feita por todos os autores (respeitando-se o tempo total de 10 minutos por trabalho) ou por apenas um dos autores, não se fazendo necessária a presença do(s) outro(s) ao momento da exposição.

7. Da Comissão Avaliadora

7.1 Observando-se as demandas dos órgãos de avaliação e fomento por exogenia, a Comissão Avaliadora será composta pelos membros:

Dr. Bruno Garrote Marques (Universidade de São Paulo)

Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa (Universidade Federal de Uberlândia)

Dra. Cândice Lisbôa Alves (Universidade Federal de Uberlândia)

Dra. Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia)

7.2 A Comissão Avaliadora ficará responsável pela avaliação dos trabalhos submetidos, assim como pela composição dos Grupos de Trabalho.

8. Disposições finais

8.1 Qualquer alteração realizada nesse edital será divulgada no site da Faculdade de Direito da UFU, bem como divulgado por meio do facebook e murais da faculdade.

8.2 Eventuais questões não previstas nesse edital serão solucionadas pela comissão organizadora do evento e quaisquer esclarecimentos adicionais que se fizerem necessários deverão ser solicitados pelo e-mail (nucleodeproducaocientifica@gmail.com).

Este edital entra em vigor na data de sua publicação.

Uberlândia, 16 de setembro de 2016.

Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo

Coordenadora do Núcleo de Produção Científica – FADIR/UFU

Daniel Oliveira

Secretário do Núcleo de Produção Científica - FADIR/UFU

PROGRAMAÇÃO

Direito Privado

Segunda-feira, dia 17 de outubro de 2016, Auditório do ESAJUP, das 16h às 18h

Coordenação: Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira

1. O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

Ana Flávia Silva Aguiar
Bruna Karoline Costa Lara
Gabriel Paranhos Couto Da Costa

2. GESTÃO DE COMPLIANCE E LICITAÇÕES PÚBLICAS: MECANISMOS DE MITIGAÇÃO DE RISCOS EM EMPRESAS LICITANTES SOB A PERSPECTIVA DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Maurício João Figueiredo

3. DESAFIOS MODERNOS DA GESTÃO SÓCIO-JURÍDICA DA EMPRESA: COMPLIANCE, COMO IMPLANTAR E BENEFÍCIOS

Moema Henriques Debs
Prof. Dr. Ricardo Padovini Pleti

4. INSTITUTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Renata Castro

5. SUPERENDIVIDAMENTO E CONSUMISMO: UMA PROPOSTA DE DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR ENTRE O DIREITO, A PSICOLOGIA E A SOCIOLOGIA

Samir Alves Daura

Direito Penal

Terça-feira, dia 18 de outubro de 2016, Auditório do ESAJUP, das 16h às 18h

Coordenação: Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo

1. A FORMAÇÃO DE POLÍTICAS VOLTADAS PARA A POPULAÇÃO TRANSGÊNERA NO SISTEMA PRISIONAL CANADENSE: ELUCIDANDO O CASO SYNTHIA KAVANAGH

Ana Beatriz de Araújo Cerqueira
Guilherme Djiunior Pereira de Souza
Marina Gomide Queiroz

2. RECRUDESCIMENTO POLÍTICO-CRIMINAL E O ESTADO PENAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Danler Garcia Silva

3. ENSAIO SOBRE A URGÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL À LUZ DA QUESTÃO DAS DROGAS ILÍCITAS

Gabriel Faustino Santos
Jhon Wilmar Montoya Zuluaga

4. A PSICOPATIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Caroline Aparecida Mendes

5. 250 ANOS DE BECCARIA: A INEFICÁCIA DA PENA CRUEL E OS SEUS REFLEXOS NAS POLÍTICAS CRIMINAIS DO SÉCULO XXI

Itací Alves Marinho Júnior

Direito Público

Quarta-feira, dia 19 de outubro de 2016, Auditório do ESAJUP, das 16h às 18h

Coordenação: Profa. Dra. Cândice Lisbôa Alves

1. ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS (LEI Nº 13.022/2014): INSTRUMENTO RETÓRICO DE UM CONTROLE CRIMINAL

Gustavo Ferreira Santos
Jonatan de Jesus Oliveira Alves

2. A INFALIBILIDADE PARA A CONCRETUDE DO DIREITO À SAÚDE

Raíssa Vieira de Gouveia

3. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO E A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Iris Cristina Fernanda Vieira

4. CRISE URBANA DA MORADIA ADEQUADA

Cicília Araújo Nunes
Tiago Amorim Pescara

Fundamentos do Direito

Terça-feira, dia 18 de outubro de 2016, Sala do Mestrado - FADIR, das 16h às 18h

Coordenação: Mestrandos Gustavo Ferreira Santos; Jonatan de Jesus Oliveira Alves

1. UM ESTUDO DE CASO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Cláudia Milena
João Leão

2. BREVES COMENTÁRIOS AO ENFOQUE DADO À CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PELO CNJ

Cristina Akemi Myaki Grosskopf

3. OS DELITOS DE ABUSO DE LIBERDADE DE IMPRENSA NO DIREITO PENAL DO BRASIL IMPÉRIO

Danler Garcia Silva

4. FUNDAMENTAÇÃO SÓCIO-POLÍTICO-FILOSÓFICA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Kelen Viana Silva

Quinta-feira, dia 20 de outubro de 2016, Auditório do ESAJUP, das 16h às 18h

Coordenação: Prof. Dr. Bruno Garrote

1. A FORMAÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO ATRAVÉS DE SUAS CONSTRUÇÕES LINGUÍSTICAS

Ana Beatriz Cerqueira

2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO BRASIL E PORTUGAL: UMA ANÁLISE COMPARADA

Débora Côco

Isabella Martins Cecílio

3. ESTADO PUNITIVO, SEGREGAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

Iatã de Almeida Barale

4. O JULGAMENTO DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 153 VERSUS O JULGAMENTO DE ADOLF EICHMANN, SOB O RELATO DE HANNAH ARENDT

Larissa Ribeiro de Moraes

Raissa Vieira

5. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO: DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 332 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gustavo Ferreira Santos

SUMÁRIO

1. DIREITO PRIVADO	17
1.1. O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO	18
Ana Flávia Silva Aguilár	18
Bruna Karoline Costa Lara	18
Gabriel Paranhos Couto Da Costa	18
1.2. GESTÃO DE COMPLIANCE E LICITAÇÕES PÚBLICAS: MECANISMOS DE MITIGAÇÃO DE RISCOS EM EMPRESAS LICITANTES SOB A PERSPECTIVA DA LEI ANTICORRUPÇÃO	22
Maurício João Figueiredo	22
1.3. DESAFIOS MODERNOS DA GESTÃO SÓCIO-JURÍDICA DA EMPRESA: COMPLIANCE, COMO IMPLANTAR E BENEFÍCIOS	25
Moema Henriques Debs	25
Prof. Dr. Ricardo Padovini Pleti	25
1.4. INSTITUTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL	29
Renata Castro	29
1.5. SUPERENDIVIDAMENTO E CONSUMISMO: UMA PROPOSTA DE DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR ENTRE O DIREITO, A PSICOLOGIA E A SOCIOLOGIA	33
Samir Alves Daura	33
2. DIREITO PENAL	37
2.1. A FORMAÇÃO DE POLÍTICAS VOLTADAS PARA A POPULAÇÃO TRANSGÊNERA NO SISTEMA PRISIONAL CANADENSE: ELUCIDANDO O CASO SYNTHIA KAVANAGH	38
Ana Beatriz de Araújo Cerqueira	38

Guilherme Djiunior Pereira de Souza.....	38
Marina Gomide Queiroz.....	38
2.2. RECRUDESCIMENTO POLÍTICO-CRIMINAL E O ESTADO PENAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.....	41
Danler Garcia Silva	41
2.3. ENSAIO SOBRE A URGÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL À LUZ DA QUESTÃO DAS DROGAS ILÍCITAS	46
Gabriel Faustino Santos.....	46
Jhon Wilmar Montoya Zuluaga.....	46
2.4. A PSICOPATIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO	52
Caroline Aparecida Mendes	52
2.5. 250 ANOS DE BECCARIA: A INEFICÁCIA DA PENA CRUEL E OS SEUS REFLEXOS NAS POLÍTICAS CRIMINAIS DO SÉCULO XXI.....	56
Itací Alves Marinho Júnior	56
3. DIREITO PÚBLICO.....	60
3.1. ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS (LEI Nº 13.022/2014): INSTRUMENTO RETÓRICO DE UM CONTROLE CRIMINAL	61
Gustavo Ferreira Santos.....	61
Jonatan de Jesus Oliveira Alves	61
3.2. A ATUAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS DE FORMA COORDENADA PARA A PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	66
Raíssa Vieira de Gouveia	66
3.3. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO E A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	71
Iris Cristina Fernanda Vieira	71

3.4. CRISE URBANA DA MORADIA ADEQUADA.....	75
Cicília Araújo Nunes	75
Tiago Amorim Pescara	75
4. FUNDAMENTOS DO DIREITO	79
4.1. UM ESTUDO DE CASO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO	80
Cláudia Milena	80
João Leão	80
4.2. BREVES COMENTÁRIOS AO ENFOQUE DADO À CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PELO CNJ	84
Cristina Akemi Myaki Grosskopf.....	84
4.3. OS DELITOS DE ABUSO DE LIBERDADE DE IMPRENSA NO DIREITO PENAL DO BRASIL IMPÉRIO	88
Danler Garcia Silva	88
4.4. FUNDAMENTAÇÃO SÓCIO-POLÍTICO-FILOSÓFICA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	93
Kelen Viana Silva.....	93
4.5. A FORMAÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO ATRAVÉS DE SUAS CONSTRUÇÕES LINGUÍSTICAS.....	100
Ana Beatriz Cerqueira	100
4.6. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO BRASIL E PORTUGAL: UMA ANÁLISE COMPARADA	104
Débora Côco	104
Isabella Martins Cecílio.....	104
4.7. ESTADO PUNITIVO, SEGREGAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA ...	108
Iatã de Almeida Barale	108

4.8. O JULGAMENTO DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 153 VERSUS O JULGAMENTO DE ADOLF EICHMANN, SOB O RELATO DE HANNAH ARENDT..... 112

Larissa Ribeiro de Moraes..... 112

Raissa Vieira de Gouveia 112

4.9. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO: DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 332 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 117

Gustavo Ferreira Santos..... 117

1. DIREITO PRIVADO

Coordenação: Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira

1. 1. O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

Ana Flávia Silva Aguiar

Bruna Karoline Costa Lara

Gabriel Paranhos Couto Da Costa

Palavras-chaves: (1) direito das sucessões; (2) uniões poliafetivas; (3) reconhecimento jurídico;

INTRODUÇÃO

A sociedade muda. Os seres humanos gregários com suas invenções, instituições, princípios e normas estão em constante desenvolvimento. Tais afirmativas são facilmente comprovadas numa simples análise empírica da realidade.

Assim, os princípios, valores e regras dantes absolutos, hoje são relativizados à luz de uma nova interpretação da realidade que visa a solução das demandas trazidas pelas novas relações jurídicas e sociais em que, nessa fluída contemporaneidade, os indivíduos ingressam. O Direito, enquanto instrumento de pacificação social e ciência umbilicalmente ligada ao fato social, detém como necessário acompanhar as mudanças da realidade e, conseqüentemente, das formas de solucionar as novas demandas apresentadas. Entretanto, nem sempre a evolução jurídica acompanha, na mesma velocidade, a evolução das relações sociais.

Neste diapasão, com inspiração nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e pluralismo familiar, novas relações familiares moldadas no seio da sociedade contemporânea foram juridicamente reconhecidas pelo poder constituinte como entidades familiares, tais como a família monoparental (aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes) e a união estável. Como se verifica, a Constituição Federal de 1988 reconheceu e passou a tutelar a pluralidade familiar, em seu artigo 226, especialmente nos parágrafos 3º e 4º, tratando de alguns novos tipos de relações familiares, mas não pareceu esgotá-las.

Assim, a presente comunicação tem como principal objetivo analisar a necessidade do reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas partindo-se da problemática de que estas

últimas, em regra, encontram-se à margem da proteção estatal que lhes é devida, o que ocasiona grave insegurança jurídica e total negação de direitos fundamentais aos sujeitos de direito delas integrantes e, especialmente, no que concerne aos seus reflexos no campo do Direito das Sucessões. As indagações primordiais, enquanto objetivos específicos, são: qual seria solução dada pelo Direito à questão da sucessão de bens e a respectiva partilha em uniões estáveis com mais de dois participantes? Em quais bens os companheiros supérstites concorrerão e em que proporção? Dessa forma, baseando-se na tábua axiológica Civil-Constitucional e, por equivalência jurídica ao reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se como hipótese de trabalho conferir reconhecimento jurídico às relações de poliamor e atribuir-se a solução jurídica da triação no que concerne aos direitos sucessórios, cujos fundamentos máximos são (a) a dignidade da pessoa humana; (b) o pluralismo familiar; (c) a afetividade e da boa-fé nas relações familiares e (c) a igualdade.

A pesquisa é bibliográfica e jurisprudencial, inspirada pelo método dedutivo-comparativo e, dentre outros marcos teóricos, cita-se os autores Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lobo e Anderson Schreiber.

ESTADO DA ARTE

Tem-se que as relações jurídicas, sociais e familiares mudaram sensivelmente nos últimos anos, o que se fez refletir na legislação pátria, especialmente após a promulgação da Carta Magna de 1988 que consolidou o reconhecimento das uniões estáveis e das famílias monoparentais como entidades familiares, no art. 226 §3 e §4. Nas palavras de Maria Berenice Dias: “as relações familiares são as mais sujeitas a mutações, pois regidas por costumes que se alteram cada vez em maior velocidade” (DIAS, 2003, p.12).

A partir disso, principalmente após o parecer consubstanciado pela Suprema Corte Brasileira, entendendo que o rol do art. 226 da Constituição é meramente enunciativo, pode-se refletir e indagar sobre a existência de respaldo para o reconhecimento de outros tipos de entidades familiares, como as uniões homossexuais e uniões poliafetivas, trazendo, por conseguinte, mudanças para o ordenamento jurídico compelindo-o a abarcar as novas realidades e demandas.

O enfretamento especificado do instituto das uniões poliafetivas tornou-se problema necessário e base deste estudo, especialmente considerando-se seu impacto no Direito Sucessório e frente à ocorrência de formalização de uniões estáveis poliafetivas no país, primeiramente, com

registro da união estável entre três pessoas, em 2012 na comarca de Tupã/SP e, logo após, no ano de 2015, novo registro de união estável entre três pessoas, no 15º Ofício de Notas do Estado do Rio de Janeiro, que não tendem a desaparecer e ressoam nos direitos fundamentais dos vários componentes da entidade familiar, posto que, até o presente momento, carecem de regulação jurídica.

CONCLUSÃO

Em conclusão, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, pluralismo familiar, a afetividade e boa-fé nas relações familiares, bem como, a igualdade entre os indivíduos, ressaltando-se que no direito privado, o que não está proibido, resta permitido, o advoga-se por premente concessão de reconhecimento e regulamentação jurídicos as relações poliafetivas, destacando-se a hipótese da triação enquanto solução aos desfazimentos de tais uniões, de modo que o Estado Brasileiro passe à provê-las efetiva tutela jurídica, sob pena de denegar direitos fundamentais à cada um dos sujeitos integrantes dessas relações privadas, em destaque, dotadas de afeto, consentimento, publicidade e durabilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.132/RJ - Rio de Janeiro; Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4277/DF - Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Acórdão, 05 de maio de 2011. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: abri. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade - o que diz a Justiça!**: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

OLIVEIRA, Rodolpho Silva. **A sociedade da informação: princípios e relações jurídicas**. 2012. Disponível em: <[20](http://www.ambito-</p></div><div data-bbox=)

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10792&revista_caderno=17>.

Acesso em: mai. 2016.

SANTIAGO, Rafael. **O Mito da Monogamia à Luz do Direito Civil Constitucional: A Necessidade de uma Proteção Normativa às Relações de Poliamor**. 2014. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

Disponível

em:

<

http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16193/1/2014_RafaeldaSilvaSantiago.pdf>. Acesso

em: mai.2016.

1.2. GESTÃO DE COMPLIANCE E LICITAÇÕES PÚBLICAS: MECANISMOS DE MITIGAÇÃO DE RISCOS EM EMPRESAS LICITANTES SOB A PERSPECTIVA DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Maurício João Figueiredo

Palavras-chave: (1) compliance; (2) corrupção; (3) licitação; (4) lei anticorrupção;

O presente resumo busca trazer uma análise específica dos mecanismos existentes no combate à corrupção em empresas licitantes pela prática do compliance sob a égide da Lei 12.846/13. O problema central desenvolvido pela pesquisa é se a prática do compliance, em empresas que realizam contratação com a administração pública, é eficaz no combate à corrupção nas licitações. A partir disso, a metodologia de pesquisa será realizada por meio da apresentação de estatísticas e casos recentes de corrupção no poder público vinculados às licitações conjuntamente com a aplicação da legislação vigente à respeito do compliance legal nos acordos de leniência previstos pela Lei 12.846/13 e, dessa maneira, vislumbrando se a lei realmente tem mecanismos eficazes ao combate à corrupção.

A gestão de riscos de compliance reflete um novo caminho para organizações desenvolvendo medidas e procedimentos para prevenir, detectar e combater fraudes e violações às normas que regem as atividades da empresa, assim como assegurar a observância de valores e diretrizes de conduta. Tal prática comporta, a título de exemplificação, medidas como avaliação de riscos corporativos, desenvolvendo e implementando programas de específicos com base na natureza do negócio e nos riscos identificados, elaboração ou revisão de códigos que estabeleçam os padrões éticos a serem seguidos pelos colaboradores de uma empresa em consonância com a legislação brasileira e padrões internacionais, auditorias de compliance, dando assistência em investigações internas, na implantação de controles anticorrupção e no desenvolvimento de canais de denúncia, treinamento para colaboradores, entre outras.

Nessa temática, destacam-se os recentes intentos do Estado no combate à corrupção, como a lei n° 12.486, de 1° de agosto de 2013, também conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Em seu art. 6°, a Lei n° 12.846/2013 afirma que as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas consideradas

responsáveis pelos atos lesivos descritos no art. 5º são a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória. Há previsão ainda, mas agora no art. 19, de que tais atos lesivos permitem o ajuizamento de ação – pelas respectivas advocacias públicas ou pelo Ministério Público – com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras.

A responsabilização criminal dos sócios e administradores da empresa envolvida não impede a responsabilização administrativa da pessoa jurídica. Portanto, ressalta-se a fragilidade do processo de Licitações Públicas nesse quesito, devido a ocorrência do crime de fraude à licitação (art. 90, da Lei nº 8.666/93) e aos ilícitos em contratos contra o poder público, que a princípio são atos criminosos cometidos por pessoas físicas, porém em nome de uma pessoa jurídica.

A licitação é o procedimento administrativo para contratação de serviços ou aquisição de produtos pela Administração Pública, e regulada pela Lei ordinária nº 8.666/93, que visa proporcionar a melhor contratação possível para o Poder Público, de forma sistemática e transparente. Segundo Marinela¹, “Licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição a ser travada, isonomicamente, entre os que preenchem os atributos e as aptidões, necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”. A Lei de Licitações mencionada, em seu artigo 3º, *caput*, indica os princípios aplicáveis às licitações na seguinte ordem: legalidade; impessoalidade; moralidade; igualdade; publicidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo, e, dos que lhes são correlatos.

A partir desse entendimento sobre as sanções que uma empresa em processo de licitação pode sofrer caso se defronte com a ilicitude e a conceituação principiológica do contrato de licitação, faz-se mister observar o risco jurídico que uma empresa licitante é exposta ao concorrer em parceria público-privada. O risco legal ou jurídico, por sua vez, se enquadra no conceito de risco operacional, tido como a “possibilidade de ocorrência de perdas resultantes de falha, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas ou sistemas, decorrentes de fraudes ou eventos externos, incluindo-se o risco legal e excluindo-se os riscos decorrentes de decisões estratégicas e à reputação da instituição”²

¹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 315.

² BRASIL. **Resolução CNSP 283 de 2013**. Ministério da Fazenda. Conselho Nacional de Seguros Privados.

O risco contratual da licitação é considerado alto devido à subjetividade da concorrência no edital de concurso de empresas licitantes, visto que a escolha do administrador público é sujeita a fatores externos que podem influenciá-lo, ambiente propício a incorrência em improbidade administrativa, sendo possível essa constatação pela existência de inúmeros casos de corrupção e fraudes em licitações que são julgados pelos tribunais brasileiros. No âmbito empresarial, a responsabilização das empresas pode trazer uma série de danos à pessoa jurídica seja de ordem financeira, reputacional e de credibilidade.

Nesse viés, o presente trabalho propõe esclarecer, como objetivo geral, o papel do compliance empresarial na mitigação de riscos em licitações, assim como analisar os mecanismos que permitem o combate à corrupção de forma preventiva e a Lei Anticorrupção como parâmetro legal à esse cenário. Conclui-se que a prática compliance no Brasil pode ser um veículo eficiente de prevenção à crimes contra a administração pública, principalmente na corrupção em licitações, a qual será analisada por esta pesquisa em estudos de casos recentes de corrupção envolvendo tal contratação, apontando a eficácia dos mecanismos legais propostos pela Lei 12.846/13.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público**. Interesse Público – IP, v. 2, n. 6, p. 11-47, abr./jun. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do (org.). **Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

1.3. DESAFIOS MODERNOS DA GESTÃO SÓCIO-JURÍDICA DA EMPRESA: COMPLIANCE, COMO IMPLANTAR E BENEFÍCIOS

Moema Henriques Debs

Prof. Dr. Ricardo Padovini Pleti

Palavras chave: (1) direito privado; (2) direito empresarial; (3) administração; (4) compliance

INTRODUÇÃO

Na década de 1970, com o declínio do Sistema Monetário Internacional e o fim da taxa de câmbio fixa, o mercado financeiro global adentrava um período de grande instabilidade (BANCO DO BRASIL, 2014?), diante do qual os agentes econômicos foram compelidos a buscar formas de fortalecer o mercado e minimizar os riscos de suas atividades.

Uma das formas encontradas para tal foi a criação do Comitê de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão, conhecido como Comitê de Basileia, para promover a regulamentação e difundir práticas de negócios seguras (*BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS*, 2015; BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2014?). Nos anos 90, essas práticas finalmente ingressaram no mercado brasileiro, quando empresas nacionais buscavam se adequar às normas externas, e entre elas estava aquela conhecida por *compliance* (FEBRABRAN, 2014?).

PROBLEMA

A ausência da prática de *compliance* na empresa favorece a ocorrência de irregularidades e infrações legais, levando a pessoa jurídica a ser penalizada diretamente, como por meio de multa, ou indiretamente, com a perda de concessão para desempenhar suas atividades.

JUSTIFICATIVA

Reconhecendo a importância da prática de *compliance* na prevenção de danos à

instituição, e, compreendendo que, para que essa se dê com sucesso, deve ser criado um método para sua instauração, se deu o presente estudo.

OBJETIVOS

O presente trabalho teve como objetivo geral expor os métodos adotados para a instauração bem-sucedida da *compliance* na sociedade empresária. Como objetivo secundário, buscou-se descrever os efeitos que essa traz para a instituição.

METODOLOGIA

Foi utilizado método dedutivo de pesquisa, métodos de procedimento monográfico e histórico, e técnicas auxiliares teórica e descritiva.

MARCO TEÓRICO

Compliance é um substantivo da língua inglesa derivado do verbo *to comply*, o qual, segundo o dicionário Merriam-Webster, entende-se como “fazer aquilo que você foi pedido ou ordenado a fazer” (MERRIAM-WEBSTER, 200) (tradução nossa). *Compliance*, portanto, é o estado daquele que obedece ou se submete ao que lhe é determinado, às regras impostas a si.

Sendo assim, como prática de negócios, *compliance* é capacidade de uma instituição de agir em conformidade com as normas vigentes (FEBRABRAN, 2014), que tratam tanto sobre a sua própria constituição, quanto sobre a regulamentação da atividade que exerce. Além das regras externas, impostas por agentes governamentais ou agências reguladoras independentes, a sociedade em *compliance* deve obedecer também às normas internas (INTERNATIONAL COMPLIANCE ASSOCIATION, 201), instruções criadas pela diretoria ou pelo setor responsável por *compliance* na sua estrutura.

ACHADOS

Inicialmente, é fundamental a elaboração de um Código de Conduta. Em linguagem clara e acessível, ele deverá orientar as ações dos funcionários da instituição, em todos os seus níveis hierárquicos (BRASIL, 2015).

Também é preciso que os funcionários da empresa passem por treinamento voltado para *compliance*, para que conheçam e aprendam a seguir as regulamentações a que sua atividade está

sujeita, e que sejam incentivados a denunciar quaisquer atos praticados em desacordo com as normas.

A alta administração deve elaborar o Código de Ética que determinará a missão da firma, seus valores e seu papel perante a comunidade em que se insere (BRASIL, 2015). Também é seu papel realizar auditorias periódicas, para detectar irregularidades e identificar aspectos nos quais o programa de *compliance* pode ser melhorado. Por fim, cabe aos dirigentes e ao setor jurídico agir com *due diligence* e tomar precauções em suas relações com seus parceiros.

Quanto aos benefícios percebidos, estar em *compliance* implica na redução das perdas da pessoa jurídica decorrentes de sanções administrativas, uma vez que incorre em menos ilícitos e, assim, é submetida a menos punições, como multas e suspensão da licença para desenvolver suas atividades. Ainda, conforme art. 7º da Lei 12.846/2013, a sua implementação é considerada atenuante no momento da fixação de penas (BRASIL, 2013).

Além disso, companhia que mantém um programa de integridade e age em *compliance*, conserva uma imagem positiva (FEBRABRAN, 2014?). Assim, ela atrai, com maior facilidade, clientes e alianças que ampliem sua atividade e, conseqüentemente, seus lucros.

CONCLUSÃO

Em uma realidade ideal, o agir conforme as normas não precisaria de incentivos. No entanto, no atual sistema econômico, para que seja viável para as empresas gastar tempo e recursos ao adotar o sistema de *compliance*, essa deve ser proveitosa para a instituição. Diante disso e conforme já exposto, cumpridos os passos aqui apresentados e estabelecida a *compliance*, observa-se que a sociedade se torna apta a usufruir de uma série de benefícios que, frente a competitividade do mercado, geram vantagens significativas. Desse modo, à medida em que as referidas vantagens se tornam conhecidas, pode-se esperar que mais sociedades busquem inserir a prática de *compliance* em suas atividades.

REFERÊNCIAS

Banco Central do Brasil. **Recomendações de Basileia**. [Brasília] [2014?] Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/basileia.asp>> Acesso em 06 de setembro de 2016

Banco do Brasil. **Relação com investidores**. [Brasília] [2014?] Disponível em <<http://www.bb.com.br/portallbb/page51,136,3696,0,0,1,8.bb?codigoNoticia=7724>> Acesso em

07 de setembro de 2016

Bank for International Settlements. History of the Basel Committee. [S.I.] 2015. Disponível em <https://www.bis.org/bcbs/history.htm> Acesso em 08 de setembro de 2016

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm Acesso em 04 de setembro de 2016

BRASIL. Corregedoria Geral da União. **Programa de Integridade:** Diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf> Acesso em 08 de setembro de 2016

Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN). **Função de Compliance.** [S.I.] [2014?] Disponível em <http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescompliance.pdf> Acesso em 08 de setembro de 2016

International Compliance Association. What is compliance? [S.I.] [201-] Disponível em <https://www.int-comp.org/careers/a-career-in-compliance/what-is-compliance/> Acesso em 20 de agosto de 2016

Merriam-Webster. “Comply” [S.I.] [200-] Disponível em <http://www.merriam-webster.com/dictionary/comply> Acesso em 20 de agosto de 2016

1.4. INSTITUTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Renata Castro

Palavras-chave: (1) função socioambiental; (2) dano ambiental; (3) responsabilidade civil

O presente resumo visa pormenorizar alguns dos institutos da responsabilidade civil na seara do direito ambiental com o fito de identificar as peculiaridades dessa regulamentação e buscar explicações que justifiquem tais particularidades. Ainda pretende exemplificar, através de julgados, a aplicação desses institutos de forma concreta.

No cenário atual, marcado por grandes catástrofes ambientais, que bem retratam o desrespeito à função socioambiental e preceitos que limitam a exploração da propriedade privada, cresce a importância dos institutos de responsabilização dos agentes causadores de danos. É considerado dano ecológico qualquer lesão ao meio ambiente causada por ações ou omissões de pessoa física ou jurídica de Direito Público ou Privado.

Cumpra esclarecer que os agentes poluidores estão sujeitos a sanções penais e administrativas independentemente da sanção civil que se consubstancia na obrigação de reparar os danos causados e cominação de indenização. A responsabilização do agente poluidor no âmbito civil visa minimizar os prejuízos decorrentes do dano, servindo ainda como incentivo à observância das normas reguladoras, além de desempenhar papel pedagógico

No âmbito ambiental consagrou-se a aplicação da responsabilidade civil objetiva³ tendo em vista a irreversibilidade dos danos, os efeitos cumulativos da poluição e o seu caráter transfronteiriço. Esse instituto possibilita maior efetividade na punição do causador do dano vez que não parte da análise da culpa, elemento subjetivo de difícil constatação, sendo suficiente a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre a atividade lesiva e esse. A responsabilidade será apurada baseada na teoria do risco integral, sendo que a alegação de excludente de responsabilidade civil não afasta a obrigação de indenizar. Essa matéria foi muito bem trabalhada no julgamento do recurso repetitivo de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, REsp 1114398 / PR⁴, no qual firmou-se a tese de que a responsabilidade civil por dano ambiental

³ Vide art.14, § 1º, Lei 6.938/1981.

⁴ STJ - REsp 1114398 / PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012

privado (ofensa a direitos individuais) também é objetiva e fundada na teoria do risco integral. Com base no princípio do poluidor-pagador a empresa Petrobras Petróleo Brasileiro foi condenada a indenizar pescadores que ficaram impedidos de exercer suas atividades profissionais em decorrência do sinistro que ocasionou o acidente com o Navio NT Norma e consequente contaminação das águas das baías de Paranaguá e Antonina. A alegação da ocorrência de caso fortuito foi reputada como descabida e o pedido de excludente de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro também não foi acolhido.

No que diz respeito a reparação de danos, entende-se que se trata de uma obrigação *propter rem*, logo, prende-se ao titular do direito real da propriedade, pouco importando a alegação de que o dano foi ocasionado por proprietário anterior. O STJ corrobora esse posicionamento por meio do REsp 1.179.316-SP,⁵ segundo o qual a obrigação de demarcar e averbar a reserva legal transfere-se automaticamente com a transferência do domínio, podendo inclusive ser exigida do proprietário atual, sem necessidade de análise da boa-fé na aquisição ou qualquer outro nexos causal.

No mais, partindo-se do princípio orientador da precaução, diante da possibilidade de dano ambiental não se deve exigir certeza científica e absoluta para a adoção de medidas judiciais eficazes a fim de combatê-lo. Fica evidente que no âmbito ambiental a tutela jurisdicional atinge sua finalidade se concedida de modo cautelar a fim de evitar danos, afinal, a eficácia da função repressiva do provimento jurisdicional é discutível. Se extrai do julgamento da apelação civil TJ-RS - AC: 70057144289 RS⁶ que devem ser adotadas medidas em caráter antecedente, bastando a simples potencialidade do dano para verificação da responsabilidade civil objetiva e adoção de medidas que evitem que atos lesivos danosos se consubstanciem. No julgado, o Estado do Rio Grande do Sul foi condenado a reparação ambiental em decorrência da ausência de fiscalização que ensejou na tolerância a ocorrência de danos ambientais concretos, assoreamento do rio Vacacaí-Mirim e problemas de insuficiência hidráulica, vez que não reprimiu a atividade lesiva em momento oportuno, apesar de possuir o poder de polícia.

Uma vez que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem transgeracional e indisponível, entende-se também que a ação de reparação ou indenização por danos ambientais

⁵ STJ - REsp. 1.179.316 SP 2009/0235738-6, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 29/06/2010.

⁶ TJ-RS - AC: 70057144289 RS, Rel. Desembargador CARLOS ROBERTO LOFEGO CANIBAL, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 11/06/2014, DJe 01/07/2014.

em caráter coletivo não prescreve. A terceira turma do Tribunal Regional Federal da quarta região referendou esse posicionamento no julgamento de apelação civil de relatoria da desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria, TRF-4 – AC: 1951 SC 2006.72.08.001951-9,⁷ reconhecendo que a prescritibilidade não pode ser admitida pois isso daria azo a continuidade da ocorrência de atos prejudiciais ao ambiente natural, permitindo assim a manutenção da degradação ambiental ocasionada ao longo do tempo.

As especificidades dos institutos da responsabilidade civil no direito ambiental são mecanismos que visam proporcionar efetiva responsabilização do agente poluidor a fim de promover a proteção ambiental exigida na Lei Maior que consagra o meio ambiente como bem de uso comum, de caráter transgeracional. No entanto, de nada adianta o tratamento constitucional se a proteção ambiental não for concretizada. Nesse sentido importa a atuação dos poderes estatais, de forma especial, por meio do provimento jurisdicional. Através de análises jurisprudenciais foi possível verificar um maior comprometimento dos magistrados com a causa ambiental, vez que os julgados refletem deferência e preocupação com a guarda desse importante bem.

Assim, dada a importância do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a proporcionar a sadia qualidade de vida, conceitos estreitamente vinculados com o direito à vida digna, e tendo em vista a exploração desequilibrada do meio ambiente e suas consequências nefastas, justifica-se certas particularidades na teoria da responsabilidade civil no âmbito ambiental. Essas corroboram para concretizar a função socioambiental da propriedade e proteção ao meio ambiente uma vez que desestimulam a prática de atividades lesivas em decorrência dos recursos adotados para a punição do agente poluidor.

REFERÊNCIAS

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17 edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

⁷ TRF-4 – AC: 1951 SC 2006.72.08.001951-9, Rel. desembargadora federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/01/2010, DJe 24/02/2010

PISKE, Oriana. Responsabilidade por dano ambiental. Disponível em: <
<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2006/responsabilidade-por-dano-ambiental-juiza-oriana-piske>>. Acesso em 15 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10 edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

1.5. SUPERENDIVIDAMENTO E CONSUMISMO: UMA PROPOSTA DE DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR ENTRE O DIREITO, A PSICOLOGIA E A SOCIOLOGIA

Samir Alves Daura

Palavras-chave: (1) superendividamento; (2) consumismo; (3) direito; (4) psicologia; (5) sociologia

O presente resumo centra-se na análise do superendividamento do consumidor, problema esse que foi agravado nas últimas décadas em razão da democratização e aumento da oferta de crédito no país. Com efeito, visar-se-á demonstrar que a legislação atual não é capaz de solucionar o quadro crítico dos consumidores superendividados brasileiros, pois foi elaborada quando o tema sob análise sequer era debatido com mais profundidade.

Em relação ao problema, especificamente os consumidores que são mais facilmente atraídos pelas técnicas de *marketing* e propaganda, seria viável a proposta de um diálogo entre as disciplinas do Direito, Psicologia e Sociologia, visando ao combate do superendividamento? Em outras palavras, seria viável a proposta de estudo do comportamento dos consumidores que se endividam excessivamente pelas facilidades na obtenção do crédito, a fim de estabelecer mecanismos jurídicos de combate a esse grave problema social e econômico?

Como hipótese, diante da expansão da publicidade, especialmente pela *internet*, o consumo de produtos e serviços ganhou outro patamar. Por outro lado, o consumismo também passou a ser uma realidade, gerando consequências, como o superendividamento. Assim, tem-se como possível um estudo que visa ao diálogo entre o Direito, a Psicologia e a Sociologia, no intuito de compreender o fenômeno e buscar formas de combatê-lo, especialmente em relação aos consumidores mais vulneráveis, como as crianças e os idosos.

O objetivo geral consiste na análise do superendividamento do consumidor no Brasil, tendo como referencial a sociedade de consumo pós-moderna em que está inserido esse sujeito vulnerável. Os objetivos específicos são: analisar se a legislação brasileira apresenta mecanismos eficientes para vedar a publicidade abusiva; propor um diálogo entre o Direito e a Psicologia no intuito de construir um discurso a favor do consumo sustentável e saudável; demonstrar como a publicidade abusiva pode contribuir com o superendividamento.

Adotou-se o método dedutivo como método de abordagem, bem como levantamento bibliográfico com compilação e revisão rigorosa de material doutrinário para o melhor desenvolvimento do trabalho.

Como marco teórico, serão abordados os estudos da jurista Cláudia Lima Marques sobre o superendividamento, bem como a concepção de modernidade líquida construída por Zygmunt Bauman (2008), em que se destaca o fenômeno do consumismo.

Principalmente a partir da última década, milhões de brasileiros passaram a ter direito ao crédito. Todavia, a falta de uma política de incentivo ao uso responsável do crédito, “as técnicas de publicidade que visam tocar o consumidor em seu inconsciente” (LIMA, 2011, p. 371-392), as contingências político-econômicas do país e o notório déficit de direitos fundamentais da sociedade brasileira, acabaram por gerar um quadro preocupante de superendividamento da população (PORTO; SAMPAIO, 2015).

De acordo com Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem “vive-se atualmente em um sociedade pós-moderna, sociedade de consumo e de produção de massa, sociedade de serviços, sociedade da informação, altamente acelerada, globalizada e desmaterializada” (2014, p. 14). O direito hodiernamente é influenciado pela pós-modernidade (JAYME, 1999), resultando em desafios, mas também em novas posturas para defesa dos direitos fundamentais.

A doutrina distingue os tipos de superendividamento em passivo e ativo. O primeiro caso relaciona-se com os consumidores que se endividaram pelas contingências da vida. Já o superendividamento ativo subdivide-se em consciente e inconsciente. No primeiro grupo estão os consumidores que não fazem jus ao tratamento legal, haja vista terem agido de má-fé. Já os superendividados ativos inconscientes são aqueles que agem de boa-fé, posto não serem capazes de observar a real possibilidade de quitação de suas dívidas, pois foram expostos à publicidade agressiva ou não foram suficientemente informados (PAISANT, 2015, p. 195-204) quando da contratação do crédito.

As pesquisas demonstram que a maior parte dos consumidores que se endividam excessivamente são vítimas das contingências da vida. No entanto, não há como negar que o consumismo também é um dos motivos responsáveis por esse problema, posto que para “atender a todas essas novas necessidades, impulsos, compulsões e vícios, assim como oferecer novos mecanismos de motivação, orientação e monitoramento da conduta humana, a economia consumista tem de se basear no excesso e no desperdício”. (BAUMAN, 2008, p. 53).

Neste cenário, o superendividamento acaba por revelar sua face mais preocupante e perversa, qual seja, a pobreza do consumidor que impossibilitado de pagar suas dívidas, de contrair crédito e de viver com um mínimo existencial (chamado pelos franceses de *reste à vivre*), acaba se tornando um verdadeiro excluído social.

Desta forma, justifica-se a importância do presente estudo, posto que perante o pluralismo jurídico hodierno (HESPANHA, 2009), a proposta de um diálogo interdisciplinar consiste em uma possibilidade de concretização de direitos fundamentais, sendo importante a aplicação conjunta do Direito com outras áreas do conhecimento (como a Psicologia), a fim de melhor lidar com a complexidade dos tempos pós-modernos.

Diante do exposto, a proposta de um diálogo harmônico e coordenado entre o Direito, a Psicologia e a Sociologia mostra-se uma importante ferramenta de combate ao superendividamento, especialmente em relação aos consumidores que acabam tendo seu grau de vulnerabilidade agravado em razão das técnicas de publicidade e *marketing* agressivo, responsáveis em grande parte pelo fenômeno do consumismo.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed., reelaborada. Coimbra: Almedina, 2009.

JAYME, Erik. **Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado**. Revista dos Tribunais, n. 759, ano 88, janeiro de 1999.

[LIMA, Clarissa Costa de](#). **O dever de informação nos contratos de crédito ao consumo em direito comparado francês e brasileiro: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios**. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor. 1ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PAISANT, Gilles. **Buena fe, crédito y sobreendeudamiento: el caso francés**. Revista de Direito do Consumidor, v. 100, 2015.

PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica**. Revista de Direito do Consumidor, v. 101, 2015.

2. DIREITO PENAL

Coordenação: Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo

2.1. A FORMAÇÃO DE POLÍTICAS VOLTADAS PARA A POPULAÇÃO TRANSGÊNERA NO SISTEMA PRISIONAL CANADENSE: ELUCIDANDO O CASO SYNTHIA KAVANAGH.

Ana Beatriz de Araújo Cerqueira

Guilherme Djiunior Pereira de Souza

Marina Gomide Queiroz

Palavras-chave: (1) sistema prisional; (2) identidade de gênero; (3) direitos LGBT

A pesquisa, em andamento, pretende analisar o papel ocupado pela identidade de gênero dentro do sistema prisional. Para tanto, traça como objetivos específicos a análise do tratamento dado pelo sistema canadense do problema em questão, a partir da elucidação do caso que deu origem a uma série de reformas nas tratativas dadas aos prisioneiros transgêneros no país. A pesquisa, no entanto, não pretende bastar-se na simples descrição, mas trazer um paralelo com a realidade desses prisioneiros dentro do sistema carcerário brasileiro.

Segundo Bento, o corpo constrói-se em forma de linguagem, de texto socialmente construído, onde, neste processo, “certos códigos naturalizam-se, outros, são ofuscados e/ou sistematicamente eliminados, postos às margens do humanamente aceitável, como acontece com as pessoas transexuais” (BENTO, 2008, p. 35). Os transgêneros são aqueles que, ao não se prenderem às construções demarcadas pelo determinismo biológico binário mulher-vagina, homem-pênis, vão constituindo sua identidade independentemente de sua estrutura corporal de nascimento. Essa inadequação ao padrão imposto pela cultura/sociedade coloca as mulheres transexuais à margem da sociedade, de forma que, muitas vezes não conseguem se inserir no mercado de trabalho, de forma que muitas vezes acabam recorrendo a subempregos e, sobretudo, à prostituição. Inseridas dentro desse panorama Ferreira sintetiza, “suas vidas se tornam ainda mais precárias e passíveis de extermínio já que seus corpos não são nem dóceis, nem são úteis à produção capitalista” (FERREIRA, 2014, p. 73).

Dentro de um quadro geral de fragilidade, uma vez já dentro das prisões, há grupos que se tornam ainda mais vulneráveis. Nesse grupo encontram-se as mulheres transexuais, visto que as questões correlatas à identidade de gênero dentro do sistema prisional tornam-se ainda mais

expressivas. As legislações que protegem os direitos das mulheres transexuais são muitas, dentre as quais destaca-se a aprovação dos Princípios de Yogyakarta (2006), que são tidos como uma carta global pelos direitos LGBT, aprovados no âmbito do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, que resguarda a aplicação de Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Composto por 29 princípios, o Documento foi aprovado por unanimidade por especialistas de 25 países, dentre os quais encontra-se o Brasil, de forma que este torna-se responsável pela aplicação e garantia dos direitos enumerados em Yogyakarta.

No entanto, é sabido que as prisões regulam quais direitos poderão ser reconhecidos e protegidos dentro do sistema prisional. Sendo o gênero elemento central da identidade humana nasce a questão principal à qual essa pesquisa está atrelada: como são tratados os corpos prisioneiros que não se conformam a uma perspectiva estritamente binária de gênero? Como a população transgênera e os aspectos que afetam diretamente a essa população e seus modos de vida, tendo em vista o estigma que carregam por sua identidade de gênero, são vistas pelo sistema prisional? Há padrões legislativos e administrativos que visem à adoção de decisões racionais nas questões relativas a esse público? Essas medidas são realmente cumpridas?

Sobre a questão, no cenário brasileiro destaca-se a aprovação da Resolução Conjunta nº 1 de 15 de abril de 2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que dispõe sobre os direitos da população LGBT no sistema prisional estabelecendo em seus artigos direitos como o ser chamado pelo nome social, o direito às pessoas transexuais masculinas e femininas de serem encaminhadas para as unidades prisionais femininas e à manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero.

No entanto, os relatórios oficiais, sequer apresentam informações sobre o número de travestis e transexuais que ingressam no Sistema Prisional, de forma que “contribui para a invisibilidade de mulheres transexuais e travestis, bem como de homens transexuais. Sugere, ainda, que o segmento LGBT não faz parte da população carcerária, logo, que as ações e políticas públicas para estes segmentos sejam secundarizadas” (NASCIMENTO, 2016, p.28). Em estudo empírico realizado no estado de Santa Catarina Nascimento (ano) apresenta inúmeros casos de transgressões a direitos que a população transgênera vivencia, uma vez inseridas na realidade prisional.

Exposto o problema, para trazer luz à questão da situação das pessoas transexuais nas prisões essa pesquisa visa elucidar um caso ocorrido no sistema prisional canadense, julgado em 31 de Agosto de 2001: *Kavanagh v. Canada*. Em síntese, Synthia Kavanagh é uma prisioneira transgênera que entrou com uma queixa no Canadian Human Rights Tribunal, baseando-se em três ações discriminatórias que sofreu dentro do sistema prisional. No caso, argumentou-se que a confinamento de Kavanagh em uma prisão masculina, a privação que ela sofreu das terapias hormonais que previamente tomava e a falta de opções de procedimentos cirúrgicos para a sua redesignação sexual constituíam violações à seção 5 da Lei Canadense de Direitos Humanos.

Para elucidar o caso, tomam-se algumas precauções: primeiramente, destrincha-se o sistema canadense, explicando porque o caso foi levado ao tribunal de direitos humanos. Em segundo lugar, tem-se sempre a realidade brasileira como pano de fundo para comparações. A elucidação do caso Kavanagh vem no sentido de trazer a forma como inúmeras políticas públicas voltadas para essa população foram adotadas através do caso concreto, de forma que se acredita ter chegado à um sistema linear que pode ser então adotado, contribuindo para a adoção de medidas mais racionais e atinentes à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTO, Berenice. *O que é Transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008 (Coleção Primeiros Passos).

FERREIRA, Guilherme Gomes. *Travestis e Prisões: A Experiência Social e a Materialidade do Sexo e do Gênero sob o luso fusco do cárcere*. 2014. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade De Serviço Social. Programa de Pós-Graduação em Serviço Social. Porto Alegre/RS.

NASCIMENTO, Luciana Maria. *As Leis Que Me Prendem: travestis/transsexuais no sistema prisional*. 2016. *Monografia (Graduação)*. Universidade Federal De Santa Catarina. CURSO DE GRADUAÇÃO DE SERVIÇO SOCIAL. Florianópolis/SC.

CANADIAN HUMAN RIGHTS TRIBUNAL. *Kavanagh v. Canada* (Attorney General). Disponível em: < <http://decisions.chrt-tcdp.gc.ca/chrt-tcdp/decisions/en/item/6582/index.do>>. Acesso em: 30/09/2016.

2.2. RECRUDESCIMENTO POLÍTICO-CRIMINAL E O ESTADO PENAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Danler Garcia Silva

Palavras-chave: (1) estado penal; (2) punitivismo; (3) recrudescimento político-criminal.

O escopo principal deste trabalho é o exame acerca do recrudescimento das políticas criminais brasileiras que são provenientes, por sua vez, de um fenômeno punitivista e contemporâneo que tem se expandido nas últimas décadas em grande medida nos países democráticos e ocidentais. O controle social destas democracias tem se revelado mais austero de uma maneira geral, inclusive no que concerne às políticas criminais de controle do crime. Esta posição político-criminal tem sido efetivada por meio do ininterrupto controle ostensivo e truculento que pouco deixa claro o verdadeiro e intrínseco sentido de tal atuação, embora se mostre atrelada a um contexto e complexidade ainda maior, vale dizer, a eclosão de um Estado Penal, pautado pela austeridade punitivista, que corresponde à contração de um Estado Social.

A metodologia deste trabalho se vale de investigações à obras e trabalhos críticos pertencentes à criminologia, política criminal e sociologia criminal no que versa à temática proposta, vale dizer, o recrudescimento político-criminal e o punitivismo contemporâneo brasileiro. A pesquisa realizada sobre a temática referida, em obras estrangeiras e nacionais, tornam-se relevantes por suscitar um forte mecanismo de problematizações, vale dizer, a conclusão de que esta problemática não é específica de um contexto nacional, mas revela-se atuante em grande parte dos países ocidentais. A investigação, essencialmente teórica, demanda análises da concepção hegemônica global, atrelada aos estudos nacionais que realizam esta problemática sob o prisma realisticamente brasileiro.

Por certo que nas últimas três décadas consideráveis mudanças estruturais no globo interferiram de maneira direta na economia mundial, o que, por conseguinte, trouxe consigo relevantes transformações nas políticas estatais de cada país, vale dizer, a eclosão de uma economia neoliberal atingiu muitas democracias ocidentais de forma intransigente, intervindo, também, nas políticas criminais destes países.

Isto posto, as atuais democracias alocadas neste evento estão regradas pela ideologia neoliberal que inclina-se a minimizar seu Estado social e maximizar seu Estado penal. Por consequência, estas democracias, regulamentadas por esta economia e ideal neoliberais,

utilizam-se de ferramentas penais para mitigar os empecilhos gerados por sua própria ausência social. Consequentemente, as políticas criminais, assim como as punições, transfiguram-se mais austeras, atreladas a índices de criminalização cada vez maiores.

A minimização do Estado social, que amplia considerações neoliberais e livre-mercado, provoca a maximização de um Estado penal, de caráter autoritário e que reduz considerações sociais, fazendo com que a cidadania e as sociabilidades se reduzam face esta orientação punitivista. Por conseguinte, Loïc Wacquant (2001, p. 7) atesta que “a penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países”.

No que tange a este novo arquétipo estatal, ressalta-se o recrudescimento político-criminal e inflação legislativa concernente a matéria criminal, que são mecanismos que revelam a austeridade de um fenômeno punitivista que detém configurações severas e autoritárias, ainda que se utilizem do rito democrático para a sua sanção.

Como averiguado, este Estado Penal – que atua mediante um embrutecimento penal, principalmente por via da política criminal, resignando direitos e garantias fundamentais, bem como instituindo mecanismos de cunho autoritário como medida ininterrupta de combate à criminalidade – revela-se ainda mais austero nos países da América Latina, como o Brasil, onde a punibilidade possui peculiaridades históricas no que se refere a autoritarismo e violência institucional ilegítima.

O posicionamento estatal concentrado intensamente no crime, embrutecendo suas respostas sem se preocupar com suas causas, é ineficaz e inútil no que tange à mitigação do atual problema da criminalidade. “O endurecimento da legislação não leva a uma redução da violência e criminalidade, senão contribui para tornar o sistema punitivo – penitenciário – ainda mais caótico, mais violador de direitos humanos, e mais incentivador de violência” (MADEIRA, 2009, P. 20).

Como medida de ilustrar este novo *autoritarismo cool* (ZAFFARONI, 2007), este trabalho detém como exemplo duas políticas criminais brasileiras em relação ao cárcere, vale dizer, duas políticas atreladas ao sistema prisional e que, por sua vez, transmutam a lógica das prisões, acarretando em um novo paradigma de controle e punição contemporâneos. Estas políticas são, por sua vez, o regime disciplinar diferenciado (RDD) e as políticas de privatização do sistema prisional.

O primeiro exemplo de recrudescimento punitivo é o Regime Disciplinar Diferenciado, reputado como RDD, criado por meio da Lei 10. 792 de 2003. Este instituto torna ainda mais

austera e desumana as condições de submissão ao cárcere onde determinados infratores cumprem suas penas.

Engendrado pelo governo de São Paulo após a crise do sistema prisional e sua administração penitenciária concebida pela megarrebelião de 2001 que atingiu 29 unidades prisionais paulistas, o RDD é um instituto muito mais rígido e truculento em que o infrator, durante um ano, é confinado em uma cela individual, possuindo apenas duas horas de banho de sol diárias, bem como só saindo do estabelecimento com mãos e pés algemados (FONSECA, 2012; DIAS, 2011).

Esta medida punitiva é significativa uma vez que transforma a noção de prisão e disciplina carcerária. Para além de inaugurar uma nova modalidade de regime e cumprimento de pena, o RDD possui uma indiscutível carga de violência pautada no isolamento celular na prisão, pondo e xequa a hipócrita e histórica ideia de ressocialização dos “reeducandos” encarcerados. A legalização desta política criminal está pautada pelo imaginário e concretização da ideia de aniquilação de sujeitos, uma vez que equivale à uma pena de morte social, pautada pela natureza de retribuição e castigo (FREIRE, 2005).

Dentro deste paradigma, o segundo exemplo de transmutação e recrudescimento político-criminal são as propostas e medidas de privatização carcerária. Nesse modelo, a gestão privada do cárcere torna o desvio, e o posterior encarceramento dos desviantes, mecanismos voltados para a obtenção de lucro. Conseqüentemente, à medida que se obtêm mais indivíduos encarcerados, mais o cárcere desvela-se promissor, frutífero e lucrativo. O cárcere, como indústria do controle do crime, torna-se um negócio privado atrelado à produção, tornando o sujeito criminalizado não mais apto a receber disciplinamento e posterior regeneração, mas tão somente destinado a receber investimento privado. Isso redefine seu papel no processo punitivo. Além disso, lhe tira o caráter de sujeito. O desviante deixa de ser sujeito explorado para ser insumo, matéria prima. Sua condição se altera radicalmente.

Ora, a privatização do cárcere contemporâneo, coerente com o paradigma neoliberal em curso, torna a prisão lócus de contenção dessa massa miserável e indesejável da sociedade gerando, ao mesmo tempo, emprego, renda e capital lucrativo, estimulando assim um modelo político-econômico baseando tão somente em predileções eficientemente econômicas, típicas do neoliberalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARGËLLO, Katie. Do estado social ao estado penal: invertendo o discurso da ordem. In: *I Congresso Paranaense de Criminologia*, Londrina, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

CÂNEDO, Carlos; FONSECA, David S. (Orgs.) *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões. *Tempo Social*, São Paulo, N. 2, V. 23, pp. 213-233, 2011.

FONSECA, David S. Assumindo riscos: a importação de estratégias de punição e controle social no Brasil. In: CÂNEDO, Carlos; FONSECA, David S. (Orgs.) *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

FRADE, Laura. *O que o Congresso Nacional brasileiro pensa sobre a criminalidade*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2007.

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)*. São Paulo: IBCCrim, 2005.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

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

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. O caso Minas Gerais: da atrofia do Estado Social à maximização do Estado Penal. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, V. 1, 2005.

_____. Políticas Públicas de disciplina e controle: do Estado Social ao Estado Penal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, V. 10, 2006, pp. 167-180.

MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Lua Nova*, São Paulo, N. 55-56, 2002, pp. 133-154.

PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo. *Civitas*, Porto Alegre, N. 1, V. 13, pp. 27-47, 2013.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

2.3. ENSAIO SOBRE A URGÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL À LUZ DA QUESTÃO DAS DROGAS ILÍCITAS

Gabriel Faustino Santos

Jhon Wilmar Montoya Zuluaga

Palavras-chave: (1) drogas; (2) sistema carcerário; (3) “prisões da miséria”.

Este resumo propõe-se a analisar, de forma bastante breve e nada exaustiva, as repercussões no sistema penitenciário brasileiro ocasionadas pelo modelo de combate ao uso e tráfico de drogas ilícitas, bem como o estreito vínculo entre o agravamento da urgência carcerária no país e o recrudescimento da repressão policial na política de combate às drogas. A partir de dados estatísticos liberados pelo próprio governo federal do Brasil, busca-se demonstrar que a explosão da população carcerária está intrinsecamente ligada à “guerra às drogas” e que o paradigma atual de políticas públicas voltadas ao problema das drogas ilícitas, ao apostar na força do Direito Penal e no encarceramento em massa das pessoas envolvidas, serve de grande catalisador das tensões sociais entre diferentes classes ou segmentos específicos da sociedade. As hipóteses do trabalho são sustentadas pelos estudos de cientistas sociais e, mais especificamente, de Loïc Wacquant, que é quem trabalha com a ideia das “prisões da miséria”⁸ e da vinculação entre políticas públicas de repressão social e o agravamento da situação carcerária.

A opção de política criminal seguida no Brasil, que faz uso do Direito Penal como um instrumento de combate ao tráfico e uso das drogas ilícitas, gera toda sorte de reflexos negativos que se acumulam, diuturna e sistematicamente, sobre o sistema carcerário nacional. Dados divulgados anualmente pelo Ministério da Justiça permitem concluir que os cárceres brasileiros atuam como verdadeiros agravadores das tensões sociais vinculadas à questão do uso e venda de drogas ilícitas, além de perpetuarem o típico estereótipo do criminoso, mantendo uma realidade discriminatória e atentatória aos direitos da pessoa.

De acordo com informações consolidadas acerca do perfil da população de presidiários do ano de 2008, o número acumulado de detentos no país foi de 451.219 indivíduos, sendo

⁸ Para maiores detalhes, *vide*: WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

422.565 homens e 28.654 mulheres que cumpriam: pena privativa de liberdade, em quaisquer de seus regimes (aberto, semiaberto ou fechado); medida de segurança; ou estavam encarcerados provisoriamente. Cabe ressaltar a disparidade destes números frente à capacidade de apenas 296.428 presos que o sistema penitenciário brasileiro acomodava naquele mesmo ano⁹. Essa discrepância já revela, por si só, a gravidade e a natureza desumana dos presídios nacionais, os quais hoje servem com o verdadeiro propósito de estocagem de indivíduos excluídos do convívio social.

Em 2014, segundo o mais recente levantamento de dados do governo brasileiro, 622.202 pessoas privadas de liberdade ocupavam os presídios do país, num sistema com apenas 371.884 vagas. Do total, 588.409 (94,22%) são homens e 33.793 (5,78%) são mulheres. Se, no geral, 53,63% da população brasileira se autodeclara de cor negra/preta ou parda, entre os detentos esse percentual se eleva para 61,67%. Por outro lado, 55,08% da população prisional têm entre 18 e 30 anos de idade. Quanto ao grau de instrução dos presos, incríveis 75,08% têm até o ensino fundamental completo, apenas¹⁰.

O enfrentamento policial e a militarização patrocinada pelo Estado no combate aos entorpecentes é, na opinião de diversos autores, um modelo ineficaz, arbitrário e violento¹¹. Outros vão ainda dizer que ele foi fator determinante na disparada do número de detentos recolhidos nos estabelecimentos prisionais brasileiros nas últimas décadas¹². Para se ter uma

⁹ BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Sistema Penitenciário no Brasil: Dados consolidados 2008*. 2008. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. p. 33.

¹⁰ BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN – Dezembro 2014*. 2016. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file>. Passim.

¹¹ “Quanto à ‘prevenção’, a literatura da década de 90 é veemente na crítica aos modelos centrados na vertente da ‘guerra às drogas’, no paradigma de ‘redução da oferta’, cujos mecanismos repressivos, estigmatizadores, criminalizadores e calcados na lógica policial têm-se revelado amplamente ineficazes e responsáveis por incrementar mais ainda as situações de violência, especialmente contra os usuários”. DESLANDES, Suely F. Drogas e vulnerabilidade às violências. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org) & SOUZA, Edinilsa Ramos (Org). *Violência sob o olhar da saúde: a infropolítica da contemporaneidade brasileira*. 1ª reimpressão. Fiocruz. Rio de Janeiro: 2003. p. 253.

¹² Essa é, por exemplo, a opinião da socióloga Julita Lemgruber, que foi Diretora-Geral do sistema penitenciário do Rio de Janeiro entre 1991-1994 e hoje afirma que a situação nos presídios expõe a guerra contra a pobreza. *Vide* entrevista para Leonora Lucena, do jornal “A Folha de S. Paulo”, do dia 11 de janeiro de 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1396192-situacao-nos-presidios-expoe-guerra-contr-pobreza-diz-sociologa.shtml>>. Também nesse sentido, Boiteux aponta para o endurecimento das penas e a equiparação do tráfico de drogas a crimes hediondos como causas principais do crescimento acelerado da população carcerária no

noção, o crescimento médio da população prisional tem sido, em média, de 7% ao ano – 10,7% no caso das mulheres¹³.

Nesse universo de milhares de detentos no Brasil, o tráfico de drogas figura, de acordo com os dados mais recentes¹⁴, como a maior causa de aprisionamento no país¹⁵, com 28% de todas as sentenças de privação de liberdade – taxa superior a dos crimes de roubo (25%) ou furto (13%) –, contabilizando, entre as mulheres, estarrecedores 64% das condenações a penas privativas de liberdade¹⁶.

Nossas penitenciárias, transformadas em verdadeiras “prisões da miséria” sob a ótica estatal hodierna, servem ao franco papel de instrumento amplificador da segregação social e reverberam tensões e aflições das classes econômicas mais excluídas e vulneráveis. Disputas, valores e noções históricas, algumas delas datadas do período colonial brasileiro, contribuem para um quadro de permanente exclusão de determinados grupos sociais, como o subproletariado negro persistentemente marginalizado. Essas são questões ainda mais evidentes no caso do tráfico de drogas, pois o perfil médio dos condenados por esse tipo penal corresponde ao do pequeno ou médio traficante, que é, muitas vezes, também usuário da droga e vive em situação econômica fragilizada¹⁷.

Brasil. *Vide* BOITEUX, L. A Nova Lei Antidrogas e o aumento de pena. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. 2006.

¹³ Ainda nesse sentido, “[n]os últimos 14 anos a população do sistema prisional brasileiro teve um aumento de 167,32%, muito acima do crescimento populacional, aumento que reflete tanto ou mais a política criminal hegemônica dos agentes públicos do que a mudança nas tendências de ocorrências criminais no país”. BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, DEPEN. Op. cit. p. 18.

¹⁴ Id. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN – Dezembro 2014*. 2016. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file>. p. 34 e 41.

¹⁵ De modo geral, a partir de um simples cruzamento de dados, percebe-se claramente que os crimes previstos pela Lei de Drogas (Lei n. 11.343 de 2006) levam cada vez mais pessoas às cadeias, comparativamente aos outros tipos penais. No ano de 2008, ilustrativamente, apenas 19% dos presidiários masculinos e 59% das presidiárias femininas foram recolhidos ou sofreram condenação em razão de tráfico de drogas. Id. *Sistema Penitenciário no Brasil: Dados consolidados 2008*. 2008. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. p. 41-42.

¹⁶ Carvalho e Jesus, no que diz respeito às mulheres, acrescentam que a principal consequência no aumento do encarceramento por tráfico de drogas, a partir da Lei n. 11.343 de 2006, é a geração de uma grande massa de mulheres jovens, mães, com baixa escolaridade e não-brancas, que apresentam uma passagem pela polícia – estigma que irá acompanhá-las por toda a vida pós-encarceramento. *Vide* CARVALHO, D.; JESUS, M. G. M. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. *Revista do Laboratório de Estudos na Violência UNESP/Marília*. V. 9. p. 177-192.

¹⁷ De fato, pesquisas e levantamento de dados comprovam que não são presos e condenados pela Lei de Drogas o grande traficante ou o chefe de organizações criminosas, mas sim microtraficantes e usuários – na sua maioria

Nesse contexto, observou-se nas últimas décadas real agravamento da marginalização das classes mais pobres, reunidos por fim na explosão do fenômeno social e cultural das “favelas”¹⁸. O verdadeiro alvo da política prisional do Estado é justamente a parcela da população mais vulnerável economicamente, uma vez que a esmagadora maioria dos presos sequer concluiu o ensino médio e vive uma realidade de extrema pobreza. Chega-se logo, portanto, à conclusão de que o sistema prisional e a política criminal que norteiam o uso e a venda de drogas ilícitas colaboram para a manutenção da ordem social discriminatória, controladora, opressora e negligente quanto aos interesses dos indivíduos mais pobres¹⁹.

Na ótica atual, em que as ações oficiais e políticas públicas baseiam-se em teorias de controle, o próprio sentido e o propósito da prisão já não são mais os mesmos²⁰. O retrato institucional hoje no país revela um ambiente hostil às garantias fundamentais e à própria dignidade da pessoa humana²¹. No caso da criminalidade que envolve o tráfico de drogas ilícitas, essas falhas graves do sistema de segurança brasileiro assumem proporções ainda mais graves e flagrantes, na medida em que os dados dão conta de enormes distorções sociais, sugerindo uma verdadeira guerra contra a pobreza²². É que as instituições parecem mesmo funcionar apostando na ideia já destacada do controle²³.

jovens abaixo dos 30 anos de idade, negros e pardos, que foram recolhidos por portarem quantidades muito pequenas de entorpecentes. *Vide* reportagem de David Shalom para o portal de notícias “iG São Paulo”, de 23 de setembro de 2014: “67,7% dos presos por tráfico de maconha tinham menos de 100 gramas da droga”. Disponível em < <http://ultimosegundo.ig.com.br/2014-09-23/677-dos-presos-por-trafico-de-maconha-tinham-menos-de-100-gramas-da-droga.html>>.

¹⁸ Grandes aglomerados urbanos de massas miseráveis e de maioria negra ou parda, vivendo em situação de extrema precariedade e ausência de assistência pública.

¹⁹ Em brilhante apontamento, elaborado sobre a realidade dos guetos norte-americanos, mas que de modo algum poderia deixar de se adequar às nossas próprias favelas, Loïc Wacquant já aduzia: “[n]esse aspecto, a prisão é apenas a manifestação paroxística da lógica de exclusão da qual o gueto é o instrumento e o produto desde sua origem histórica. [...] As duas instituições se acoplam e complementam, no sentido de que cada uma serve, à sua maneira, para assegurar a ‘colocação à parte’ (*segregare*) de uma categoria indesejável, percebida como provocadora de uma dupla ameaça, inseparavelmente física e moral”. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução, André Telles. Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 2001. p. 98.

²⁰ O cárcere assume, neste novo modelo, um papel fundamental no esquema de segurança pública, embora não mais “[...] como um mecanismo de reforma ou de reabilitação, mas como instrumento de neutralização e de retribuição que satisfaz as exigências políticas populares por segurança pública e punições duras”. GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008. p. 59.

²¹ Teresa Caldeira denuncia que “[a]s instituições da ordem – a polícia e o sistema judiciário – têm sido sistematicamente incapazes de garantir à população segurança pública e padrões mínimos de justiça e respeito aos direitos”. CALDEIRA, Teresa. *Violência, direitos e cidadania: relações paradoxais*. In: *Ciência e Cultura*. V. 54, N 1, 2002. p. 44.

²² “*Brazilian drug legislation reinforces the great gulf between the penal treatment of the higher and lower classes of the population. For traffickers, even those who are small-time or addicts, and come from the less-favored strata*

Apesar da brevidade do estudo, considera-se que, com base em todos os dados levantados e a partir dos estudos sociais mais recentes, seja possível confirmar a hipótese de que o crescimento acelerado do número de presidiários e a decadência do sistema carcerário nacional estão estreitamente vinculados à questão do enfrentamento policial e da repressão às drogas ilícitas. Esse modelo de guerra às drogas, além de superlotar os cárceres brasileiros, serve também como fator de agravamento das tensões sociais e fortalece mecanismos de controle das classes e segmentos mais fragilizados da sociedade.

Referências

BOITEUX, L. A Nova Lei Antidrogas e o aumento de pena. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. 2006.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *População carcerária – novembro de 2000*. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>.

_____. *Dados consolidados 2005. 2006*. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>.

_____. *Sistema Penitenciário no Brasil: Dados consolidados 2008*. 2008. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>.

of society, the criminal justice response is always prison, aggravating the terrible conditions in the overcrowded and infested Brazilian prisons. For non-addicted drug users with no prior record, who have the means to buy drugs without dealing them, there was a reduction in criminal penalties”. TRANSNATIONAL INSTITUTE. *Systems overload: drug laws and prisons in Latin America*. Amsterdã, março de 2011. ISSN 978-0-9844873-6-3. Disponível em <http://www.druglawreform.info/images/stories/documents/Systems_Overload/TNI-Systems_Overload-def.pdf>. p. 33.

²³ Aqui, no caso em análise, o diagnóstico feito por Paulo Sérgio Pinheiro não poderia ser mais preciso e adaptável à realidade das políticas públicas de combate às drogas, quando afirma que a ausência de um controle democrático sobre as classes dominantes e a negação dos direitos para os mais pobres “reforça as diferenças sociais hierárquicas, fazendo com que os direitos e o império da lei sejam pouco mais que uma cortina de fumaça para uma terrível dominação”. PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. In: Revista tempo social. USP, Vol. 09, 1997. p. 47.

_____. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN – Dezembro 2014*. 2016. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file>.

CALDEIRA, Teresa. Violência, direitos e cidadania: relações paradoxais. In: *Ciência e Cultura*. V. 54, N 1, 2002.

CARVALHO, D.; JESUS, M. G. M. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. *Revista do Laboratório de Estudos na Violência UNESP/Marília*. V. 9.

DESLANDES, Suely F. Drogas e vulnerabilidade às violências. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org) & SOUZA, Edinilsa Ramos (Org). *Violência sob o olhar da saúde: a infropolítica da contemporaneidade brasileira*. 1ª reimpressão. Fiocruz. Rio de Janeiro: 2003.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. In: *Revista tempo social*. USP, Vol. 09, 1997.

TRANSNATIONAL INSTITUTE. *Systems overload: drug laws and prisons in Latin America*. Amsterdã, março de 2011. ISSN 978-0-9844873-6-3. Disponível em <http://www.druglawreform.info/images/stories/documents/Systems_Overload/TNI-Systems_Overload-def.pdf>.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução, André Telles. Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 2001.

2.4. A PSICOPATIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Caroline Aparecida Mendes

Palavras-chave: (1) direito penal; (2) psicopatia; (3) imputabilidade.

A psicopatia é, há tempos, assunto controverso tanto nas ciências biológicas quanto nas ciências criminais. Isso se dá primeiramente pela dificuldade de conceituação, isto é, se doença mental, transtorno de personalidade ou doença moral. A discussão se estende pelas ciências criminais, no que tange a imputação penal dos psicopatas, se imputável, semi-imputável ou inimputável, uma vez que essa aplicação serve de base para aplicação da sanção penal em caso concreto.

Assim, existem três correntes de conceituação de psicopatia. A corrente mais conservadora concebe a psicopatia como doença mental, entendimento esse bastante criticado pela psiquiatria forense, uma vez que as áreas cognitivas de um psicopata são íntegras e eles possuem consciência dos atos que praticam. O que acontece na maioria das vezes é uma disfunção no sistema límbico, responsável pelo armazenamento da memória emocional ou nas amígdalas cerebrais, que regulam o comportamento e conveniência de cada conduta.

A segunda corrente de entendimento aborda a psicopatia como doença moral, de onde veio a expressão de “loucura”. Para essa corrente, mitiga-se a responsabilidade penal dos psicopatas, devido à incapacidade de observar as normas jurídicas e comportamentos sociais.

Por fim, a terceira e majoritária corrente, considera a psicopatia como um transtorno de personalidade antissocial, que envolve o caráter, a personalidade e a consciência do indivíduo como um todo, isso após os avanços da neurociência, psiquiatria e psicologia. Segundo a Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, os psicopatas “são pessoas portadoras de transtornos específicos da personalidade [...] que apresentam perturbação grave da constituição caracterológica do indivíduo, usualmente envolvendo várias áreas da personalidade e quase sempre associada a considerável ruptura social.” (CID-10)

Outrossim, no âmbito do Direito Penal, no que tange à imputabilidade penal, isto é, a “capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento” (GOMES, 2007, p. 573), as consequências jurídico-penais dividem-se em penas e medidas de segurança. Aquelas se baseiam na culpabilidade do autor, aplicáveis somente a

pessoas consideradas imputáveis e semi imputáveis, enquanto as medidas de segurança se aplicam a pessoas inimputáveis, tendo por fundamento a periculosidade do autor.

O Código Penal Brasileiro estabelece no artigo 26, inimputável quem era ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Dessa maneira, existem algumas divergências sobre a classificação dos psicopatas em imputável, semi-imputável ou inimputável, uma vez que, como visto, é importante para o enquadramento de alguma sanção penal, após cometido o ato ilícito. Esse enquadramento faz-se importante também devido à finalidade da consequência jurídico-penal, se reprovação e sanção no âmbito da pena, ou tratamento e cura no aspecto da medida de segurança.

Ademais, Trindade corrobora a delicadeza que é preciso ter por parte do magistrado e do perito na averiguação do caso concreto, pois a psicopatia encontra-se no limítrofe da normalidade e anormalidade a que se refere o artigo 26 do Código Penal. Sobre esse posicionamento, explica Jorge Trindade,

Em que pese a existência de posicionamento jurisprudencial referindo a posição de que os psicopatas apresentam capacidade penal diminuída, imaginar a psicopatia como uma doença mental clássica e incapacitante sob o aspecto cognitivo e volitivo, fazendo com que, sob o aspecto jurídico, o psicopata seja isento de pena, é o mesmo que privilegiar a sua conduta delitativa perpetrada ao longo da vida e validar seus atos. (TRINDADE, 2012, p. 179)

Sendo assim, o magistrado, ao se deparar com uma possível situação de psicopatia, deve se valer de laudos psiquiátricos, não apenas tradicionais. Nesse sentido, o exame mais completo no que tange à psicopatia atualmente, é denominado PCL, *psychopathy checklist*. Porém, problemas surgiram em aspecto nacional:

A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela tradução, adaptação e validação do PCL para o Brasil, além de tentar aplicar o teste para a identificação de psicopatas nos nossos presídios, lutou para convencer deputados a criar prisões especiais para eles. A idéia virou um projeto de lei que, lamentavelmente, não foi aprovado. (SILVA, 2008, p. 134)

No que tange, afinal, a sanção penal adequada aos psicopatas, a corrente majoritária de criminólogos leva em consideração o principal posicionamento de conceituação de psicopatia, a qual aborda essa como um transtorno de personalidade antissocial, que por sua vez, não afeta a capacidade de entendimento do agente quanto ao caráter ilícito do fato, e nem sua capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento. Portanto, de acordo com esta corrente, deve-se

concluir que o psicopata pode ser considerado como imputável, sendo-lhe imputada uma pena, no caso de cometimento de infrações penais.

Em sentido contrário, uma corrente minoritária ratifica a falta de capacidade para aprendizado dos psicopatas, mostrando a possível ineficácia da pena quanto à finalidade de reeducação. Com isso, “os estudiosos alertam para o problema da reincidência criminal, não constituindo a pena um meio coercitivo e preventivo eficaz contra psicopatas, esvaziando a finalidade de prevenção especial da reprimenda quanto a esses infratores em especial.” (PALHARES, 2012, p. 145). Portanto, sob esta perspectiva, a pena não apresentaria utilidade alguma, devido à insuficiência no que tange à ressocialização e reabilitação desses indivíduos.

Nos Estados Unidos, Canadá e Austrália, por exemplo, aos psicopatas são aplicadas penas, as quais cumprem em celas especiais, pois necessitam de supervisão rigorosa e intensiva. Então, as penas a serem cumpridas pelos psicopatas devem ter acompanhamento e execução diferenciada dos demais infratores. Nesse sentido, a proposta que se apresenta é que, após o delicado processo de identificação de psicopatia aplicado pelo magistrado e executado pelo perito, comina-se penas em detrimento das medidas de segurança.

REFERÊNCIAS

Classificação de Transtornos mentais e de Comportamento da CID-10: **Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas** – Coord. Organiz. Mund. da Saúde; trad. Dorgival Caetano. – Porto Alegre: Artmed, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: volume 2**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA SÁ JÚNIOR, Luiz Salvador de. **Compêndio de psicopatologia e semiologia psiquiátrica**. Porto Alegre: Artmed Editora, 2001.

PALHARES, Diego de Oliveira; CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro. **O psicopata e o Direito Penal Brasileiro: Qual a Sanção Penal Adequada?** ORBIS Revista Científica: Volume 3, n. 2. ISSN: 2178-4809, 2012.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia: A máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

2.5. 250 ANOS DE BECCARIA: A INEFICÁCIA DA PENA CRUEL E OS SEUS REFLEXOS NAS POLÍTICAS CRIMINAIS DO SÉCULO XXI

Itací Alves Marinho Júnior

Palavras-chave: (1) cesare beccaria; (2) ineficácia; (3) crueldade; (4) políticas criminais; (5) humanização.

Cesare Beccaria, criador da obra “Dos Delitos e Das Penas”, é considerado o precursor do Direito Penal. No período em que vivia, a sociedade era dominada pelos ditames da Igreja e seu Direito Canônico, baseado em crenças e com punições excessivamente cruéis – muitas vezes o culpado era condenado à morte. Com uma opinião contrária à da Igreja, Beccaria cria este livro no intuito de provar que os métodos utilizados pela Santa Inquisição eram injustos e cruéis.

Em seu livro, Beccaria faz um questionamento da tradição clássica – baseada em um discurso cheio de ódio visando à repressão do indivíduo que não seguiu as leis impostas pela Igreja – ao descrever como era o processo de investigação, julgamento e condenação do indivíduo suspeito de cometer algum crime. Muitas vezes este indivíduo não tinha outra escolha a não ser declarar-se culpado, devido aos métodos de tortura e as diversas “provas de inocência”, que muitas vezes eram impossíveis de serem realizadas, utilizados pelos Inquisidores.

É de grande importância destacar o papel de um pensador como Cesare Beccaria, pois embora 250 anos tenham se passados, pode-se perceber a genialidade da obra “Dos Delitos e Das Penas”, visto que é evidente como muitas ideologias do autor ainda estão presentes no sistema penal atual, sendo que tal obra foi base da criação do Código Penal Francês e vários outros.

Esse trabalho tem como problema de pesquisa analisar o discurso e a crítica argumentativa sobre a ineficácia da pena cruel, a imposição de poder, a superioridade perante outro ser, o uso da crueldade como base de dominação através coerção social²⁴, a pena cruel como punição de crimes, cujo qual é usada pelo Estado como um meio de legitimação do poder e veículo de soberania, a qual Cesare Beccaria critica por representar não a soberania de um Estado, mas sim um conflito classista, onde as classes ricas, com o controle político, visam dominar as pobres.

²⁴ DA SILVA, Guilherme Fernando Ferreira. **A Concepção Criminológica de Durkheim**. Tese de Conclusão de Curso – Faculdade Educacional de Ponta Grossa, Faculdade União. 2009, p.32

Em face do tema em discussão, tem-se como primeira hipótese de que o questionamento da pena cruel põe em dúvida a própria validade do Direito Penal, que mostra não ter a intenção de coibir crimes, como foi afirmado por Beccaria, mas de sustentar um Estado autoritário e elitista por ação do medo.

Ademais, a segunda hipótese está voltada para o fato de Beccaria considerar a pena cruel como inútil e ineficaz, pois diante de tal fundamentação, se torna plausível a interpretação de que Beccaria em sua obra, não defendia a extinção da pena, e sim uma pena menos intensa e totalmente proporcional ao delito.

Por conseguinte, a terceira hipótese se encontra dentro do contexto histórico evolutivo do poder punitivo, cujo advento do esgotamento punitivo do estado é oriundo do surgimento dos princípios penais limitadores, dando garantia ao indivíduo uma forma de proteção contra a forma máxima do Estado.

No entanto, é visível e sensato afirmar, que sua política de controle do sistema penitenciário brasileiro é marcada pela presença do Estado punitivo em virtude de suas ações severas, cruéis e repressivas.

A quarta e última hipótese é oriunda do casamento da crítica de Beccaria feita no século XVIII, junto com o conceito de biopoder defendido por Foucault, onde o Estado punitivo ao exercer a vigilância sobre o corpo e o poder sobre a vida do indivíduo estará vedando, regulando, manuseando, segregando e excluindo o indivíduo de sua relações sociais, ou seja, aplicação da pena fora do eixo da proporcionalidade da aplicação da pena, terá um caráter cruel de biopoder, coercitivo e disciplinar, totalmente intrínseco ao Estado punitivo exacerbado.

Contudo, o presente artigo tem por objetivo geral de analisar uma das principais teses de Cesare Beccaria, considerada por muitos a principal defendida em sua obra, a ineficácia da crueldade penal. Tal objetivo tem seu caráter teórico, pois o estudo teórico da ineficácia da pena cruel traçará uma resenha crítica em relação aos argumentos da tese do autor, embasada por obras de autores contemporâneos do Direito e da Filosofia, levantando os acertos e equívocos da teoria. A principal finalidade dessa parte é provar a força da racionalidade de Cesare Beccaria que em pleno século XVIII defendeu uma doutrina que se mantém atual no século XXI, influenciando legislações penais no mundo inteiro.

Já os objetivos específicos tendem por ter um caráter empírico, visando apresentar os reflexos da tese de Cesare Beccaria no âmbito da criminologia, atestando sociologicamente que a irracionalidade na desumanização das penas, que não servem como meio de prevenção de futuros delitos; compreender que as vertentes das políticas criminais dos Estados no século XXI refletem empiricamente a teoria do autor analisado, no sentido do utilitarismo da pena como

Ressocialização do condenado e prevenção geral negativa do crime, sobretudo problematizar e discernir que o fator cultural da era moderna na relação do populismo midiático e a cultura do medo propagam um estado de insegurança social e um clamor popular pelo endurecimento das penas, contraindo todo o avanço conquistado após 250 anos da publicação da obra “Dos Delitos e das Penas”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. Ed.São Paulo: Saraiva. 2004.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007

DERRIDA, Jacques. **Estados-da-alma da psicanálise: o impossível para além da soberana crueldade**. São Paulo: Escuta Editora, 2001

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FEUERBACH, Paul Johan Anselm. **Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte**, 1796, (tradución de 1963)

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. ed. 12. Petrópolis: Vozes: 2009

FOUCAULT, Michel. *História de La sexualité 1. La Volonté Du savoir*. Paris: Gallimard, 1976.

GOMES, Luis Flávio; ALMEIDA, Alice Bianchini. **Beccaria (250 Anos) – e o Drama do Castigo Penal: Civilização ou Barbárie?**São Paulo: Saraiva, 2014

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 9 ed. Niterói: Impetus, 2007.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte General**. T. I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

3.DIREITO PÚBLICO

Coordenação: Profa. Dra. Cândice Lisbôa Alves

3.1. ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS (LEI Nº 13.022/2014): INSTRUMENTO RETÓRICO DE UM CONTROLE CRIMINAL

Gustavo Ferreira Santos

Jonatan de Jesus Oliveira Alves

Palavras-chave: (1) guarda municipal; (2) controle criminal; (3) instrumento retórico;

1 INTRODUÇÃO

O tema deste resumo expandido é a Lei nº 13.022/2014 (Estatuto Geral das Guardas Municipais), de 08 de agosto de 2014, e tem por finalidade pesquisar de que modo as atribuições constitucionais dessa carreira de servidores públicos se relaciona com o discurso político de recrudescimento do controle criminal oriundo da banalização da violência.

Destarte, apontam-se os seguintes problemas: Qual o papel das guardas municipais? Até que ponto o legislador pode atuar, sem que o texto constitucional seja violado? Como os políticos têm incorporado em suas falas as atribuições daquelas?

Para responder essas indagações, lançando mão de uma metodologia indutiva e de uma pesquisa dogmática, teórica, exploratória e bibliográfica, mostra-se adequado o referencial teórico da cultura do controle criminal difundida por Garland (2008), sendo mister: descrever como se dá o recrudescimento da política criminal; analisar a Lei nº 13.022/2014 à luz do texto constitucional; debater o entendimento de juristas e do Supremo no tocante à atuação da guarda municipal; apontar a dimensão do discurso utilizado pelos políticos quanto ao assunto.

2 A LEI 13.022/14 COMO INSTRUMENTO RETÓRICO

Ao lado de saúde, educação, corrupção, dentre outras, a violência figura como uma das grandes preocupações do brasileiro (MENDONÇA, 2015), donde surge terreno fértil para os inúmeros debates sobre segurança pública, de como o Estado exercerá a preservação da ordem

pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, nos termos do *caput* do art. 144²⁵ da Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88).

Com efeito, existe uma espetacularização do crime e da política criminal (WACQUANT, 2007), na qual se forja um senso comum para além da noção de violência, alienando-se o conceito de segurança pública.

Em consonância com o que Garland (2008) chama de obsessão securitária, os políticos brasileiros aproveitam esse ensejo para direcionar as políticas públicas, visando um rigorismo penal e intolerância ao criminoso, além de bater na tecla do aumento do efetivo policial (SOUZA, 2003).

Fabrica-se uma pseudonecessidade de controle do crime, na medida em que os políticos adotam um discurso que favorece o recrudescimento punitivo e que semeia uma política retributiva, legitimando medidas austeras de punição e aprovação de leis draconianas (GARLAND, 2008).

A Lei nº 13.022/2014 dispõe sobre o estatuto geral das guardas municipais e vem sendo utilizada como um instrumento legitimador dessa fala retórica de endurecimento da política criminal incorporada pelos políticos. A par das forças policiais de segurança pública elencadas na CF/88, a guarda municipal é “vendida” como um novo sistema de controle do crime (GARLAND, 2008).

O político, interessado em angariar o maior número de votos possível, promete a criação de um guarda civil municipal armado e com atividades extraconstitucionais, dando maior vazão à operabilidade das decisões político-penais exigidas pelos cálculos partidários de curto prazo (GARLAND, 2008).

É a falsa impressão de que não só a União e os Estados têm o dever de combater o crime, mas que os Municípios também deveriam, irrestritamente, corroborar a segurança pública. Da leitura açodada do §8º do art. 144 da CF/88²⁶, pode-se chegar a uma conclusão juridicamente equivocada acerca das funções da guarda municipal, ou mesmo lucubrar quanto ao seu papel na segurança pública.

25Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. [...]

26 Art. 144 [...]. §8º. Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Cotejando as normas constitucionais que versam sobre segurança pública e competência dos entes políticos, infere-se que o Município não foi autorizado a instituir órgão policial de segurança, de manutenção da ordem pública ou de polícia judiciária, sendo que os constituintes recusaram as diversas propostas de criação da polícia municipal (SILVA, 2005; MEIRELLES, 2008).

A Lei nº 13.022/2014 é objeto da pendente Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5156, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Sem embargos, no Recurso Extraordinário nº 658.570, o Supremo julgou constitucional a atuação das guardas municipais no que tange à fiscalização, controle e orientação do trânsito e tráfego local, permitindo-lhes a aplicação de multa de trânsito (BRASIL, 2015). Os ministros ponderaram que tal poder de polícia administrativa não se confundiria com a segurança pública e que o rol de órgãos de segurança pública, plasmados no *caput* do art. 144 da CF/88, não contempla a guarda municipal, limitando aquela às polícias federais e estaduais (BRASIL, 2015).

Em síntese, a colaboração da guarda municipal com o sistema da segurança pública deve-se dar com base na interpretação da Lei nº 13.022/2014 à luz da CF/88, com a sua presença “nos parques e escolas municipais e suas proximidades, nos terminais municipais de transportes, nos prédios municipais, nos mercados municipais e atuando junto a serviços municipais no seu regular exercício do poder de polícia municipais” (MARREY, 2016).

3 CONCLUSÃO

Longe de responder aos questionamentos supra ou mesmo de contribuir com a solução dessas problemáticas, os políticos utilizam-se da espetacularização da violência e da cultura do medo para incrementar o aparato policial do Estado, suplementando as atribuições das guardas municipais de modo a extrapolar os limites constitucionais destas, o que nada contribui para a construção de um Estado Democrático de Direito (MARREY, 2016).

A guarda municipal, então, é utilizada como instrumento de um discurso influenciado pelo controle do crime, valorizando-se a vantagem política e a opinião pública (GARLAND, 2008).

Há um esvaziamento das atribuições que as guardas municipais desempenham na segurança pública e que estão expressamente balizadas na Constituição brasileira: a proteção do

erário municipal. Utilizá-las como mais um mecanismo de “uso legítimo da força” é uma manobra patentemente populista, na medida em que a situação da violência no Brasil não será resolvida com a criação de uma “polícia municipal”.

Nesse contexto de institucionalização da violência, urge evocar o pacifista indiano Mahatma Gandhi, porquanto mal sabem os políticos, quicá a sociedade como um todo, que o oposto da violência nem de longe é o Estado ou seu “monopólio da força”, mas sim a não-violência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário n. 658.570/MG**. Redator para o Acórdão: BARROSO, Roberto. Publicado no DJe de 30-09-2015 p. 195. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9486497>>. Acesso: 08 de jun. 2016

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e orem social na sociedade contemporânea**. Tradução, apresentação e notas: André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

MARREY, Luiz Antônio Guimarães. Quando a guarda municipal age como polícia, abre-se a porta para a violência. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-11/mp-debate-guarda-municipal-age-policia-abre-porta-violencia?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso: 13 de jul. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA, Ricardo. Pela 1ª vez, corrupção é vista como maior problema do país, diz Datafolha. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>>. Acesso: 09 de jul. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Obsessão securitária e a cultura do controle. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 20, p. 161-165, jun. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782003000100015>. Acesso: 10 de jul. 2016.

WACQUANT, Loic J. D. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos estado unidos [a onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

3.2. A ATUAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS DE FORMA COORDENADA PARA A PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Raíssa Vieira de Gouveia

Palavras-chaves: (1) direito à saúde; (2) efetividade; (3) entes federativos; (4) mercenarização da saúde; (5) judicialização da saúde.

Este trabalho apresenta a problemática da efetivação do direito à saúde, o qual muitas vezes é negligenciado em sua prestação pelos Entes federativos. O direito à saúde mostra-se constitucionalmente como um direito social e, ainda, como um direito subjetivo e fundamental. Para realizá-lo, no Brasil, houve a estruturação do Sistema Único de Saúde, o qual é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Logo, deve ocorrer uma participação conjunta desses Entes para uma verdadeira tutela desse direito.

De nada adiantaria a extensa cartela de direitos fundamentais conquistada pelos homens ao longo de lutas e mais lutas se ela permanecesse no papel, estagnada, apenas como norma estática. Entretanto, quando o homem depositou um pouco de sua liberdade para a construção de um Ente que o protegeria contra a ambição de outros seres, como enunciou Rousseau²⁷, ele pediu em troca uma proteção que fosse efetiva.

Nessa cartela de direitos fundamentais destaca-se o direito à saúde, o qual foi selecionado porque se liga, intimamente, ao direito à vida. Para que a vida seja digna é mister o assegurar um direito à saúde que transcenda a “letra fria” da lei, motivo pelo qual urge uma atuação positiva dos Entes federativos.

Os Entes federativos são pessoas jurídicas de direito público, os quais, cada qual, possuem suas próprias competências na efetivação de direitos e, também, deveres. O Judiciário entende que os entes federativos devem dispor de recursos para a efetivação e concretude das ações e serviços de saúde, os quais são de alta relevância pública, conforme se abstrai do julgado a seguir:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra incrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores.

plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive aquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, 196) e representa, na concreção de seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (STF, RE 368.041, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 17-6-2005) (grifo nosso)

A presente análise recai, ainda, em discussões como a mercenarização da saúde, a qual se apresenta como uma sintomática sobre a presente prestação ineficiente de tal direito, tendo como exemplo a constante prática em hospitais particulares do cheque-caução. Diante disso, a atenção se volta ao Judiciário, o qual com sua função jurisdicional prolata decisões que auxiliam na assistência aos casos de saúde que a ele chega, ocasionando a chamada judicialização da saúde.

Segundo Barroso, “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...]”²⁸. Com isso, enfatiza-se a importância da interação entre os Entes federativos para que haja uma verdadeira aplicação do que é o direito à saúde em sua forma holística, para que não haja um sobre carregamento do Poder Judiciário.

O objetivo geral do trabalho é analisar o Sistema de Saúde brasileiro juntamente com uma análise da participação de todos os entes federativos na concretização desse direito. As conclusões obtidas foram: uma crítica ao atual modelo mercenário de saúde e ainda sobre a análise da judicialização como forma de propiciar o acesso à saúde.

Para a realização do trabalho foi feita uma pesquisa teórica e documental, sendo analisados livros, periódicos, dissertações, teses, normas jurídicas e julgados. O método utilizado

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 3. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 13 de out. de 2016.

é o hipotético dedutivo, tendo natureza teórica e ainda de caráter descritivo, para posterior confirmação do estudo.

Tomou-se como marco teórico a perspectiva de IngoWolfgang Sarlet, que elucida

“O direito à vida (e no que se verifica a conexão, também o direito à saúde) assumem, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psíquica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.”²⁹

A judicialização da saúde mostra-se como principal sintoma de que, juntando três Entes federativos, nenhum consegue propiciar aos cidadãos efetivo acesso à saúde. É crescente, um crescimento exponencial até, as demandas no Judiciário de cidadãos que não possuem condições de arcar, por exemplo, com determinados medicamentos e o Poder Público também alega insuficiência de recursos.

Diante da incompetência ou como os próprios entes alegam “a falta de recursos” o Judiciário vem se tornando palco para a democratização social quando hasteia a bandeira de defesa dos direitos fundamentais. A inércia dos Entes federativos, com uma sociedade informada sobre os seus direitos, leva os cidadãos a buscarem no Judiciário a concretude de seu direito.

Analisou-se, ainda, que os seres humanos são falíveis, ou seja, sujeitos a errar e a erros. Porém, em se tratando na tutela da saúde deve haver a busca incessante para a proteção da vida, sendo sua preservação uma finalidade de relevância ímpar. Sem a vida não há saúde, não há sociedade, não há Estado, não há direito.

O direito à saúde, antes considerado apenas como um direito social, ganha uma nova roupagem – a de um direito individual, podendo ser exigido perante o Judiciário. Com isso, diante da ineficácia dos entes federativos na disponibilidade de recursos para a concretude desse direito o Judiciário é acionado.

No Brasil, a repartição de competência entre os entes federativos foi bem delimitada em nossa Constituição e leis infraconstitucionais. É notável o valor desses diplomas normativos e exímio em sua construção. Mas, por algumas falhas na execução dos próprios entes o direito à

²⁹ SARLET, IngoWolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revita dos Tribunais, 2012., p.576.

saúde ainda não é assegurado plenamente. É necessária uma mudança de cultura, na qual esses entes federativos efetive tal direito começando por seguir, o que não é impossível, os preceitos constitucionais.

Portanto, observa-se que os cidadãos, aos poucos, estão se erguendo da perspectiva assistencialista de dependência de governantes e atuam mais fortemente na busca de seus direitos. O Judiciário está servindo de palco para uma verdadeira participação social e, ainda, propulsor da concretude do direito à saúde. Então, longe do pessimismo, os cidadãos brasileiros buscam, paulatinamente, a concretude de um direito já pré-constituído e reafirmado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*.

Disponível

em:

<

http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>

Acesso em: 13 de out. de 2016.

CORRÊA, Darcísio; MASSAFRA, Cristiane Quadrado. *O direito à saúde e o papel do Judiciário para a sua efetividade no Brasil*. Editora Unijuí, ano 2, n.3, jan./jun, 2004.

CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. *Direito à saúde: de norma programática a direito individual exigível*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v.19, n. 34, p.119-132, ago. 2012.

HESSE, Konrad. *Significado dos direitos fundamentais*. In: Hesse, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21-72.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores.

MARTINS, André Luiz de Almeida. *O Sistema Único de Saúde: contingências e metacontingências nas leis orgânicas da saúde*. 2009. ix, 66 f., il. Dissertação (Mestrado em Ciências Comportamentais)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

NETO, Pedro Accioly de Sá Peixoto; ACCIOLY, Nadja Valéria da Corrente Campos. *Sentido e amplitude da Reserva do Possível em matéria de saúde*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v.19, n.34, p.163-172, ago.2012.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.

SARLET, IngoWolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revita dos Tribunais, 2012.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17 (1), p. 29-41, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

3.3. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO E A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Iris Cristina Fernanda Vieira

Palavras Chaves: (1) contrato temporário; (2) agente público; (3) serviço público; (4) excepcional interesse público; (5) concurso público

A ordem constitucional brasileira estabelecida com a Constituição Federal (CF) de 1988 determinou a obrigatoriedade da investidura dos cargos públicos mediante aprovação em concurso público de provas e títulos. O artigo 37, II da CF estabeleceu a regra e as exceções. Dentre as exceções previstas está a possibilidade da contratação temporária de servidores por parte da Administração Pública. Esta possibilidade está prevista na Constituição Federal em seu artigo 37, inciso IX e é condicionada a uma situação excepcional e temporária.

A regra constitucional tem por objetivo dar eficácia a outros princípios constitucionais que é o da isonomia, impessoalidade, moralidade, legalidade e eficiência, assim proporcionando uma maneira democrática de investir nos cargos públicos pessoas em razão do mérito pessoal que demonstre objetivamente que a pessoa é capacitada para o desempenho das atribuições referentes aos cargos públicos.

Esse trabalho tem como problema de pesquisa a análise dos requisitos autorizativos da contratação temporária no âmbito da administração pública, ou seja, se existe de fato as possíveis hipóteses de cumprimento do mandamento constitucional sem que as legislações e contratos da administração pública visando à autorização da contratação temporária recaiam na mácula da inconstitucionalidade, ou sem que os gestores públicos pratiquem atos contrários à Constituição Federal.

Em face do exposto, tem-se como hipótese provisória e genérica as normas que tratam da contratação temporária burlam a exigência constitucional do concurso para acesso ao serviço público, posto que não acatem os pressupostos necessários para a contratação de pessoal por tempo determinado para atender excepcional interesse público, sobretudo discernir que a determinação constitucional é a investidura por meio de concurso público.

Além disso, outra hipótese que precisa ser elencada é a possível configuração de improbidade administrativa, em virtude do não cumprimento dos requisitos da contratação

temporária, quais são: a) previsão, em lei, dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional, de modo que sem a presença destes requisitos, tal conduta será dada como inconstitucional a lei que prevê e ilegais as contratações.

Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo genérico conceituar, e problematizar o serviço público e as classificações de agentes públicos, verificando os mandamentos constitucionais de investidura nos cargos públicos de provimento efetivo, ocupados por servidores públicos; analisar a prestação do serviço público por meio de agentes públicos de modo a resguardar o interesse público envolvido tanto para o Estado, como para a coletividade.

Têm-se como objetivos específicos verificar os requisitos necessários para este tipo de contratação, com a intenção de serem delineados na tentativa de exaurimento e demonstração do modelo constitucionalmente aceito e permitido de contratos temporários no âmbito da Administração Pública, as consequências jurídicas para o gestor público que descumpre o mandamento constitucional e realiza as contratações temporárias ao arpejo do permissivo constitucional, notadamente consequências retiradas da Lei de Improbidade Administrativa, serão analisados alguns julgados pátrios a respeito do tema, para demonstrar a aplicação teoria na prática jurisprudencial de modo sistemático e ordenado.

A teoria de base utilizada na presente pesquisa é o papel norteador do interesse público para atuação de toda a Administração Pública. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles, é um exemplo de autores escolhidos para abrilhantar, preencher e nortear este trabalho, pois em sua obra intitulada *Direito Municipal Brasileiro*, entende-se que: “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade³⁰”.

Em virtude do tema proposto, contratação temporária no âmbito da administração pública, pode-se discernir que outro marco teórico pertinente para o desenvolvimento desta pesquisa fundamenta-se na doutrina constitucionalista e administrativista que estabelece a noção de interesse público, as nuances da supremacia do interesse público e a sua aplicação enquanto princípio.

Neste sentido, define-se como concurso público: “o procedimento administrativo em cujo cerne se encontra densa competitividade entre os aspirantes a cargos e empregos públicos. É o instrumento que melhor representa o sistema do mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições³¹”,

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 34ª ed, 2008. p. 349.

³¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 555.

tal definição é de suma importância para compreensão do tema em discussão, devida algumas situações especiais em relação às quais a própria Constituição dispensa a aprovação prévia em concurso público pelo servidor. Estas situações são excepcionais e motivadas pelo interesse público.

Por conseguinte, busca-se em primeiro lugar uma noção satisfatória do que venha a ser interesse público, posto que não seja possível reduzir a temática a apenas um conceito. Isto porque a dogmática tradicional de Direito administrativo fala em interesse público como conceito indeterminado, mas atualmente o viés é tratá-lo como princípio.

Diante da pesquisa realizada pode-se concluir que há no ordenamento jurídico pátrio normatização constitucional que possibilita a contratação temporária no âmbito da administração pública e que o descumprimento dos requisitos pode gerar sanção de inconstitucionalidade às leis autorizativas e consequências de improbidade administrativa aos gestores que descumprirem as determinações constitucionais e legais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri-SP: Editora Manole, 2007.

BRASIL, **Constituição da Republica Federativa**: Senado Federal, 1998.

BRAZ, Petrônio. **Servidores públicos na Reforma Administrativa**. São Paulo: Cronos, 2 ed. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**, 2ª ed. São Paulo: RT. 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

3.4. CRISE URBANA DA MORADIA ADEQUADA

Cicilia Araújo Nunes

Tiago Amorim Pescara

Palavras-chave: (1) crise urbana; (2) direito à moradia; (3) direitos humanos.

A crise urbana brasileira é composta por várias facetas resultantes num todo de miséria, corrupção, exclusão, desigualdade e desumanidade. Ela é uma crise de mobilidade causada pelas reiteradas políticas públicas inócuas elaboradas sem prestigiar o transporte público, cercadas de indícios de corrupção. Essa crise também é evidenciada ao se constatar, no contexto das maiores cidades brasileiras, ilhas dotadas de todos os equipamentos públicos necessários, cercadas por moradias autoconstruídas desprovidas da dignidade exigida pelas normas nacionais e internacionais. A hipótese orientadora da pesquisa é que haveria uma mudança na concepção de moradia como um bem social irradiadora de direitos fundamentais para se tornar mercadoria e ativo financeiro. O objetivo geral desse trabalho é estudar a desconstrução da moradia como bem social. Os objetivos específicos são: compreender o direito humano e fundamental à moradia adequada e sua proteção legal; identificar os atores e os efeitos da nova concepção de moradia contra a efetivação do direito humano e fundamental à moradia adequada (ROLNIK, 2015; MARICATO, 2015; SAULE JÚNIOR 1997).

A tardia industrialização brasileira foi responsável pelo adensamento populacional das cidades. A urbanização da população brasileira foi marcada pelos baixos salários e conseqüente formação de espaços caracterizados por moradias construídas pelos próprios moradores nas horas vagas e com o que sobrava de recursos, na maioria das vezes sem seguir regras urbanísticas ou sem títulos de propriedade. O poder público tolerou porque não pretendia aplicar o volume necessário de recursos para uma política pública de moradia adequada. A ditadura civil-militar brasileira adensou o problema, primeiro porque concentrou os esforços na macroeconomia, desenvolvendo marcos de infraestrutura, depois porque o autoritarismo não permitiu que a voz dos movimentos sociais por reforma urbana fossem escutadas (MARICATO, 20015).

Enquanto o mundo vivia nova era de liberalismo econômico e diminuição dos papéis do estado provedor, no Brasil houve significativas conquistas de direitos humanos com a

promulgação da Constituição Federal de 1988. Substantial trama protetiva do direito à moradia adequada foi construída nos anos seguintes. Em 1992, O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos são finalmente promulgados por meio dos decretos 591 e 592, ambos de 12 de dezembro de 1992. Em 2000, por meio da emenda constitucional nº 26, o direito à moradia adequada é inserido textualmente no rol de direitos sociais da Constituição Federal (art. 6º). Em 2001, a política urbana prevista nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal é finalmente regulamentada por meio da lei 10.257, de 10 de julho de 2001, o Estatuto da Cidade inaugura uma nova era normativa para a urbanização baseada na função social da cidade. Essas são apenas algumas referências de como o discurso normativo desenvolveu ampla proteção ao direito à moradia adequada (ROLNIK, 2015; MARICATO, 2015).

Porém, toda essa proteção vem sendo desconstruída internacionalmente. Diante do avolumamento do capital internacional, novas fronteiras foram desbravadas em busca da remuneração e valorização do investimento. Dessa forma, durante as últimas décadas, organismos internacionais vem interferindo nas políticas públicas nacionais de moradia, recomendando aos Estados que canalizem essas questões de forma a serem tratadas entre o mercado e as famílias. Atores locais são cooptados e os Estados são convencidos a investirem numa única vertente: o subsídio do financiamento da propriedade privada individual (ROLNIK, 2015; MARICATO, 2015).

O sonho da casa própria vem demonstrando ser o pesadelo das milhões de pessoas excluídas por não se amoldarem aos requisitos de admissibilidade do financiamento. Essa postura estatal é garantida pelo legislativo nas leis urbanísticas aprovadas pelas câmaras municipais e leis nacionais que vem, sistematicamente, restringindo as possibilidades de morar em algum lugar com segurança à aquisição de propriedade privada individual, olvidando de inúmeras outras formas construídas na história humana (ROLNIK, 2015; MARICATO, 2015).

À margem de toda proteção do direito à moradia adequada, são comuns as concessões de liminares para reintegração de posse de áreas urbanas utilizadas para moradia humana sem que haja no processo a participação desses ocupantes irregulares, ou de seus representantes. Constata-se nessas ações processuais serem sumariamente privilegiados outros direitos humanos e fundamentais em detrimento do direito à moradia adequada, normalmente são tratados como absolutos os direitos fundamentais à propriedade e ao meio ambiente, sem que ocorra a necessária harmonização entre eles. A grande questão que transborda a análise judicial é que todos precisam morar em algum lugar, e quem mora adequadamente recebe prestações

necessárias à consecução do direito à saúde, à educação, à segurança, dentre outros direitos humanos e fundamentais irradiados (ABREU, 2014).

Efeitos da financeirização (tornar mercadoria e ativo financeiro) da moradia são evidenciados nas valorizações imobiliárias e nos gastos com aluguel. Soma-se a isso a queda nos investimentos em políticas públicas habitacionais e o direcionamento desses investimentos a subsídios para compra de imóvel individual, tem-se um quadro de crescente desqualificação das famílias de qualquer meio garantidor da moradia adequada (ROLNIK, 2015).

Identifica-se a política pública habitacional brasileira dos últimos anos com o mesmo projeto habitacional desenvolvido em vários países do mundo, sendo o primeiro deles o Chile do ditador Pinochet, quando as *vivendas* existentes dentro da cidade formal foram todas demolidas e seus moradores transferidos para conjuntos habitacionais de baixa qualidade localizados na periferia de Santiago, afastando-se a pobreza para longe do centro da cidade. Evidencia-se no Brasil o direcionamento dos recursos habitacionais para subsídio na compra da casa própria, na esmagadora maioria das vezes construída distante dos equipamentos públicos tais como hospitais, escolas, transporte público e lazer. Esse movimento permite a liberação dos espaços melhor localizados para que o mercado decida o que melhor aproveitamento financeiro será obtido, desnaturando os princípios presentes no Estatuto da Cidade e que deveriam nortear o planejamento urbano para o melhor interesse das pessoas e não do dinheiro (ROLNIK, 2015; MARICATO, 2015).

REFERÊNCIAS

ABREU, João Maurício Martins de Abreu. A moradia informal no banco dos réus: discurso normativo e prática judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.7, n.2, jul-dez 2011. p. 391-416. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23955> >. Acesso em: 06 out. 2016.

MARICATO, Ermínia. **Para entender a crise urbana**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015, 112p.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos Lugares: A colonização da terra e da moradia na era das finanças**. São Paulo: Boitempo, 2015. 423 p.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro**. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. 336 p.

4.FUNDAMENTOS DO DIREITO

Coordenação: Mestrandos Gustavo Ferreira Santos e
Jonatan de Jesus Oliveira Alves e Prof. Dr. Bruno
Garrote Marques

4.1. UM ESTUDO DE CASO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Cláudia Milena

João Leão

Palavras-chave: (1) neoconstitucionalismo; (2) judicialização; (3) ativismo; (4) união estável

O trabalho se propôs a um estudo de caso sobre o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, sob o prisma da judicialização da política e do ativismo judicial frente ao Neoconstitucionalismo. O caso analisado mostrou como o Neoconstitucionalismo desloca a tensão da esfera política para a esfera jurídica. A omissão do legislativo sobre situações que devem ser tuteladas pelo Estado acaba sendo suprida pelo poder Judiciário, que deve assegurar àqueles que não conseguem a atenção devida do Estado pela via tradicional da política o gozo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

A decisão do STF afirmou o reconhecimento de um direito que, no direito positivo brasileiro, não é regulamentado por lei específica, embora o fenômeno ao qual se refira seja inegavelmente um fato da vida. Através de uma “interpretação conforme a Constituição”, a Suprema Corte tomou, na prática, uma decisão de grande importância na luta pelos direitos dos homossexuais. Tal decisão foi necessária devido à ausência de legislação específica gerada pela deficiente representação das minorias no legislativo brasileiro, e pelo dever de realização dos princípios constitucionais, fruto do papel que a Constituição assume no paradigma do Neoconstitucionalismo.

De acordo com YOUNG (2006, p. 169-170), os membros de grupos sociais estruturais menos privilegiados geralmente são sub-representados na maioria das democracias contemporâneas. Grupos culturais minoritários e aqueles situados em posições raciais desvalorizadas também costumam carecer de voz política efetiva, o que pode frustrar as promessas de igualdade política e de oportunidade que estão na base dos princípios democráticos.

O problema da representatividade das minorias se faz evidente quando se aprecia a

questão LGBTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais). O direito a não discriminação é um direito fundamental, tendo como base os princípios constitucionais de igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana. Entretanto, a evidente falta de representatividade política dificulta que leis específicas sejam criadas para dar tratamento específico aos casos de discriminação, que são tratados simplesmente como injúria, lesão corporal ou homicídio, a despeito da motivação por um sentimento de homofobia profundamente enraizado na consciência social.

A principal mudança referente ao paradigma do Neoconstitucionalismo diz respeito ao papel desempenhado pelo texto constitucional no ordenamento jurídico, que se torna um “programa positivo de valores que deve ser 'atuado' pelo legislador” (ARIZA, 1999 *apud* MAIA, 2009. p. 5). As constituições passam a ser compostas por normas não apenas formais limitadas à distribuição e organização do poder, mas também materiais, que estabelecem conteúdos que devem ser preservados pelo legislador ordinário e resguardados pelo aplicador do direito, que passa a poder aplicar diretamente a Constituição.

BARROSO (2012, p. 24) distingue a judicialização do ativismo judicial. Enquanto aquela seria uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política, o ativismo judicial seria uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance que normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Ficou claro que a necessidade de atuação do STF no caso em questão resultou de uma demanda oriunda da sociedade associada às características específicas do nosso ordenamento, além de sua decisão ter grande importância política e social na luta pelo direito da comunidade LGBTTT. Entretanto, para NETO E MOURÃO (2015, p. 231), a decisão do Supremo Tribunal Federal caracterizou uma situação de ativismo judicial, sendo que, pela interpretação sistemática e teleológica do art. 226, §3º da Constituição Federal, ou por encontrar na matéria lacuna normativa, houve uma atitude de deliberada expansão dos poderes do Poder Judiciário.

A decisão da Suprema Corte evidencia o reconhecimento da força normativa dos princípios e da sua irradiação por todo o ordenamento jurídico. É perceptível que em todos os votos analisados, há o emprego dos princípios constitucionais, buscando a concretização de um modelo político democrático. Os desafios do Neoconstitucionalismo incluem realizar a travessia entre a teoria e a prática, buscando promover a inclusão social, a Constituição deve garantir a

proteção dos direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Assim, o Poder Judiciário tem em suas mãos a tarefa de estancar o poder das maiorias momentâneas, buscando assim realizar os anseios da sociedade, e principalmente, das minorias que estão encurraladas pela falta de representatividade e pela falta de vontade coletiva do Legislativo quanto à tutela jurídica das mesmas.

Pode-se perceber a relação entre o novo paradigma constitucional e o aumento da judicialização. A centralidade da Constituição, que irradia seus princípios pelo ordenamento jurídico, cria um programa positivo de valores que deve ser realizado pelo Estado. Os direitos fundamentais nela consagrados estabelecem um ideal de boa vida que deve ser protegido e tutelado pelo poder público, seja através do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.

Tal contexto, propício à judicialização, cria espaço para posturas ativistas dos aplicadores do direito, que se apoiam na força normativa da grande quantidade de princípios constitucionais na aplicação das normas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, p. 23-32, 2012.

MAIA, Antonio Carlos de Souza. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo.** In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira; Alejandro Pérez Hualde [et al] (coord). **Neoconstitucionalismos.** 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NETO, Jerônimo Vieira de Sousa; MOURÃO, Pedro Franco. **Judicialização política e ativismo judicial casos recentes e polêmicos no STF.** In: **Teorias da decisão e realismo jurídico,** organização CONPEDI/UFS; Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas (coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2015

PEREIRA, Fábio de Queiroz. **Uniões homoafetivas: Uma análise dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.277/DF.** In: **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 49 n. 195, p. 41-51, jul/set, 2012.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismos: Un Catálogo de Problemas y Argumentos.** In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Norteamérica**, 44, dic. 2010. Disponível em: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/516>>. Data de acesso: 19 abr. 2016.

YOUNG, Iris Marion. **Representação política, identidade e minorias.** In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 139-190, 2006.

4.2. BREVES COMENTÁRIOS AO ENFOQUE DADO À CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PELO CNJ

Cristina Akemi Myaki Grosskopf

Palavras-chave: (1) teoria do agir comunicativo; (2) teoria dos jogos; (3) constitucional

A Constituição Federal de 1988, consagrada como constituição cidadã, passou a fazer jus a esta denominação por incluir entre os seus fundamentos o pluralismo político, iniciando assim um novo estado democrático de direito. Nesta seara o Código de Processo Civil datado de 1973, passou a não acompanhar os novos rumos ditados por este mandamento constitucional.

O mundo mudou e o direito e a prestação jurisdicional precisam de uma sintonia fina para equilibrar as relações e prevenir o aumento de lides buscando uma sociedade mais pacífica, não sem conflitos, mas, que estes existindo possam se resolver de forma mais célere e efetiva, deixando para o juízo apenas os casos de difícil solução.

A diversidade é inerente ao ser humano e a busca por um instrumento que possa alinhar pensamentos, discussões e áreas de interesses tão diversos parece uma utopia, mas para tratar dos assuntos que chegam ao judiciário e precisam de uma decisão, em atendimento ao princípio da obrigatoriedade da prestação jurisdicional é que o Conselho Nacional de Justiça vem desenvolvendo seu plano de ação desde 2006, o qual teve início com o movimento pela conciliação.

O novo Código de Processo Civil em resposta às garantias constitucionais prevê em seu capítulo I as normas fundamentais do processo civil, buscando assim caminhar de mãos dadas com os fundamentos da Carta Magna.

O método a ser abordado é o dedutivo, a pretensão é no sentido de realizar uma leitura crítica de textos referentes à Teoria dos Jogos de John Forbes Nash, utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça e de textos sobre a Teoria da Ação Comunicativa de Jünger Habermas e a partir da leitura de ambas concluir se a fundamentação escolhida pelo Conselho Nacional de Justiça foi a mais democrática e adequada para o atual momento político brasileiro.

A teoria dos jogos estuda as escolhas de comportamentos ótimos quando o custo e benefício de cada opção é fixo, mas depende, sobretudo, das escolhas dos outros indivíduos. Esta teoria foi proposta por John Forbes Nash, americano de Nova Jersey (1928-2015), matemático que desenvolveu a Teoria dos jogos e o Equilíbrio de Nash – matrizes de ganhos – estratégias –

recompensas. Sua vida foi retratada no filme Uma mente brilhante, desde a infância lutou contra a esquizofrenia, usava o isolamento para estudar e desferrar daqueles que o discriminavam, obteve um doutorado com a tese sobre jogos não-cooperativos.

Conforme se depreende dos materiais analisados, incluindo consulta ao site do Conselho Nacional de Justiça, o qual disponibiliza todo o material, em forma de slides, que são utilizados em seus cursos de treinamento e são de domínio público. Partindo desse material fica explícito o uso da Teoria dos Jogos no qual se baseia toda a estruturação do curso básico de preparação para a formação de conciliadores e mediadores. Estes cursos são fornecidos pelo NUPEMEC, Núcleo Permanente de Solução de Conflitos, o qual disponibiliza além de material, também pessoal capacitado para realização dos encontros de formação. Conforme slide 92 do curso de mediação, disponível no site do Conselho Nacional de Justiça, a ‘Teoria dos Jogos é definida como o ramo da matemática aplicada e da economia que estuda situações estratégicas em que participantes engajam em um processo de análise das decisões baseando sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com quem se interage’.

A partir desse argumento e de toda a estruturação (regras do jogo) dos métodos de conciliação e mediação propostos fica evidente a pretensão de formatar as conciliações e mediações como situações de jogos e estratégias. Trata-se de momento de disputa de interesses como em qualquer jogo, onde cada um quer obter para si o melhor resultado. Pela teoria dos jogos é possível maximizar ganhos individuais (pay off) se houver cooperação com o adversário, nesta perspectiva encontra-se o chamado equilíbrio de Nash: uma vez escolhidas as estratégias que quer utilizar nenhum dos jogadores se arrepende, ou seja, caso venha a jogar novamente não mudaria de estratégia.

Porém esse equilíbrio recebe críticas e entre elas se destaca o exemplo trazido pelo ‘dilema dos prisioneiros’, um impasse criado quando não é possível estabelecer uma comunicação efetiva com a outra parte, não sabendo o que o outro pode decidir sempre se acaba optando pela opção que traz vantagens para si, mesmo que para isso tenha que trair a outra parte, neste caso há um dilema pela perda da confiança, pois de forma racional as opções sempre levam a trair o outro.

De outro lado temos Jünger Habermas que desenvolveu a Teoria da ação comunicativa ou do agir comunicativo, também contemporâneo nasceu em 1929, na cidade de Viena, Alemanha, é filósofo e sociólogo, participa da tradicional escola de Frankfurt, da teoria crítica e do pragmatismo. Dedicou grande parte de sua vida em questões referentes à Democracia, defende

a teoria do agir comunicativo como forma de interação com a política deliberativa e de participação na esfera pública. Critica o positivismo lógico.

Na Teoria do Agir comunicativo a comunicação se fundamenta na vida social e na formação do EU que se dá através das trocas comunicativas e estas são capazes de superar a razão iluminista da lógica instrumental, pois esta acaba mascarando a dominação e a arbitrariedade. A ação comunicativa significa ao mesmo tempo processo de interação social e socialização – essa interação – confirma e renova suas identidades e seu pertencimento aos grupos sociais.

Em Habermas podemos perceber o contraste entre mundo da vida e domínio social que contrasta com os sistemas funcionalizados. A linguagem é o principal instrumento de mediação e um dos seus recursos a solidariedade que tem por fim o entendimento entre os falantes.

Sua crítica ao direito positivo está justamente na ideia de instrumentalização de tudo, um problema da sociedade moderna, pois as pessoas veem essa ação comunicativa como mero diálogo – mas que para Habermas é mais que isso – é uma teoria social – a do mundo da vida que se contrapõe, por exemplo, à ação estratégica como a que ocorre dentro da teoria dos jogos, pois, esta é regida pela lógica da dominação.

A deontologia deve caminhar junto com a democracia, uma não exclui a outra. São pressupostos da pretensão de validade: a inteligibilidade, verdade, sinceridade e correção normativa. Quando aplicada à filosofia jurídica deve ser em prol da integração social, da democracia, da cidadania que coloca a possibilidade de resolução de conflitos vigentes na sociedade não como uma simples solução, mas, a MELHOR solução como resultado do consenso de todos os envolvidos.

Com isso a Teoria da ação comunicativa proporciona: 1) fim da arbitrariedade e da coerção; 2) participação mais ativa e igualitária de todos nos litígios; 3) justiça. Somente leis que surgem de um processo discursivo, debatido por todos os cidadãos interessados e em situação de igualdade de oportunidade e direitos são democraticamente legítimos.

A fundamentação desses métodos poderia ter buscado suporte na Teoria da Ação comunicativa, de Habermas. Ele acredita na democracia deliberativa que é aquela que funciona como uma via de mão dupla, de modo que a sociedade civil participa das decisões da vida pública onde o Estado deve garantir e respeitar essas decisões, também chamado por ele de autonomia pública e autonomia privada. Desta forma o estado democrático de direito é mais facilmente percebido e a argumentação utilizada se torna mais próxima e adequada ao mundo

jurídico. Acrescente-se a isso a utilização do princípio da participação popular das decisões, que é justamente o que ocorre no processo de auto composição utilizado nos métodos de negociação dentro da conciliação e mediação.

Assim é extremamente relevante destacar o papel da questão da interpretação jurídica, especialmente neste contexto de estado democrático de direito o qual demanda cautela. Um mesmo método de trabalho pode ter várias formas de interpretação e fundamentação, mas é preciso ter cuidado com a fundamentação aplicada, pois, do contrário é possível que o preconceito não seja válido e crie lacunas intransponíveis que acabe levando ao descrédito uma proposta dada como inovadora.

Há uma diferença entre a forma de conceber a participação do particular pelo exercício de sua autonomia privada e esta ser ratificada pelo Estado que se entende ser possível através da utilização da teoria da ação comunicativa, com a forma de se resolver a mesma questão utilizando para tal a Teoria dos jogos, com suas regras e estratégias, impostas de forma arbitrária pelo conciliador e mediador. Por este último modelo, o proposto pelo Conselho Nacional de Justiça há que se ter muito cuidado, pois, regras impostas podem gerar novos ou aumentar os conflitos já existentes, isto sem falar que não se atende ao estado democrático de direito o qual cremos estar vivendo e ter direito a ele.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

CARVALHO, Gustavo Oliveira Dias de. **O equilíbrio de Nash e o novo código de processo civil.** Disponível em < <http://www.portugalvilela.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Artigo-Mestrado-Equilibrio-de-Nash-e-o-NCPC.pdf>>, acesso em 30 ago 2016.

HABERMAS, Jünger. **A inclusão do outro, estudos de teoria política.** Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo: Edições Loyola, 1996.

HABERMAS, Jünger. **Consciência Moral e agir comunicativo.** Tradução de Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1989.

4.3. OS DELITOS DE ABUSO DE LIBERDADE DE IMPRENSA NO DIREITO PENAL DO BRASIL IMPÉRIO

Danler Garcia Silva

Palavras-chave: (1) Brasil Império; (2) crime de imprensa; (3) código criminal; (4) história do direito penal.

O escopo desta pesquisa é o exame concernente a natureza jurídica dos delitos de abuso de liberdade de imprensa no Direito Penal do Brasil Império, que se desvela, por sua vez, uma temática significativa em virtude da ausência de estudos jurídico-dogmáticos que averiguam esta circunstância singular. A partir da investigação realizada à fontes históricas e literaturas atuais, vale dizer, doutrinas, anais da assembleia constituinte do Império, revista jurisprudencial do quartel estudado, bem como trabalhos de distintas áreas do conhecimento para além do jurídico, é passível de se examinar uma condição específica da organização político-jurídica brasileira. Por conseguinte, partindo da premissa de que o Código Criminal do Império, sancionado em 1830, estava subdividido em quatro partes – Dos Crimes e das Penas, Dos Crimes Públicos, Dos Crimes Particulares e Dos Crimes Policiais –, constata-se a disparidade de autores do período no que concerne a conceituação dos delitos de abuso de liberdade de imprensa, qualificando-os como crime ordinário, crime político, crime particular, bem como *sui generis*.

Por intermédio do elenco de autores que aludem os delitos de imprensa em suas obras, bem como os abusos da liberdade de expressão e comunicação – Vicente Alves de Paula Pessoa (1877), Braz Florentino Henriques de Souza ([1872] 2003), José Liberato Barroso (1866), Antonio de Paula Ramos Junior (1875), Thomaz Alves Júnior (1864) e José Antonio Pimenta Bueno (1857) – é possível de se examinar um debate acerca da natureza jurídica deste delito. Ora, uma vez que os princípios dos delitos de imprensa estão devidamente previstos na Parte Primeira do Código (arts. 7º a 9º), as espécies deste crime estão tipificadas ao longo de todo o texto, vale dizer, Parte Segunda, Terceira e Quarta, o que resulta, por conseguinte, na discrepância de conceituações

Esta pesquisa, por seu turno, possui o intento de aclarar as seguintes problemáticas: qual seria a natureza jurídica dos delitos de abuso de liberdade de imprensa? Estes delitos, por sua vez, deteriam tão somente uma única condição? Qual é a conjuntura histórica e o contexto político-social em que estes delitos foram emanados e permaneceram incorporados?

A metodologia desta pesquisa se amparou em investigações à fontes históricas atreladas à literaturas atuais e interdisciplinares. Como aludido acima, recorreu-se à doutrinas jurídicas, anais da assembleia constituinte do Brasil Império, assim como revista jurisprudencial do período proposto estudado; outrossim, no que versa à literatura, empreendeu-se investigação à estudos de diversas áreas do conhecimento para além do Direito, vale dizer, História e Comunicação Social, concebendo a investigação de trabalhos que versam as asserções da liberdade de imprensa e crimes de abuso desta liberdade. O exame empreendido concernente à temática referida, em obras clássicas e hodiernas, torna-se relevante por suscitar um forte mecanismo de problematizações sobre a condição nacional supracitada.

Partindo desta crítica, esta pesquisa se mostra relevante, ademais, pelo fato de examinar uma condição específica da organização político-jurídico brasileira e, por meio de uma investigação histórico-jurídica, possui-se o intento de revelar a dialética constituída neste momento, que se valeu de uma dogmática e teoria divergentes. Ao se investigar o âmago do período, tem-se o escopo de explorar e compreender a natureza deste delito, bem como a concepção do período acerca da natureza do mesmo.

No primeiro fragmento da pesquisa, tem-se como escopo desvelar a conjuntura histórica e o contexto político-social do Brasil Império e seus pormenores, vale dizer, detém-se como fito discutir a Independência, a Constituição Imperial de 1824, o Código Criminal do Brasil Império e seus reflexos no que concerne aos delitos de abuso de liberdade de imprensa.

No segundo fragmento da pesquisa, tem-se como escopo desvelar o debate presente na doutrina constitucional, bem como no parlamento brasileiro da assembleia constituinte do Brasil Império e seus desdobramentos e prelações específicas no que tange os delitos de abuso de liberdade de imprensa.

No terceiro fragmento da pesquisa, tem-se como escopo desvelar toda a discussão jurídico-dogmática dos doutrinadores do Império no que tange a conceituação dos delitos de abuso de liberdade de imprensa, vale dizer, a disparidade de conceituações que perpassam a natureza jurídica ordinária, *sui generis*, privada e público-política do delito.

Percorrendo a conjuntura histórica e contexto político-social relevante e alvoroçado em que o país se localizava após todos os pormenores provenientes da Independência (FAUSTO, 1995), vale dizer, desde o fim do Livro V das Ordenações Filipinas, até a promulgação do Código Criminal do Brasil Império e seus desdobramentos no que tange aos delitos de abuso de liberdade de imprensa, deduz-se o cariz político que este delito exerceu perante toda esta problemática, bem como conjunção político-social em que o País se encontrara (COSTA, 2013; NUNES, 2010). Por conseguinte, certifica-se novamente o cariz político que os delitos de abuso

de liberdade de imprensa exerceram durante a discussão do parlamento brasileiro da assembleia constituinte do Brasil Império, desvelando, por sua vez, seus reflexos no que tange ao regime político proferido – monárquico-constitucional –, bem como a divergência de conceituações devidamente investigadas dos autores que aludem os delitos de abuso do liberdade de imprensa em suas obras de Direito Penal e Constitucional no Brasil Império.

De outro modo, perpassando o exame da conjuntura histórica e seus dispositivos ao qual a discussão proposta está circunscrita – Código Criminal do Brasil Império, anais da Assembleia Constituinte de 1823 –, bem como empreendendo o exame do debate jurídico-dogmático com o escopo de se obter uma suposta conceituação da natureza jurídica do delito de abuso de liberdade de imprensa, revela-se árduo asseverar uma única e tão somente própria natureza jurídica do delito.

Entre seus respectivos escritos, Vicente Alves de Paula Pessoa (1877) assegura uma natureza ordinária, Braz Florentino Henriques de Souza ([1872] 2003) assegura uma natureza *sui generis*, José Liberato Barroso (1866), bem como Antonio de Paula Ramos Junior (1875) asseveram uma natureza privada, Thomaz Alves Júnior (1864), assim como José Antonio Pimenta Bueno (1857) asseveram uma natureza política.

Contudo, ainda que exista discrepância entre os discursos dos autores que aludem o delito proposto, acredita-se em uma conceituação pública – política – do mesmo. Uma vez que a Independência do Brasil acabara de transcorrer, as transmutações proferidas posteriormente ao acontecimento – elaboração de uma Constituição pátria, bem como a inevitabilidade de Códigos também pátrios – locomovem-se rumo a ânsia de auferir salvaguarda ao Império, vale dizer, constituir instituições que propunham segurança ao Imperador e ao regime político proferido – monárquico-constitucional. Ora, esta circunstância, atrelada às considerações e transformações históricas vigentes no estágio, coincidem presumir a relevância da repressão do delito face à ordem política vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fontes

BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro. Assembléa Constituinte do Império do Brazil. Vol. 1, 1823.

BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro. Assembléa Constituinte do Império do Brazil. Vol. 2, 1823.

BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro. Assembléa Constituinte do Império do Brazil. Vol. 3, 1823.

BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro. Assembléa Constituinte do Império do Brazil. Vol. 4, 1823.

BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro. Assembléa Constituinte do Império do Brazil. Vol. 5, 1823.

BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro. Assembléa Constituinte do Império do Brazil. Vol. 6, 1823.

ALVES JÚNIOR, Thomaz. *Anotações theoricas e praticas ao Código Criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C.^a, 1864.

BARROSO, José Liberato. *Questões Praticas de Direito Criminal*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Codigo criminal do imperio do Brazil: anotado com leis, decretos, jurisprudencia dos tribunaes do paiz e avisos do governo até o fim de 1876*. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877.

RAMOS JUNIOR, Antonio de Paula. *Commentario ao Código Criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Carioca, 1875.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de Direito Criminal*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, [1872] 2003.

Literatura

COSTA, Vivian Chierigati. *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-Independência*. Dissertação (Mestrado em Culturas e Identidades Brasileiras) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

GRINBERG, Keila. Código Criminal. In: VAINFAS, Ronaldo (Org.) *Dicionário do Brasil imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

NERY, Fernando. *Lições de Direito Criminal*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1937.

NUNES, Tassia Toffoli. *Liberdade de imprensa no Império brasileiro: os debates parlamentares (1820-1840)*. Dissertação (Mestrado em História Social) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Eduardo Romero de. A ideia de império e a fundação da monarquia constitucional no Brasil (Portugal-Brasil, 1772-1824). *Tempo*, Niterói, V. 9, N. 18, PP. 43-63, 2005.

SLEMIAN, Andrea. Os canais de representação política nos primórdios do Império: apontamentos para um estudo da relação entre Estado e sociedade no Brasil (c.1822-1834). *Locus: Revista de História*, Juiz de Fora, V. 13, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Et al. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

4.4. FUNDAMENTAÇÃO SÓCIO-POLÍTICO-FILOSÓFICA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Kelen Viana Silva

Palavras Chaves: (1) direitos humanos; (2) efetividade; (3) cidadania; (4) sociedade; (5) estado.

Os estudos desse artigo se alinham com a perspectiva de justiça e humanidade presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Essa declaração da ONU, fruto das preocupações das nações após a 2ª Guerra Mundial, de alguma maneira se referenciou nos ideais do Iluminismo (igualdade, liberdade e fraternidade) e passou a ser um paradigma para estudiosos e legisladores voltados à elaboração de direitos universais, com vistas a garantir ao homem seus direitos básicos como a vida, a segurança, a liberdade, o trabalho, a educação etc. Embora os direitos humanos já sejam bastante estudados, ainda há espaço para questionar o grau de efetividade dos direitos fundamentais no Brasil e no mundo e, também, a força motriz desses direitos.

Os direitos fundamentais do homem se objetivam no exercício da cidadania, os quais se lapidam no seio da história social, graças ao labor pertinaz da inteligência sociológica, política e filosófica. Há de se concordar que os direitos fundamentais atuais estão num estágio Y, que estiveram num estágio X, e estarão num estágio Z. Eles são um produto cultural diretamente vinculado às relações sociais e políticas dos homens e subsidiados pelos pensamentos filosóficos dominantes em cada época e local. Suas transformações são implementadas mediante um esforço no sentido de atingir patamares cada vez mais elevados de qualidade.

Desde a Antiguidade, os direitos estiveram presentes, porém não se há de afirmar que houvesse direitos humanos no sentido que se aplica atualmente, quais sejam direitos fundamentais universais. Desde o momento em que os homens passaram a conviver grupalmente, os direitos foram se arquitetando entre os mesmos. Sabe-se bem que desde o primeiro império babilônico, com início em 1728 a.C., já existiam leis codificadas: o Código de Hamurábi, por exemplo, do Imperador Hamurábi, para fins contratuais, ou seja, para assegurar direitos e exigir obrigações. Esse direito assumiu um caráter individualista, o qual prevaleceu até os tempos modernos. Perpassou séculos, marcando presença na Grécia Antiga, no Império Romano e na Idade Média. Somente no século XVIII, com os Estados consolidados e mudados para as democracias, o direito alcança o *status* de direitos humanos com um grau reconhecível

dos direitos humanos atuais. Mais objetivamente, os direitos humanos vieram se definindo juntamente com a performance dos Estados. Direito e Estado são duas instâncias inseparáveis. À medida que certos espaços territoriais e sociais se comungavam como uma unidade, as leis que os haveria de regular, também, emergiam ou, melhor dizendo: consolidavam-se segundo costumes, crenças, valores, propósitos e necessidades sociais.

O Estado representa o modo de organização de um povo, o qual se constitui de uma diversidade de interesses individuais ou institucionais. Na Antiguidade, pessoas de bem e de mente fértil, como Sócrates e Platão, preocuparam-se com essa conjunção do individual com o coletivo, pois perceberam que as partes dialogavam entre si. De sua parte, Sócrates acreditava que o homem seria devidamente qualificado, se buscasse, dentro de si, o conhecimento inato e perfeito e o traduzisse em prática social, produzindo o verdadeiro bem próprio e coletivo. Semelhantemente, Platão preconizava o culto da beleza física e interior pelos cidadãos, para que pudessem compor um corpo político íntegro. Sua filosofia humana preconizava um homem ideal.

Esses grandes pensadores estavam verdadeiramente preocupados e intencionados na construção de uma coletividade sadia e pacífica. A sua proposta de matriz para o bem geral era o conhecimento. Platão, por exemplo, criou o famoso mito da caverna, atribuído a Sócrates, seu mestre, em que ilustra bem seu interesse de retirar as pessoas em geral da ignorância. Segundo eles, o saber seria um instrumental de libertação do homem. Com eles, estava posta a pedra fundamental da legislação sobre fundamentos da razão. Bem mais tarde com Montesquieu e, principalmente, Kant, esse bom começo tomou nova tônica e aspergiu o incenso da razão sobre os sistemas de leis. Montesquieu, com sua obra *O Espírito das Leis*, como que em reminiscência à República de Platão, propôs uma nova dinâmica ao Estado. Com o Poder tripartite, legislativo, executivo e judiciário, acreditava dotar o governo de isenção, liberdade e competência, para que atendessem aos interesses coletivos: o cumprimento dos direitos humanos. Esses, já no século XVIII, disseminaram-se como a liberdade, igualdade e fraternidade.

A reivindicação coletiva desses direitos era uma manifestação irretratável contra o absolutismo reinante até ali, sob o comando de reis e imperadores. As comunidades iam deixando para trás o sistema feudal e caminhavam para a transformação burguesa com suas várias dinâmicas sociais, econômicas e políticas. O sistema feudal operava-se num esquema de dominação dos Senhores sobre seus vassallos e escravos; a nova proposta era a liberdade da individualidade, com o fito da igualdade e paz entre os humanos. E quem assumiria o poder de comando desses direitos de igualdade e liberdade seria o Estado. Este, realmente, desde então,

passou a assumir uma posição de centralidade. E, no mundo ocidental, nunca mais, as sociedades foram as mesmas.

A economia assumiu a forma do capitalismo com todas as suas consequências boas e más. Esse sistema econômico rege-se pela lei do mercado e do direito à propriedade. Preza-se, sobremaneira a liberdade individual, mas, normalmente, há a exploração da força de trabalho, para que aumentem os lucros e as riquezas dos investidores. O modelo inicial do capitalismo foi o liberalismo, cujo modelo se afasta ao máximo da intervenção estatal. Esse seu período durou mais de um século. Já o século XX, foi marcado pela intervenção estatal cada vez mais acentuada, nos Estados Ocidentais, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais do homem. Atualmente, principalmente, por causa da globalização, as autoridades governamentais cogitam da implementação do neoliberalismo, sob a suspeita de certa ala da sociedade e representação política de que essa nova tendência será prejudicial aos direitos humanos. De qualquer modo, as mudanças sociais seguem seu curso natural de transformações.

Carlos Montaña (2010, p. 260), ao discutir sobre as mudanças de nosso tempo, disse que é forçoso

considerar a vida cotidiana na sociedade civil como espaço de interação social, onde rebatem determinantes econômicas, políticas, culturais, ideológicas, e onde se processam determinadas manifestações de lutas sociais. Para os autores do ‘terceiro setor’, que denominamos de ‘intenção progressista’, é aqui, na cotidianidade da sociedade civil, onde devem se concentrar todos os esforços, voltados para uma suposta sociedade mais justa e digna.

Ora, se no Ocidente prosperou o sistema capitalista, que partiu de uma luta libertária, sustentada pela edição dos direitos humanos, no século XVIII, o mesmo vivenciou vitórias e frustrações e é, continuamente, questionado sobre suas contradições. Por outro lado, os países orientais se mantiveram em seus regimes autoritários, segundo suas tradições costumeiras ou religiosas. Entre esses, historicamente, são comuns as violações dos direitos humanos. Em contraponto com o capitalismo, na virada do século XIX para o século XX, começaram a se construir as teorias comunistas ou socialistas, visando construir um modelo de sociedade capaz de superar as desigualdades sociais exacerbadas no capitalismo. Sua tônica dividia-se, então em dois vieses: um, combater o capitalismo, considerado perverso; dois, criar uma linha de orientação social desenvolvimentista livre das explorações das forças de trabalho, sendo Karl Marx o seu mentor principal, defendendo a tese de que a massa trabalhadora devesse tomar o comando do processo econômico-produtivo; a propriedade devesse ser estatal; e a economia, planificada.

Essa dicotomia de visão político-econômico-social, a partir do início do século XX, foi se definindo cada vez mais. E, na metade do século XX, as duas forças políticas antagônicas tornaram-se cada vez mais discursivas no meio social e político. Tornou-se bastante evidente e conflitante entre vários países, especialmente, os países americanos e europeus. Formaram-se dois blocos, que passaram a fomentar a política mundial. As duas primeiras guerras geopolíticas mundiais (1914 e 1915), muito contribuíram para acirrar os debates e embates entre as duas propostas desses sistemas.

Com as duas grandes guerras mundiais, as populações de vários países, especialmente, da Alemanha e Japão, na 2ª Guerra, em 1945, sofreram demais, relembre-se, a propósito, do holocausto judaico na Alemanha e das bombas atômicas americanas sobre o Japão. As nações se perceberam prejudicadas pela violação dos direitos de suas gentes, porque foram milhões de vítimas das guerras. Nessa ocasião, foi criada Organização das Nações Unidas, para que cooperassem de alguma maneira na exclusão dos conflitos. Criada em 24 de outubro de 1945 com 51 nações, atualmente com 192, editou-se a Carta das Nações Unidas, que, entre outros feitos, propõe defender os direitos fundamentais do homem: direito à vida, ao trabalho, à educação, à moradia, à segurança, à liberdade, ao lazer, entre outros. Esse acordo entre as nações foi de grande importância para a defesa dos direitos humanos e já rendeu muitos frutos. Por exemplo: já fez muitos estudos para aparelhar o direito internacional; promoveu inúmeros encontros para resolução diplomática de conflitos; aplicou sanções comerciais a países resistentes a acordos de paz etc. Assim, no transcorrer de sua história, tem contribuído como modelo ou diretriz de direito para grande parte dos países. Em geral, as constituições dos países contemplam os direitos humanos ali inscritos. Com esse procedimento dos legisladores constitucionais se inspirarem nessa Carta, resultaram textos constitucionais mais humanísticos, abrindo perspectivas para políticas sociais mais democráticas e justas. Todavia, no plano geral da globalização, os preceitos humanitários da carta da ONU ainda não alcançaram uma medida satisfatória de realização. Percebe-se, em vários países, a prática de violações aos direitos humanos. Por exemplo: a falta de segurança às mulheres contra estupro na Índia; a falta de liberdade religiosa nos países orientais; a falta de liberdade política na Coreia do Norte; o abuso de poder na Síria; os testes nucleares na Coreia do Norte; o atendimento precário na saúde, habitação, educação, na maioria dos países latinos, africanos e outros; a falta de uma política compartilhada entre as nações para socorrer os refugiados de guerra etc.

Em termos de Brasil, muito já se fez pelos direitos humanos, mas resta muito a fazer. No geral, todos os direitos são contemplados pelo Poder Público, mas fica a lacuna à completude. O Brasil vivencia a democracia, suas instituições são bastante sólidas, a sociedade

bastante participativa etc., mas há carências na educação, saúde, habitação, transporte, moradia, segurança, por exemplo. Segundo a Constituição, todos os direitos fundamentais estão assegurados aos cidadãos brasileiros, mas o direito material não está correspondendo integralmente ao direito formal, surge, por exemplo, o terceiro setor, na tentativa inadequada de suprir essa deficiência (MONTAÑO, 2010).

Segundo estudiosos do direito, da política e da sociologia, entre outros, a Constituição de 1988 é uma peça jurídica de alta qualidade, capaz de orientar o país juridicamente a uma perfeita ordem social. Porém, ressalte-se, o funcionamento prático das forças econômicas públicas e privadas vem enfrentando choques constantes na aplicação constitucional e suas leis ordinárias. Por exemplo, se essa Constituição estabelece uma educação geral gratuita e qualificada, constata-se o contrário: a educação, no Brasil, não é geral, pública, gratuita nem de qualidade; sustenta uma proposta de habitação e saúde, segurança, dentre outros, para todos, porém, há tanta gente sem teto ou morando sob sacrifícios orçamentários, ou não se tem pleno acesso à saúde. Dia a dia, são correntes os assuntos e notícias de que as políticas públicas estão em falta com os cidadãos. Parece ter cauterizada uma situação insolúvel entre o Estado e o modelo capitalista vigente. Este puxa para a concentração de renda à custa de lucros maiores possíveis à custa das forças produtivas gerais. O Estado tenta abocanhar uma quota da renda para redistribuir e fazer justiça, mas não consegue o suficiente para cumprir seus compromissos a contento. Então, a pressão popular continua, pois, ao menos, lhe é conferido o canal legal para as suas reivindicações, uma vez que as liberdades individuais não estão sendo cerceadas.

Se as vias de acesso aos direitos não estão bloqueadas aos brasileiros e se a Constituição lhes garante, então a sociedade brasileira se encontra diante da oportunidade de construir e gozar de direitos mais avançados.

De acordo com alguns doutrinadores do direito, por exemplo, Bonavides, os direitos fundamentais podem ser divididos em quatro gerações ou dimensões segundo seu grau de abrangência e profundidade:

- a) Direitos de primeira geração ou dimensão. Ligados à liberdade,
- b) Direitos de segunda geração ou dimensão. São direitos ligados ao social, como a igualdade,
- c) Direitos de terceira geração ou dimensão, direitos de titularidade coletiva e difusa como o meio ambiente e;
- d) Direitos de quarta geração ou dimensão: por exemplo, “direito de ser diferente”, aborto, bioética e biodireito, manipulação de células tronco, clonagem genética, alimentos transgênicos etc.

Ora, os cidadãos nacionais e estrangeiros estão diante de uma situação em que novos direitos coletivos e individuais lhes estão propostos. Não como uma gratuidade sem valor, mas como um avanço de cidadania. Então, há de se fomentar os discursos e as políticas públicas para que esses direitos se efetivem além daqueles que já são consagrados.

A constituição brasileira mostra-se receptiva à universalização do direito; é o que se depreende do artigo 5, § 3º: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. A propósito de esclarecimento da recepção pela legislação brasileira desses tratados e convenções, citam-se os seguintes: Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948; Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 – Decreto-Lei nº 592, de 6 de julho de 1966; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 – Decreto-Lei nº 591, de 6 de julho de 1966; Convenção Americana de Direitos Humanos – Decreto-Lei nº 678, de 6 de novembro de 1966; Protocolo de São Salvador – Decreto-Lei nº 3.371, de 31 de dezembro de 1966, in SARLET, pg.533-548.

Essa vinculação com os direitos internacionais deixa claro que a comunidade internacional desenvolveu instrumentos legais universais em função do amparo à humanidade, num esforço de superar as injustiças e situações degradantes de existência. Cada Estado signatário de tais convenções e acordos se compromete ao seu cumprimento e implementação. Esse esforço no sentido de endossar as mesmas regras jurídicas basilares demonstra um empenho em operar em sintonia entre si.

Enfim, se os direitos humanos fazem parte do espírito humano, é impossível recusá-los. Se há uma homogeneidade da essência humana, então a universalização dos direitos fundamentais se impõe como irreversível. Se a cidadania se faz pela mediação do direito e se os direitos fundamentais são a constitucionalização dos direitos humanos em cada sociedade, então os direitos fundamentais constituem a *conditio sine qua non* da efetivação da cidadania plena. E, se os direitos humanos são criações humanas, então eles se fundam em motivações de organização social.

Certamente, em todo o Globo, há de reinar o direito, para a paz de todos

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). Brasília: Senado Federal, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2004.

CRETELLA JUNIOR, J. *Novíssima história da filosofia*. 3. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1976.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do Direito*. Trad. Antônio José Brandão. v. I e II. 4. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1972.

DIMOULIS, Dimitri (2008) *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Editora revistados tribunais, 2008, 2ª tiragem.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro Setor e Questão Social: Crítica ao Padrão Emergente de Intervenção Social**. 6 ed. São Paulo, Cortez, 2010.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais- Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

4.5. A FORMAÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO ATRAVÉS DE SUAS CONSTRUÇÕES LINGUÍSTICAS

Ana Beatriz Cerqueira

Palavras-chave: (1) direito constitucional; (2) sentimento constitucional; (3) linguagem

Esta pesquisa, que se encontra em andamento, apresenta como problemática inicial a formação de uma cultura voltada para a cidadania e de uma sociedade que valorize a formação do indivíduo participativo nos liames do processo democrático em uma conjuntura apartada da realidade brasileira, onde observamos uma profunda apatia quando se coloca em questão o cenário político. Uma das causas da mencionada apatia deriva da profunda cisão entre a linguagem expressa pelo Direito e a linguagem compreendida pela sociedade, o que dificulta o conhecimento das normas jurídicas, bem como a compreensão do significado das mesmas. Numa sociedade onde sequer sabe-se o que é a Constituição e como se dão os processos jurídicos e legislativos, como a pessoa comum poderá se sentir sujeito participante do Direito? Como poderá (ainda que hipoteticamente) imaginar-se pertencente a uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição? E, se não conhece a Constituição, como pode gozar dos seus benefícios ou comportar-se de acordo com os ditames jurídicos?

Todas as colocações acima têm como pano de fundo o afastamento sistemático existente entre a linguagem jurídica e a linguagem comum, funcionando a linguagem – ou o léxico – como instrumento de divisão entre os escolhidos e os comuns, fomentando, por seu turno, as dúvidas que essa pesquisa traz consigo. Diante das inquietações que se iniciam nesses parágrafos, a pesquisa analisará o direito como médio social intermediado pela linguagem. A análise é centrada no sistema normativo brasileiro e tem como problema de pesquisa a investigação que almeja a esclarecer se do pressuposto da inescusabilidade do conhecimento das normas deriva o direito à compreensão delas por parte da comunidade. O objetivo geral é investigar a relação entre a inescusabilidade jurídica e a compreensão do conteúdo normativo pela população, partindo-se da hipótese de trabalho de que o sistema jurídico brasileiro apresenta um artefato linguístico que obsta a formação de consciências coletivas, afastando a construção de um sentimento constitucional.

Dentre os objetivos específicos destacam-se a análise do Direito como linguagem; o reconhecimento de que a concretização dos direitos (em especial o Direito Constitucional) requer a compreensão da linguagem jurídica e o acesso a ela; a inquirição sobre a possibilidade de tradução do linguajar jurídico para um linguajar socialmente compartilhado como meio de disseminação do texto constitucional; a historicidade da linguagem jurídica; a análise do conceito de sentimento constitucional; e, por fim, a análise da linguagem como mecanismo de democratizar o sentimento constitucional e, assim, fomentar democracia e cidadania.

A pesquisa baseia-se na definição do direito enquanto linguagem especial, caracterizada especialmente por Gnerre, para o qual a linguagem especial possui uma função social, tendo um valor comunicativo e de afirmação de identidades, mas que também promove a exclusão das pessoas de comunidades linguísticas externas ao grupo que usa a linguagem especial, valendo-se de um léxico especial e estruturas gramaticais e sintáticas diferentes das usualmente trabalhadas em sociedade (GNÉRRE, 1991, p. 23). O conceito de sociedade aberta aos intérpretes da Constituição trazido por Häberle também é adotado, de forma que se acredita que o processo de interpretação constitucional não está restrito aos juristas, mas “estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE: 2002, p. 27.). Häberle finaliza alegando que “a sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato” (HÄBERLE: 2002, p. 42).

Dessa forma, surge a hipótese de que a abertura da interpretação constitucional representa uma função emancipatória do Direito, pois se todos estão submetidos às leis, todos estão (em tese) aptos a interpretá-las, necessitando de muito além do acesso a essas leis a compreensão dos institutos nelas abordados. A construção de uma sociedade mais livre dá-se a partir desse momento: quando a pessoa tem capacidade de compreender a norma e aferir-lhe sentido. Apoderado desse discurso, a linguagem traduz-se, tomando corpo e forma, ganha essência e significação prática.

Como forma de aproximar essa linguagem é necessária uma reforma do sistema e da linguagem jurídica, mas de tal forma que esta deve iniciar-se em um nível mais abaixo da abertura da interpretação constitucional. Deve, primeiramente, existir a educação para a compreensão dos direitos, especialmente alicerçado na perspectiva trazida por Marshall, para o

qual a educação é um pré-requisito necessário para a liberdade civil, um direito social proeminente, um pressuposto para o exercício adequado dos demais direitos sociais, políticos e civis (MARSHALL: 1967, 73). Se o indivíduo [ou cidadão] não conhece seus direitos nem o aparato existente para que estes direitos se cumpram, de nada vale que estes direitos estejam positivados. Se não há uma educação que priorize a formação de cidadãos capazes para a compreensão da democracia e do estado de direito, abre-se espaço para um cenário obscuro e estarrecedor. É na educação como prática reflexiva que o indivíduo toma para si seus direitos como fatos e realidade.

Através da educação em direitos e da abertura da sociedade para novos intérpretes constitucionais surge a figura do “sentimento constitucional” que Luis Roberto Barroso agrega à questão da efetividade da Constituição, alegando que esta depende da “cristalização de um sentimento constitucional, resultado último do entranhamento da Lei Maior na vivência diária dos cidadãos” (BARROSO: 1993, p. 41). Sobre o Sentimento Constitucional Verdú salienta que:

O conceito de Constituição é completo quando, à sua inteligência teórica, une-se sua compreensão emocional através do sentimento que adere ao conceito. O ensino do Direito Constitucional não se esgota na explicação de suas evidentes e necessárias conexões lógicas e técnicas. Requer, além disso, que se insista na necessidade de que a sociedade adira à Constituição, sentindo-a como coisa própria (VERDÚ, 2004, p. 74).

Dessa forma, a pesquisa aponta que o acesso à linguagem disposta no texto constitucional e a aceção de seus conteúdos dão origem ao sentimento constitucional, que marca a efetividade deste texto na vida do cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GNERRE, M. *Linguagem, Escrita e poder*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. São Paulo: Renovar, 1993.

VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

4.6. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO BRASIL E PORTUGAL: UMA ANÁLISE COMPARADA

Débora Côco

Isabella Martins Cecílio

Palavras Chave: (1) judicialização da política; (2) princípio da proibição do retrocesso social; (3) crise econômica.

A judicialização da política tem ocorrido com enorme frequência nos últimos anos, tanto no Brasil quanto no exterior, tendo em vista a interferência do poder judiciário para a resolução de divergências entre poder executivo e legislativo, além da construção de decisões relativas a matérias que não são originalmente do poder judiciário, como forma de efetivação dos direitos sociais; resultando no questionamento do princípio da separação e autonomia dos poderes, o que pode resultar em um estado de crise institucional. Percebe-se a necessidade de discutir como a judicialização da política interfere na efetivação dos direitos fundamentais do cidadão em tempos de crise econômica.

Ao longo das pesquisas realizadas, encontrou-se alguns problemas que precisavam ser analisados: a violação de um direito social; a mudança de posicionamento dos juristas portugueses com relação ao princípio da proibição do retrocesso social; a intervenção do judiciário em problemas de incumbência do legislativo, provocando a judicialização da política; e como a crise econômica interfere nas decisões políticas e econômicas do Estado.

Por fim, o que de fato motivou à realização deste trabalho é o posicionamento das autoras, no que tange à violação dos direitos fundamentais, pois, considera-se estes como sendo a base do ordenamento jurídico e questão substancial do Estado de Direito.

Antes da realização desta pesquisa, acreditava-se que o princípio da proibição do retrocesso social seria um mecanismo de efetivação dos direitos sociais, uma forma de legitimar a manutenção dos direitos que já haviam sido conquistados e positivados na carta constitucional, em decisões dos ordenamentos jurídicos tanto do Brasil quanto de Portugal, independentemente da situação vivenciada pelo Estado.

Como hipótese, presumia-se que ao comparar a aplicação deste princípio e as teorias que o cercam em ambos os países, encontrar-se-ia uma influência de Portugal no Brasil

majoritariamente positiva condigno a consumação deste princípio como vedação de retrocesso a um direito fundamental.

Além disso, supunha-se que a interferência do judiciário nas decisões políticas que dizem respeito a esse mesmo princípio abordado, seria no sentido de impelir ao legislativo o cumprimento desses direitos sociais assim como previsto pela lei maior de ambos os ordenamentos comparados.

Dessa forma, almeja-se com este trabalho confrontar os ordenamentos jurídicos, Brasil e Portugal, dentro do princípio exposto, de modo a evidenciar contrastes e semelhanças entre eles, a partir da análise de alguns casos e o do posicionamento de autores relevantes sobre o tema. Elucidando a interferência do judiciário na aplicação de políticas públicas e como o princípio da proibição do retrocesso social tem sido utilizado.

A metodologia a ser utilizada será o direito comparado, o qual visa evidenciar semelhanças e diferenças entre os ordenamentos jurídicos portugueses e brasileiros, no que tange à aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, em uma análise qualitativa das teorias. Para isto, buscou-se pesquisar em sítios eletrônicos, revistas, artigos e livros portugueses e brasileiros.

O princípio da teoria da proibição do retrocesso social tem suas origens no direito europeu, principalmente em Portugal e na Alemanha, e busca a maior efetivação e proteção de direitos fundamentais em face de intervenções do poder público.

No direito brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet, defende que o princípio da proibição do retrocesso social tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da confiança e o princípio da segurança jurídica. De tal forma que, a aplicação do retrocesso social resultaria em um estado de insegurança jurídica promovendo a diminuição da efetivação dos direitos sociais. Dessa forma, cita-se o caso brasileiro em que estabelece a manutenção da rede de assistência da criança e do adolescente, com o agravo 745.745 Minas Gerais.

No entanto, J.J. Canotilho, doutrinador do direito português, mudou seu posicionamento com relação a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social. Uma vez que no acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional Português (TC), julgava inconstitucional a lei que revogava parte do Serviço Nacional de Saúde, tendo como fundamentação teórica o posicionamento de Canotilho. Porém com a crise econômica vivenciada por Portugal, ele passou a defender a relativização dos direitos sociais em alguns casos, devido aos excessivos gastos.

O rígido princípio da ‘não reversibilidade’ ou, formulação marcadamente ideológica, o ‘princípio da proibição da evolução reaccionária’ pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros

trabalhos. ‘A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social. (CANOTILHO, 2004, p.111)

De tal forma, que se tornou fundamentação teórica para o acórdão 353/2012 que admitiu a redução salarial progressiva de 3,5% até 10% dos servidores públicos, a suspensão do adicional de férias e do décimo terceiro e a própria redução dos vencimentos dos servidores em até 25%.

Percebe-se a influência das decisões do direito português no direito brasileiro, em decorrência do histórico de colonização, porém com certa autonomia brasileira, uma vez que a jurisprudência nacional, não seguiu as decisões portuguesas que propõe a relativização dos direitos sociais, em decorrência da recessão econômica.

Ao final deste trabalho concluímos que, o princípio estudado, ao ser aplicado no caso concreto, é passível de relativização, e que pode ser usado como fundamentação a uma decisão que vise resguardar os direitos adquiridos, como também, serve de embasamento para argumentações contrárias que se pautem no mínimo de direitos a todos, de forma a resguardar a dignidade da pessoa humana.

Acerca deste princípio, após a comparação, vimos que a tendência do Brasil é de cada vez mais seguir a linha de raciocínio de Portugal, ainda não o faz pelo fato de ser um país desigual e que ainda necessita do Estado fortemente presente em questões sociais, principalmente em tempos de crise econômica. Finalmente com a realização deste, concluímos que a Judicialização da Política, no que concerne a este princípio, é válida quando voltada à proteção dos direitos, e inválida quando exacerbada como no caso de Portugal, visto através da mudança de posicionamento teórico de Gomes Canotilho.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Coimbra editora, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. Nº21, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a Assim Chamada Proibição de Retrocesso: Contributo para uma Discussão". **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano 2, n. 1, 2013.

JURISPRUDÊNCIA:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo 745.745/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28745745.NUME.+OU+745745.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/po94e6f>>. Acesso em 11 Maio 2016.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 39/84**. Relator: Conselheiro Vital Moreira. 1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em 10 Maio 2016.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 353/2012**. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. 05 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em 11 Maio 2016.

ATOS NORMATIVOS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, [2016]. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal>>. Acesso em: 09 maio 2016.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 09 Maio 2016.

4.7. ESTADO PUNITIVO, SEGREGAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

Iatã de Almeida Barale

Palavras-chave: (1) estado punitivo; (2) segregação; (3) enclaves fortificados; (4) direito à cidade; (5) criminalização da pobreza.

Embasada em análises acerca da segregação socioeconômica do território urbano, da guinada ao Estado punitivo, em curso no Brasil, e do surgimento dos *enclaves fortificados*, a presente pesquisa, ainda em fase inicial, propõe analisar o modo como o referido modelo de Estado se vale do controle do espaço geográfico para perpetuar a lógica da segregação das classes pobres – mantendo-as em seus bairros periféricos e favelas –, assim favorecendo as classes abastadas economicamente, elas que buscam a homogeneização social por meio de *enclaves fortificados*.

O espaço urbano estrutura-se pela segregação socioeconômica do território, no qual as classes pobres habitam periferias carentes de serviços essenciais enquanto as classes abastadas vivem em espaços mais bem localizados, contemplados por toda uma gama de políticas públicas de saneamento, energia, educação, cultura e saúde, e também por equipamentos de serviços privados, políticas públicas e equipamentos que não se inserem nos territórios povoados pelos pobres e marginalizados.

Teresa Caldeira (2008), analisa e conceitua um novo padrão de segregação urbana pautado no discurso do medo do crime, em que os indivíduos das classes médias e altas refugiam-se em *enclaves fortificados*, buscando, além da proteção contra o crime (valendo-se para tal de aparatos de controle) a homogeneização social. Esses enclaves fortificados

(...) são espaços privatizados, fechados e monitorados, destinados a residência, lazer, trabalho e consumo. (...) Eles atraem aqueles que temem a heterogeneidade social dos bairros urbanos mais antigos e preferem abandoná-los para os pobres, os “marginais”, os sem-teto. (...) Privatização, cercamentos, policiamento de fronteiras e técnicas de distanciamento criam um outro tipo de espaço público: fragmentado, articulado em termos de separações rígidas e segurança sofisticada, e no qual a desigualdade é um valor estruturante. (CALDEIRA, 2008, pp.11-12)

Faz-se mister lembrar que, para o discurso do medo do crime, as classes consideradas criminosas são as classes pobres. Inclusive, com a implementação pelo poder estatal, cada vez mais desvelada, de um Estado Punitivo seletivo, os marginalizados pelo sistema capitalista tornam-se clientela dos aparatos de controle estatal, tendo suas vidas monitoradas pelo poder coercitivo do Estado, além de tornarem-se os principais sujeitos punidos pelo sistema penal, compondo, assim, por excelência, o sistema carcerário. Nils Christie (1998) ao analisar a indústria do controle do crime nos Estados Unidos, conclui que ela configura-se, na realidade, em um controle das classes ditas perigosas, configurando-se, então, o controle do crime na mais pura criminalização da pobreza. Loïc Wacquant (2007, p.111), ao analisar o avanço do Estado Penal nos Estados Unidos, chega a conclusões bastante semelhantes: por meio do grande aumento das funções repressivas estatais voltadas para as classes marginais, ocorre uma “política estatal de criminalização das consequências da pobreza patrocinada pelo Estado”. Apesar dos estudos referidos acima tratarem-se de análises realizadas nos Estados Unidos, a figura do Estado Punitivo já encontra-se engendrada na lógica estatal nacional, que, segundo Débora Pastana (2013, p.27), é “figura política que se ajusta às transformações econômicas, sociais e culturais já em curso nos últimos trinta anos e que desponta no Brasil como forma cada vez mais hegemônica de controle social”.

Ante o exposto, o Estado age em desfavor da cidadania, da inclusão e do direito à cidade para todos, sendo realizadas, a todo o momento, diversas formas de anulação desses direitos no cotidiano das classes pobres. Nessa lógica, essas classes têm seu direito à cidade mitigado: em um primeiro momento, por não serem contempladas pelas políticas públicas de saneamento, energia, educação, cultura e saúde em seus bairros, recebendo do Estado apenas sua força coercitiva na forma do monitoramento constante pelas polícias, e, em um segundo momento, sendo barrados e monitorados ao adentrarem ou tentarem adentrar os espaços públicos de propriedade privada – como os shoppings centers, enclaves fortificados por excelência – e os espaços públicos – como universidades públicas, praças e parques sob monitoramento e fortificação, ou como, inclusive, as alterações de trajetos de ônibus para que se dificulte o deslocamento das populações periféricas até os bairros nobres e áreas centrais.

Encontra-se o cerne dessa pesquisa na hipótese de que o Estado brasileiro ao perpetuar tal lógica seletiva, por meio de dispositivos legais, decisões judiciais e do *modus operandi* dos seus aparatos de controle, está a reproduzir também a crescente demanda e legitimidade dos enclaves fortificados privados, de maneira alguma públicos, apenas coletivos.

Inicialmente, fazendo o uso de quatro exemplos representativos da questão abordada – os shopping centers, onde o barramento e monitoramento de jovens marginalizados parece ter se tornado *modus operandi* em nossas cidades; parques e praças onde cada vez mais usa-se de aparatos de controle e do monitoramento pelas forças policiais, valendo-se lembrar a abordagem seletiva que é realizada pelas forças coercitivas no Estado Brasileiro; as rotas de ônibus que são deslocadas e monitoradas; e os campi de Universidades Públicas que, em alguns casos, têm, aos finais de semana, a entrada restringida apenas a alunos, e, em outros, não apenas aos finais de semana, além da novidade de se pleitear postos policiais e maior monitoramento dentro de Universidades como forma de garantir a segurança dos alunos – pretende-se analisar a atuação do Estado Brasileiro por meio de dispositivos legais e infralegais, decisões judiciais e por meio do *modus operandi* dos seus aparatos de controle, na perpetuação da segregação pela lógica dos enclaves fortificados, primeiramente, garantindo a sobrevivência de tal modelo nos espaços públicos de propriedade privada – o caso dos shoppings centers – e, posteriormente, transferindo tal lógica de monitoramento e fortificação para os espaços públicos por excelência – caso dos parques, das praças, das Universidades Públicas e, até certo ponto, das rotas de ônibus, sendo, nesse último, com efeito, dificultada a locomoção das classes marginais para os espaços públicos do tecido urbano.

A partir da análise dos exemplos elencados, procurar-se-á investigar até que ponto estamos rumando a uma nova espécie de enclaves fortificados, migrando dos enclaves de condomínios fechados das classes altas para enclaves fortificados públicos, onde as classes populares não devem adentrar, ou, pelo menos, não são ali queridas. Tal fato, se confirmado, evidencia a perversidade do modelo neoliberal de Estado que restringe e visa restringir cada vez mais o direito à cidade das classes populares e criminalizar a pobreza por meio de sua seletividade punitiva e consequente criminalização da miséria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros: Crime, Segregação e cidadania em São Paulo**. Tradução de: Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2008. 399 p.

CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime: A caminho dos GULANGs em estilo ocidental.** Tradução de: Luis Leirla. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 227 p.

PASTANA, Débora Regina. **Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo.** In: *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, p.27-47, jan. 2013.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda Punitiva].** Tradução de: Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 474 p.

4.8. O JULGAMENTO DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 153 VERSUS O JULGAMENTO DE ADOLF EICHMANN, SOB O RELATO DE HANNAH ARENDT

Larissa Ribeiro de Moraes

Raissa Vieira de Gouveia

Palavras-chave: (1) ADPF 153; (2) hannah arendt; (3) dignidade humana; (4) direitos fundamentais

É notável que os crimes que lesam a humanidade, necessitam de tratamento especial, pois colocam em risco não só a harmonia social, mas também a segurança dos diferentes povos e nações que coexistem no mundo. Quando ocorrem casos como o holocausto realizado pelo nazismo, e a Ditadura Militar no Brasil, faz-se mister que sejam criadas soluções viáveis para as faltas causadas nesses períodos e, assim, proporcione uma resposta à sua população e também à sociedade mundial.

Esse trabalho buscou problematizar as principais comparações entre o julgamento da APDF 153 e o Julgamento de Adolf Eichmann, tendo como marco teórico a obra *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, de Hannah Arendt. A hipótese de trabalho levantado é de que há diversos pontos em comum entre o julgamento de ambos, os quais ofereceram uma tutela inacabada dos direitos fundamentais. Objetivou comparar os dois julgamentos, tendo como amparo a obra de Arendt, para a compreensão de dois paradigmas diversos, porém semelhantes em seus fundamentos.

Para a realização do trabalho foi feita uma pesquisa teórica e documental, sendo analisados o livro *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, sítios na internet, tais como: Museu Estadunidense Memorial do Holocausto, normas jurídicas, Constituição Federal, e o julgado- ADPF 153. O método utilizado é o hipotético dedutivo, tendo natureza teórica e ainda de caráter descritivo, para posterior confirmação do estudo.

No caso brasileiro, os crimes políticos cometidos no período da ditadura foram abrangidos pela Lei da Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979). Esta lei representou a forma que o governo do Brasil entendeu ser o melhor caminho para resolver a desumana

situação que este período impôs ao país, oferecendo perdão a todos os agentes do Estado, sendo assim, ampla e geral, a eles, conforme se observa no §2º, do art. 1º desta lei: “Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.”

Tal lei se mostrou insatisfatória, visto que setores da população se sentiram injustiçados, já que entenderam que o perdão oferecido comprometia o julgamento dos crimes comuns praticados naquele período, os quais carregavam a maior carga traumática e desumanizadora vivida pela população naquele momento. Esta insatisfação é notada quando a OAB protocolou a ADPF 153, na qual questionam a abrangência dos crimes de tortura praticados pelos agentes do Estado naquele período.

No instituto, alegou-se que há controvérsia constitucional acerca da interpretação desta lei, visto que não é claro se os agentes do Estado que praticaram homicídios, estupros, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais e atentado violento ao pudor foram anistiados também.

Ressaltou-se que a reparação pecuniária oferecida às vítimas e familiares pelos atos que infringiam a dignidade humana não poderiam ser reparados com tal tipo de indenização e ainda, enfatizam a problemática do anonimato dos comandantes desses atos, ao quais restam imunes, visto que não há como acusá-los.

Alegou a violação do princípio da isonomia, quando se ofereceu anistia a todos os agentes, tendo em vista que quando se fala em anistia criminal nem todos são iguais perante a lei. Outra problemática foi o da falta de legitimidade da lei, visto que quando esta foi feita o Brasil se encontrava sob o comando de militares e, portanto, não escolhidos pelo voto da maioria da população.

A ADPF foi julgada improcedente pela maioria dos ministros, os quais entenderam que o argumento da abrangência do crime conexo, contido no art. 1º, não prospera, pois, os crimes conexos ao crime político, podem ser de qualquer natureza, mas devem ter sido praticados por motivação política. Esta conexão seria própria do momento histórico da sanção da Lei de Anistia.

No pós II Guerra Mundial, alguns dos responsáveis pelos crimes cometidos durante o período do holocausto foram levados a julgamento na cidade de Nuremberg, Alemanha. Desses

criminosos, 12 tiveram pena de morte³², outros foram condenados a curtos períodos de detenção ou sequer chegaram a ser julgados e punidos.

No caso do julgamento de Adolf Eichmann, este havia fugido, mas foi capturado e levado para Israel, onde foi julgado na Corte Distrital de Jerusalém, sob as acusações de crime contra o povo judeu e a humanidade e crimes de guerra durante o período nazista. O acusado era o responsável pelas deportações dos judeus da Alemanha e do norte, sul e da parte ocidental da Europa para os centros de aniquilamento de judeus, além de confiscar o patrimônio dos judeus deportados e de também coordenar a deportação de ciganos de Roma. Também foi julgado pela sua participação em organizações criminosas como a “Storm Troopers” (SA), Security Service (SD), e a Gestapo.

Em seu livro “Eichmann em Jerusalém”, Hannah Arendt ressalta os aspectos, não tão justos, de um julgamento que buscava a justiça para um povo. Como por exemplo, a falta de um tradutor adequado para a língua do acusado, e, ainda, na forma pela qual Eichmann foi capturado para ser julgado, a qual revelou a problemática da pré-sentença em seu julgamento. Além ainda da disposição da sala de audiência, que se assemelhava a de um teatro, aludindo a exacerbada emotividade durante todo o julgamento, que deveria ser regido por regras; instrumentalizado. Como se observa a seguir:

Em Israel, como na maioria dos países, uma pessoa que se apresenta na corte é considerada inocente até prova em contrário. Mas no caso de Eichmann isso era uma evidente ficção. Se ele não fosse considerado culpado antes de aparecer em Jerusalém, culpado além de toda dúvida, os israelenses jamais teriam ousado, nem desejado, raptá-lo; o primeiro-ministro Ben-Gurion, explicando ao presidente da Argentina, em carta datada de 3 de junho de 1960, por que Israel havia cometido uma ‘violação formal da lei argentina’, afirmou que ‘foi Eichmann quem organizou o assassinato em massa [de 6 milhões e pessoas do nosso povo], numa escala gigantesca e sem precedentes, em toda a Europa.’³³

³² **Enciclopédia do Holocausto: war crimes trials.** Disponível em: <<https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005140>> Acesso em 14/04/2016.

³³ ARENDT, Hanna. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal.** Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das letras, 2008, p.230-231.

A defesa aclamava que ele estava cumprindo ordens, que não emanava dele o que deveria ser feito e o porquê, assim não deveria ser penalizado pelas mortes ocorridas naquele período, e era sabido, por meio de documentos e testemunhos, que as mortes eram notórias, mas qualquer protesto era penalizado severamente: “qualquer um que protestasse seriamente, ou fizesse alguma coisa contra a unidade de assassinato teria sido preso em 24 horas e desaparecido.”³⁴ A autora abordou ainda que as ordens emanadas de Hitler tinham “força de Lei”, no Terceiro Reich, e assim, Eichmann representava, sob esse viés, um “cidadão respeitador das leis.”³⁵

Para a autora a defesa foi prejudicada quando as testemunhas da defesa não conseguiram ser ouvidas, pois negaram a imunidade e também impediram que as testemunhas da acusação fossem novamente interrogadas pela defesa.

A sentença o condenou à morte. E, segundo a autora, a população não ficou satisfeita já que julgavam que os atos cometidos “desafiavam a possibilidade de punição humana, que não fazia sentido impor a sentença de morte a crimes dessa magnitude”³⁶, e outra parcela afirmava que esta pena era “pouco imaginativa.”³⁷

Portanto, assim como na Lei da Anistia, o julgamento de Eichmann não representou de fato a solução para um período tenebroso para a história destes povos, visto que embora tenham enfrentado de maneira opostas a situação, sendo na primeira o perdão amplo e geral e no segundo a pena capital, não houve a real análise do que de fato ocorrera de maneira justa e em conformidade com as leis e tratados que regem estes tipos de crime que lesam a humanidade. Análise esta, feita com a finalidade de refletir acerca da eficiência das políticas atuais para a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio este que foi tão menosprezado e violado em ambas as situações tratadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal.** Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das letras, 2008.

³⁴ *Ibidem*, p. 253.

³⁵ *Ibidem*, p. 35.

³⁶ ARENDDT, Hannah, *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*, *cit.*, p. 272.

³⁷ *Idem*.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>> Acesso em 19/10/2016.

Enciclopédia do Holocausto: Adolf Eichmann. Disponível em: <<https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10007982>> Acesso em 14/05/2016.

Enciclopédia do Holocausto: Eichmann trial. Disponível em: <<https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005179>> Acesso em 14/04/2016.

Enciclopédia do Holocausto: War crimes trials. Disponível em: <<https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005140>> Acesso em 14/04/2016.³⁸

³⁸ Observação: os textos dos sítios **Enciclopédia do Holocausto** não possuem autores e pertencem ao Museu Estadunidense Memorial do Holocausto. (Copyright © United States Holocaust Memorial Museum, Washington, DC, ENCYCLOPEDIA LAST UPDATED: JULY 2, 2016)

4.9. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO: DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 332 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gustavo Ferreira Santos

Palavras-chave: (1) devido processo legal; (2) improcedência liminar do pedido; (3) ponderação; (4) constitucionalidade.

O presente trabalho acadêmico propõe-se a pesquisar sobre a constitucionalidade do art. 332 do novo Código de Processo Civil (art. 332 NCPC³⁹), analisando funcionalmente esta norma instrumental diante dos preceitos constitucionais daquele que é considerado o fundamento do processo civil, a base de sustentação de todos os outros princípios e regras, a saber, o devido processo legal (NERY JÚNIOR, 2016).

Para tanto, mister debruçar-se sobre as seguintes indagações: O julgamento de improcedência liminar do pedido representa uma violação ao inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988⁴⁰? O indeferimento de plano da petição inicial pelo juiz, sem a oportunidade de influenciar a sua convicção, fere ou não o direito das partes de se manifestarem nos autos? Enfim, o art. 322 NCPC seria constitucional ou inconstitucional?

39 Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

40 Art. 5º. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Lançando mão do método argumentativo e da teoria dos direitos fundamentais ventilada por Alexy (2008, 2011), objetiva-se, especificamente: explicitar a norma do art. 332 NCPC; mapear, comedidamente, o atual debate acerca da constitucionalidade deste dispositivo legal; depurar o produto da ponderação entre os princípios constitucionais pertinentes a esse tipo de julgamento *prima facie* da lide.

A improcedência liminar do pedido, plasmada no art. 332 NCPC, é a decisão definitiva que, antes da citação do réu, julga improcedente o pedido apresentado pelo autor (DIDIER JR., 2015). Com correspondência no art. 285-A do CPC de 1973, o dispositivo legal em tela traz hipóteses excepcionais de indeferimento da exordial, visando impedir que diversos casos análogos arrastem-se inutilmente num longo e dispendioso trâmite jurisdicional, os quais desde o início já se sabia o desfecho (TALAMINI, 2016).

A intenção, para além da economia e celeridade processuais, é obstaculizar as demandas repetitivas, típicas das atuais sociedades massificadas (NEVES, 2016), sem se descuidar da duração razoável do processo e da valorização da jurisprudência, visto que tal norma instrumental aplica-se somente nos casos de entendimento modelar consolidado pelos tribunais superiores (THEODORO JÚNIOR et al., 2016).

Trata-se de um julgamento com resolução de mérito inaudito, no qual não se instala a controvérsia na pretensão do autor. Portanto, a prestação jurisdicional, num primeiro momento, se dá com prejuízo à clássica tríade processual de autor-juiz-réu.

Em crítica fortemente embasada e contundente, Nery Júnior (2016) posiciona-se pela inconstitucionalidade do julgamento liminar de improcedência do pedido, uma vez que engessar o direito de ação da pessoa ao entendimento de tribunais superiores seria criar uma ditadura jurisprudencial sem observância ao devido processo, além de ferir a isonomia, igualdade, legalidade, contraditório e ampla defesa.

O art. 332 NCPC, nesta visão, seria incompatível com o nosso modelo constitucional de processo, tendo em vista que o contraditório implica em dever de consulta, na efetivação de um modelo dialético e de participação das partes, sendo direito do autor da lide argumentar a peculiaridade do seu caso ou mesmo combater a tese de que sua demanda não contraria o entendimento dos tribunais superiores (FERNANDES, 2016).

Noutra vertente, Didier Jr. (2016) afirma que o art. 332 NCPC não ofende o contraditório, pois é um julgamento de improcedência, não havendo qualquer prejuízo para o réu, visto que o ato jurisdicional lhe é favorável. Em continuação, preconiza que a constitucionalidade de tal

dispositivo é reforçada com a previsão expressa do juízo de retratação por parte do magistrado, hipótese na qual o autor poderá deduzir suas razões perante o juiz primeiro e, outrossim, apelar, bem como o réu deverá ser citado, oportunizando-lhe a apresentação de contrarrazões (DIDIER JR., 2016).

Ademais, embora postergado, ambas as partes terão o direito de influenciar o entendimento do juiz: o autor na respectiva petição inicial ou em pedido de retratação; o réu em contrarrazões de apelação ou em defesa apresentada contra a inicial, acaso o magistrado retratar-se da improcedência *prima facie* (TALAMINI, 2016).

Projetado esse cenário, nota-se uma colisão de princípios constitucionais, sendo que, num Estado Democrático de Direito como o nosso, revela-se inconcebível a prevalência ou exclusão de um princípio em detrimento de outro.

Pela teoria do Direito de Alexy (2008), a ponderação é o mecanismo mais adequado para solucionar os conflitos normativos entre princípios. Afastando-se o esquema do tudo ou nada (aplicado às regras), a ponderação permite, concomitantemente, preservar e concretizar o máximo dos mandamentos de otimização que cada um dos princípios relevantes ao caso concreto carrega consigo.

Nesse sentido, a rejeição liminar do pedido do autor não infringe o devido processo legal, nem lesa o direito das partes de poder influenciar a convicção do magistrado. Com efeito, o art. 332 NCPC, além de não trazer nenhum tipo de prejuízo ao demandado, traça, previamente, toda a tutela jurisdicional desse instituto jurídico, o que lhe confere uma segurança, uma ideia de processo justo. Soma-se a isso o fato de que, no momento processual adequado (juízo de retratação ou apelação), todas as partes integrarão a demanda para, dialeticamente, conhecerem a realidade dos autos, propiciando-se, assim, ao autor e ao réu a oportunidade de reagirem e de participarem do processo.

A edição do novo Código de Processo Civil corroborou a exorcização daquela visão meramente formal e estática dos princípios processuais, exigindo-se do juiz uma renovada leitura destes e das normas como um todo, impondo-lhe um dever cotidiano para aqueles que figuram no processo (THEODORO JÚNIOR et al., 2016). De uma forma ou de outra, isso impacta na instrumentalidade do processo, que não mais passa a ser um fim em si mesmo, mas sim uma ferramenta de participação por meio do qual se busca a efetivação da prestação jurisdicional.

Ao indeferir de plano o pedido do autor nas hipóteses do art. 332 CPC, o juiz não eliminará o devido processo legal, apenas postergá-lo-á, fazendo com que os efeitos dessa

norma-mãe (DIDIER JR., 2015) protraíam-se no tempo. Noutras palavras, o magistrado, empregando a teoria da ponderação de Alexy (2008), estará apenas sopesando os princípios constitucionais aplicáveis ao caso.

Em suma, a improcedência liminar do pedido não faz com que nenhum princípio constitucional seja violado ou elidido. Ao revés, há uma perfeita acomodação e otimização entre o contraditório e a ampla defesa, a isonomia, o direito de ação das partes, a eficiência, a celeridade e economia processuais, assim como, precipuamente, a duração razoável do feito, sem que um exclua o outro, donde a norma do art. 332 NCPC afigura-se plenamente constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira por Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v. 1.

FERNANDES, Jorge Luiz Reis. A improcedência liminar do pedido na contramão do dever de diálogo: uma afronta ao princípio do contraditório. **GEN Jurídico**, São Paulo, jan. 2016.

Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/01/22/a-improcedencia-liminar-do-pedido-na-contramao-do-dever-de-dialogo/>>. Acesso em: 05 out. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Improcedência liminar do pedido no CPC/15. **Migalhas**, São Paulo, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235038,31047-Improcedencia+liminar+do+pedido+no+CPC15>>. Acesso em: 05 out. 2016.

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