

DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO I



X
SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO
SIACRID



ORGS.
ZULMAR FACHIN
ROGÉRIO PICCINO BRAGA

©2020 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Zulmar Fachin & Rogério Piccino Braga
(Orgs.)

Rubens Beçak
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do X SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Gustavo Preusler (UFGD)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Prof. Dr. Tiago Cappi (UNISAL)
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UNIVEM)
Prof. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo (ITE-Bauru)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (Faculdades Londrina)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Direito Constitucional Contemporâneo I / Zulmar Fachin & Rogério Piccino Braga, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2020. (Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-65-00-13234-2

1. Direito Constitucional Contemporâneo I / Zulmar Fachin & Rogério Piccino Braga

CDU-342.7

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional Contemporâneo I.

CDU-342.7

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE ATRAVÉS DE NOÇÕES PRECONCEBIDAS.....	4
Amanda Querino dos Santos BARBOSA	
Luna STIPP	
A HUMANIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	17
Júlia Ferraresi TIETZ	
Carla Roberta Ferreira DESTRO	
A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO JUDICIAL NOS CASOS DE DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	37
Renan Cauê Miranda PUGLIESI	
Beatriz Casagrande FORTUNATO	
A POLITIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CAUSA DO ATIVISMO JUDICIAL.....	52
Beatriz Cavallieri ZANETTI	
Renato Alexandre da Silva FREITAS	
CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E DAS RELAÇÕES SUCESSÓRIAS: AUTONOMIA PRIVADA E LEGALIDADE CONSTITUCIONAL.....	67
Luiz Gustavo TIROLI	
Alessandra Cristina FURLAN	
O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO SUPÉRSTITE E A GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA.....	81
Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS	
Daniela Braga PAIANO	
O HABEAS CORPUS COLETIVO E SUA COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	98
Aline Albieri FRANCISCO	
Mariana Vargas FOGAÇA	
O PACOTE ANTICRIME E O FORTALECIMENTO DO SISTEMA ACUSATÓRIO À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	114
Leonardo Bocchi COSTA	
O DISSENSO INSTITUCIONALIZADO COMO FREIO ÀS NARRATIVAS AUTORITÁRIAS.....	136
Matheus Conde PIRES	

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE ATRAVÉS DE NOÇÕES PRECONCEBIDAS

Amanda Querino dos Santos BARBOSA¹
Luna STIPP²

RESUMO

O presente artigo com amparo teórico no livro de Theodore Dalrymple “Em defesa do preconceito: a necessidade de se ter ideias preconcebidas” aborda a questão da ausência de noções preconcebidas para vencer o racismo, esse apresentado como entrave para efetivação do direito fundamental a igualdade. Através da abordagem interdisciplinar e método dedutivo, embasada em fundamentações múltiplas, como relatórios, documentos, artigos jurídicos e estatísticas, além da análise do caso concreto que envolveu uma grande empresa brasileira que recentemente adotou uma política pública de inclusão e foi denunciado ao Ministério Público do Trabalho por praticar racismo. Restou evidente que a falta de preconceito autoriza que o racismo permaneça na sociedade, disfarçado, proporcionando a permanência do abolicionismo simbólico.

PALAVRAS-CHAVE: racismo; inclusão; preconceito

ABSTRACT

The present article with theoretical support in Theodore Dalrymple's book “In defense of prejudice: the need to have preconceived ideas” addresses the issue of the absence of preconceived notions to overcome racism, which is presented as an obstacle to the realization of the fundamental right to equality. Through the interdisciplinary approach and deductive method, based on multiple grounds, such as reports, documents, legal articles and statistics, in addition to the analysis of the specific case that involved a large Brazilian company that recently adopted a public inclusion policy and was reported to the Public Prosecutor's Office. It work for practicing racism. It remained evident that the lack of prejudice allows racism to remain in society, in disguise, providing the permanence of symbolic abolitionism.

KEYWORDS: racism; inclusion; preconception

INTRODUÇÃO

A luta por igualdade nem sempre foi tão evidente e fundamental quanto é nos dias de hoje. O regime democrático carrega consigo essa batalha entendida nos mais diversos contextos, tanto econômico quanto social, cultural e político. Sobre esses prismas é que a população negra tem lutado, ansiando por maior reconhecimento seja na vida pública, seja na esfera privada.

-
- 1 Advogada. Doutoranda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (2019). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduada em Direito pela Faculdade do Norte Pioneiro (2013). Pesquisa Democracia e a importância da Participação Popular bem como do fortalecimento das instituições para a efetivação dos Direitos Fundamentais e consolidação do Estado Democrático de Direito.
 - 2 Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2012) e mestrado em Ciências Jurídicas. pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2017). Doutorado em andamento em Ciências Jurídicas. pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2018), bolsista CAPES. Atualmente é professora da Organização Aparecido Pimentel de Educação e Cultura e atua como conciliadora no CEJUSC/SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: reserva do possível, pessoa idosa e direito social à saúde.

Pode-se estabelecer o marco histórico escravidão como o paradigma que fincou a desigualdade, principalmente que separa a população negra das demais raças. Algumas leis se consolidaram para minimizar essas injustiças, mas não foram elaboradas sem que houvesse luta contra o preconceito arraigado na sociedade que silenciosamente ainda, cala esse estrato social, fatos que estão sendo superados lentamente pelos combatentes da injustiça, nessa história o art.5, inciso XLII, da Constituição Federal é um dos supedâneos que sustenta todos aqueles que lutam por reconhecimento.

Para a população negra essa é uma questão histórica que se concretizou formalmente há trinta anos com a elaboração da Magna Carta, quando com muita determinação, onze membros negros da constituinte formada por quinhentos e vinte e nove pessoas, ou seja, a maioria branca, introduziu em nosso ordenamento o artigo 4º, VIII, que repudia o racismo, além de em seguida prever a sua criminalização.

A relevância de ações que caminham no sentido de concretizar o direito de fato é ressaltada, pois quando o sistema público falha em promover políticas de inclusão e minimização dessas discriminações, qualquer atuação que seja capaz de reverter esse quadro ou ao menos “voltar os olhos” a essa realidade é importante, todavia, essas ações não são interpretadas por todos da mesma forma.

As regras escritas são fortalecidas com as práticas que as fazem sobreviver. Inserido nesse contexto de luta por igualdade é que o presente artigo pretende de início abordar os aspectos gerais dos direitos fundamentais com ênfase no princípio da igualdade como condutor das decisões que encaminham o negro para inserção representativa equânime na sociedade, reconhecendo a existência da discriminação e trabalhando para afastá-la.

Amparado na ideia desse direito fundamental é que o artigo segue para a análise histórica do negro na sociedade brasileira que em conjunto com observações psicológicas e sistêmicas faz remissões a comportamentos e reconhecimentos de exclusão e incipiente inserção do negro no constructo social, contribuindo para a chamada abolição mítica.

A fim de complementar os estudos com a abordagem pragmática, analisou-se o fato que recentemente chocou parte da sociedade, uma grande empresa brasileira foi fortemente criticada e denunciada ao Ministério Público do Trabalho em decorrência da campanha de contratação de apenas *trainees* que se auto declarassem negros, o que levou esse estudo a utilizar o olhar crítico de Theodore Dalrymple em seu livro “Em defesa do preconceito: a necessidade de se ter ideias preconcebidas”, como marco teórico para o desenvolvimento de se fincar ideias preconcebidas.

Essa temática é altamente imbricada a diversas áreas do conhecimento, Direito, Ciência Política, Psicologia, aventadas nesse artigo, em abordagem interdisciplinar e método dedutivo,

embasada em fundamentações múltiplas, como relatórios, documentos, artigos jurídicos e estatísticas.

A partir disto, adianta-se que o resultado da pesquisa apontou para poucos avanços na efetiva concretização da minimização das desigualdades entre as raças, mas esse quadro pode mudar quando a decisão de partilhar os conhecimentos preconcebidos não for mais um tabu e sim, o marco inicial para um novo olhar sob um problema de ordem praticamente universal.

A IGUALDADE RACIAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A designação da fundamentalidade do direito se não utilizada com parcimônia pode conduzir a banalidade e, é por isso que se torna relevante verificar se a situação que envolve a luta contínua pela diminuição das desigualdades entre as raças é um dos casos em que o grau desse direito é ratificado como fundamental ou mais uma proteção que por vezes pode acirrar a heterogeneidade. Afinal, se todas as escolhas fossem válidas e iguais em termos de moralidade e se todas as motivações fossem aceitáveis, não haveria valores a preservar nem hierarquia possível — valores, note-se, que nos levaram a fazer do lobo que somos o homem que aprendemos ser. (DALRYMPLE, 2015, p.13)

O valor dignidade humana é uma das motivações que embasam o ordenamento brasileiro e devem conduzir nossas ações a fim de nos transformar em homens que devemos aprender a ser.

Visando sua promoção, cabe não só ao Estado, mas toda a sociedade o dever de promover ações afirmativas destinadas a corrigir distorções históricas que ainda hoje, mesmo após mais de cem anos do abolição da escravidão, são necessárias para proporcionar a igualdade substancial à população negra, uma vez que, os dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia evidenciam que muito embora a população negra seja majoritária na distribuição de contingente demográfico brasileiro, ainda sim, padece de desigualdade frente a população branca.

Os Direitos Fundamentais surgem conforme a demanda de cada período histórico o que decorre o fato de dividi-los em gerações ou dimensões que com o passar do tempo vão se aglutinando e conseguem ser identificadas em períodos de criação, geralmente condizente aos anseios que se buscava à época, quase nunca relacionado a critérios de ordem quantitativo.

Os chamados direitos de primeira geração ou dimensão são as liberdades negativas clássicas, surgem no século XIX, e XVIII, há limitação, verdadeira demarcação onde os sujeitos reivindicaram por maior abstenção do Estado em face de suas liberdades individuais, seu caráter negativo decorre da limitação do ente e não a sua prestação, neles estão os direitos a liberdade, vida, propriedade, participação política.

Já os direitos de segunda geração estão inseridos no contexto do século XX, marcado pela

primeira grande Guerra, relaciona-se as liberdades positivas, reais ou concretas, o Estado é chamado a intervir para que haja a implementação, são direitos como saúde, educação, trabalho, habitação, igualdade, retratam os anseios das camadas mais pobres, da classe operária, que vivia a desigualdade.

Verifica-se que em ambas as gerações a população negra não alcançou no mesmo marco histórico temporal, os direitos e garantias fundamentais da população branca que, adverte-se, mesmo entre ela ainda preservava e preserva diferenças de ordem de gênero, evidenciando que o direito formal está em sede de aprimoramento e efetivação, não só no que se destina a raça, fato que não desqualifica as vitórias da classe, mas evidenciam que o olhar para a adoção de medidas afirmativas é manifesto.

Theodore Dalrymple perfilha a tese de que um preconceito sempre será substituído por outro determinado preconceito o que não significa destruir o preconceito enquanto tal. Na verdade, implica inculcar outro preconceito (DALRYMPLE, 2015, p.39) nesse contexto para ele, o preconceito que ocasionou a existência de desigualdade não deixa de existir quando se concretiza o direito a igualdade, ele apenas se transforma em um novo preconceito e isso não é letal.

Nos tempos atuais um preconceito cego a favor da autoridade constituída foi substituído por outro preconceito cego, o qual vê em qualquer autoridade, exceto aquela que emana da própria pessoa, algo inerentemente ilegítimo (DALRYMPLE, 2015, p.41), o que justificaria a atitude de algumas pessoas em pensar ações afirmativas para inclusão dos negros como algo que o legitima e não contribui para a diminuição das desigualdades.

A noção preconcebida autoriza um posicionamento límpido, portanto sem disfarces ou insinuações torna possível a sua aproximação ou distanciamento do ideal a ser alcançado ou repellido. Quando o preconceito se encobre nas piadas, em medidas de inclusão ilusórias ele permanece sadio, age na surdina sem possibilidade de ataque.

A ausência da efetiva concretização das gerações dos direitos fundamentais não foi empecilho para se pensar nas novas famílias, vindo a cume os direitos de terceira geração, originários da revolução industrial consagram princípios como o da solidariedade e da fraternidade protegendo direito de grupos, da coletividade, além das presentes e futuras gerações, são direitos como propriedade sobre o bem comum, comunicação, paz.

Há doutrinadores que como Paulo Bonavides defendem a existência da quarta geração de direitos fundamentais relacionados a direitos genéticos e os de quinta geração, especificamente a paz, em decorrência dos atentados que se verificaram nas últimas décadas, resumido, mas não de maneira superficial pretende esse artigo fixar as bases de um direito fundamental entendendo-o como todo aquele necessário para a sobrevivência humana digna, oponíveis a todos.

Considerado essencial, o direito fundamental deve ser formalizado no instrumento constitucional onde receberá proteção contra leis ordinárias e do poder discricionário dos governantes ou detentores do poder, mas não é só, a sua fundamentalidade material deve além disso ser imposta, e por imposição entenda-se o ato de preconceber por parte do Estado as ações que além de reconhecer a naturalização da desigualdade, luta para minimizá-la em conjunto com ações afirmativas.

julgar pelo que as pessoas dizem de si mesmas, nunca vivemos uma época tão livre de preconceitos, com tantas pessoas no mais completo e absoluto controle de suas opiniões e, como resultado, viveríamos hoje em um mundo repleto de pessoas absolutamente sensatas, racionais e benevolentes. Ninguém julga nada, pessoas ou questões, exceto à luz da evidência e de sua própria razão. (DALRYMPLE, 2015, p.19)

Previstos no título I da Constituição Federal os princípios para que sejam efetivados com a prestação ou preservado com abstenção estatal, requer a participação popular principalmente daqueles a quem se destina a norma, é o que torna possível identificar quais as áreas prioritárias que devem ser alvo de políticas públicas, especialmente vinculadas aos denominados direitos de segunda geração (MENEZES, 2014, p.231), não se olvidando que é no todo que ele se concretiza.

A riqueza extraída do trabalho escravo é derivada de uma fundação de ideias, não apenas a respeito da aceitabilidade social do trabalho escravo, mas em relação a como e quais serão os bens produzidos (DALRYMPLE, 2015, p.108), a sociedade como um todo envolvente deve reconhecer os pilares aos quais foram fundadas com base neles realizar os reajustes.

somente quando os negros se reconhecem como tal, aprendendo a ser negros e tomando consciência de todas as assimetrias e falta de oportunidades a que estão sujeitos por conta de uma construção histórica que os diminui pelo seu tom de pele, é que podem, de fato, se articular em torno de demandas que tornem legítimas suas reivindicações (SILVA, 2020, p.551)

Documento como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em 1948 proclama em seu artigo primeiro e sétimo a igualdade e a liberdade em direitos e dignidade, sem nenhuma distinção de raça ou sexo. Entre os estudiosos os indicadores de desigualdades refletem o amadurecimento da democracia, sendo que quanto mais igualitário o país, menores são as diferenças e o que inclui o nível de participação, já consolidado no art.4º e incisos contidos na Lei 12.288/2010 denominado Estatuto da Igualdade Racial.

A existência de uma ambiguidade estrutural na democracia a torna superficial e, portanto, não impactando no desequilíbrio socioeconômico regional e no desequilíbrio social, fatores esses que acabam por colaborarem com a debilidade e distorção do seu funcionamento (ALVES, 2016, p.05) que se verificam em quase todos os setores, mas que afligem os negros em grande escala.

A antropóloga Lilia Moritz já denunciou a impressão de que os brasileiros parecem se sentir em uma “ilha de democracia racial”, cercado de racistas para todos lados, como demonstrou

os dados do centenário da Abolição, constando-se que 97% dos entrevistados afirmaram não ter preconceito, mas 98%³ conheciam pessoas que já praticaram discriminação racial.

Quando se retoma a tempos antigos, em que viviam Aristóteles e Platão verifica-se que em seus estudos reconhecia-se a predominância de uma classe social sobre outra, estabelecendo limitações objetivas entre os estrangeiros, povos conquistados, mulher e as explicações para manutenção da escravidão eram dadas como decorrência lógica do nascimento e predisposição de superioridade entre as raças.

A segregação e a submissão de seres considerados inferiores eram entendidas como necessárias, não apenas por trazer uma vantagem a quem se beneficiava da situação, mas, investido do discurso de existência de uma “natureza” anterior que justificaria a hierarquia propagava-se e inculcava-se nos dominados a ideia de inferioridade, portanto ao aceitarem a sua posição estavam sendo beneficiados pelos detentores do conhecimento e domínio.

Por certo que nenhuma desigualdade é aceitável, todavia administrar “alguma desigualdade” de acordo com princípios de justiça substantiva é melhor do que viver em “total desigualdade” (ROSSO, 2013, p.84) sem possibilidade de ascensão, conforme se verificava em outras épocas.

A necessidade de efetivação e concretude dos direitos humanos é um desafio que permanece durante os tempos e ainda há muito a ser realizado por todos os agentes da sociedade, nesse sentido Sánchez Rubio:

[...] o efeito de encantamento que têm os Direitos Humanos provoca em quem é mais ou menos privilegiado um estado de certa impotência e complacência, já que se considera que estes podem ser um caminho que confronte as desigualdades e as injustiças, mas sem interessar-se por perceber que seu imaginário se assenta em uma estreiteza tão grande que sabemos que é impossível reduzir a distância existente entre sua teoria e sua prática. O resultado não termina por aí. Também se consolida um hábito excessivamente delegatório no âmbito político, ao deixar-se nas mãos dos políticos e dos juristas a única via de expressão sobre o que é um direito humano. Desta forma, acabamos por perder poder constituinte e responsabilidade política comprometida (RUBIO, 2014, p. 20).

As desigualdades de gênero e raça são eixos estruturantes da matriz da desigualdade social no Brasil que, por sua vez, está na raiz da permanência e reprodução das situações de pobreza e exclusão social (ABRAM, 2006, p.41) que para ser alterado, primeiramente deve ser reconhecido e aceito, estabelecer as nuances do preconceito é o primeiro passo para poder vencê-lo.

Nesse quadro histórico que reconheceu e consolidou os direitos fundamentais caminhou o racismo que será objeto de análise no próximo tópico.

O RACISMO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

3 Mairores informações: <https://revistapesquisa.fapesp.br/quase-pretos-quase-brancos/>

Durante séculos o Brasil utilizou o modelo escravagista, principalmente da população negra africana trazida de forma violenta para trabalhar no setor agrícola, e isso gerou consequências que vemos refletidas até os dias de hoje e nos impede de efetivar a igualdade, supedâneo da Carta Magna.

Quando a escravidão chegou ao fim, há mais de cem anos, não houve no país uma política compensatória ou de inclusão do negro na sociedade brasileira, do ponto de vista socioeconômico ele foi largado a própria sorte, além disso, sua cultura onde são exemplos capoeira, samba, candomblé foram criminalizados, por ser parte da cultura afro-americana.

Acirrando essa não inclusão, políticas de saúde se voltavam contra essa população, inclusive por ocasião do Congresso Universal das Raças que ocorreu em Paris em 1911, Joao Batista Lacerda, Médico Diretor do Museu Nacional, apresentou a teoria de embranquecimento do brasileiro, como uma forma de salvar a população brasileira através da abertura da imigração do europeu, branco, purificador.

Reforçando seu discurso a favor do embranquecimento traz em sua apresentação como forma de ratificação de sua pesquisa a obra chamada “A redenção de Cam”⁴ do espanhol, Modesto Brocos, radicado brasileiro, que a pintou logo após a abolição da escravidão em reforço a demonstração que a redenção dos descendentes de Cam se daria por meio do embranquecimento “o negro passando a branco, na terceira geração por efeito do cruzamento de raças”, o mesmo ocorreria com a população brasileira.

A inspiração ainda buscou suporte em teorias eugênicas que tratavam o fator genético como resultado do sucesso ou fracasso da população, idealizada por Francis Galton ela foi bastante orientadora de políticas adotadas pelo Estado contra a população negra. Seu projeto pretendia comprovar que a capacidade intelectual era hereditária, ou seja, passava de membro para membro da família e, assim, justificar a exclusão dos negros, mas também de imigrantes asiáticos e deficientes de todos os tipos.

Galton pretendeu estender as implicações da teoria da seleção natural, indicando que os seus estudos demonstravam que além da cor do olho, feição, altura e demais aspectos fisiológicos, também traços comportamentais, habilidades intelectuais, poéticas e artísticas seriam transmitidas dos pais aos filhos. Para Galton, a análise tanto das características fisiológicas quanto dos talentos, através da utilização de ferramentas estatísticas, revelaria que a frequência com que eram mantidas nas sucessivas gerações, em alguns casos, uma verdadeira dinastia de talentos, não poderia ser apenas uma bela coincidência ou obra do acaso, mas sim a evidência de uma regularidade natural ou biológica (DEL CONT, 2008, p.206)

O Brasil não apenas importou essa ideia como também a difundiu entre médicos, engenheiros, jornalistas e muitos nomes considerados a elite intelectual da época passando a

4 O título do Quadro remete ao mito bíblico onde Noé lança uma maldição ao seu filho Cam ou Cã, por ter exposto a sua nudez aos irmãos em zombaria. O pai, amaldiçoou Canã, filho de Cam, a ser “servos dos servos”.

enxergar e a implementa-la como a ‘solução’ para o desenvolvimento do país.

Eles buscavam, portanto, respaldo na biogenética (ou seja, nos estudos e resultados de pesquisa de Galton) para excluir as minorias de todos os tipos. Assim, apenas os brancos de descendência europeia povoariam o que eles entendiam como ‘nação do futuro’.

Novamente, os estudos da antropóloga social Lilia Schwarcz⁵, demonstram que a eugenia oficialmente veio ao país em 1914, na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, com uma tese orientada por Miguel Couto, que publicou diversos livros sobre educação e saúde pública no país. Couto via com maus olhos a imigração japonesa e anos mais tarde, em 1934, seria um dos responsáveis por implementar um artigo na Constituição da época que controlava a entrada de imigrantes no Brasil.

Nos primeiros anos do século XX, porém, havia no Rio, então capital brasileira, a ideia de que as epidemias brasileiras eram culpa dos negros, recém-libertos com a abolição da escravatura (1889). Portanto, para parte da elite intelectual a eugenia seria uma forma de ‘higiene social’, tanto que “saneamento, higiene e eugenia estavam muito próximas e confundiam-se dentro do projeto mais geral de ‘progresso’ do país”⁶.

Outras justificativas para exclusão também estavam presentes à época como o princípio política da única gota, proeminente nos Estados Unidos, afirmava que o indivíduo cuja ancestralidade aparecia um único negro era capaz de traçar toda uma geração como negra e isso era a causa para tratamento diferenciado perante a lei, concedendo apenas deveres e não direitos.

Ainda, no Brasil durante a escravidão os negros eram tratados como coisas, como propriedade de seus donos, possuindo apenas deveres em face de seu proprietário branco, foi a chamada reivicação do indivíduo que autorizava a interpretação de que os negros possuíam apenas deveres e não direitos como qualquer ser humano.

Após a proclamação da República, o Brasil vivia um novo momento. Os negros recém-libertos disputavam mercado de trabalho com imigrantes de diversas partes do mundo (como Japão, Itália, Síria e judeus refugiados, para citar alguns), fazendo com que a unidade brasileira fosse repensada.

Foi nesse contexto, em 1933, que o escritor pernambucano **Gilberto Freyre** publicou “Casa Grande e Senzala”, livro que revolucionou a antropologia brasileira ao tentar desconstruir a ideia da diferenciação das raças e mostrar como a miscigenação tornou-se um traço único do Brasil que aparentemente demonstrava uma democracia racial, induzindo seus leitores a creem em uma igualdade entre as raças e a cordial relação entre os senhores e escravos.

5 <https://revistapesquisa.fapesp.br/quase-pretos-quase-brancos/>

6 <https://www.geledes.org.br/o-que-foi-o-movimento-de-eugenia-no-brasil-tao-absurdo-que-e-dificil-acreditar/>

A questão da democracia racial apenas veio a ser questionada em 1960 por Florestan Fernandes, ao escrever “A inserção do negro na sociedade de classes”, considerado o pai da sociologia brasileira demonstrando que os negros é a população mais atingida pela desigualdade e grande parte disso é decorrente do modelo capitalista adotado.

Ainda, no começo do século XX foi possível identificar o racismo científico em evidência no meio acadêmico, onde prevalecia a ideia de que era o elemento negro que produzia a desordem e as crises que o Brasil vivia na Primeira República. O racismo científico, assim, legitimou o uso da violência contra essa população. Ao mesmo tempo, acreditava-se que a miscigenação seria benéfica para o país porque, nessa mistura, o sangue branco forte prevaleceria sobre o sangue negro fraco e haveria o branqueamento da população.

O grande entrave para a superação das diversas teorias decorre do que anuncia Theodore Dalrymple em seu livro em defesa do preconceito, isso porque se verifica que a população tem receio de reconhecer o seu preconceito, e, por assim agir, não trabalha no desenvolvimento ou minimização da exclusão. A prática explícita de discriminação racial é moralmente inaceitável, o que, todavia, não impede um recorrente racismo silencioso, velado, “bem humorado” e “espírituoso”, que não tem a “intenção” de propagar ideários racistas, mas apenas “desconstrair” - algo perverso (SILVA, 2020, p.551)

Isso nos leva a refletir como o racismo encontra-se hoje, identificado por um dos principais representantes da resistência dos negros no Brasil, José Vicente, fundador da Faculdade Zumbi dos Palmares afirma que o racismo está desfigurado, multifacetado e extremamente escorregadio”⁷

desde a infância os conhecimentos sobre a questão racial são muitas vezes tratados como tabu e, por isso mesmo, silenciados, impedindo o acesso a essas questões, o que dificulta que muitas pessoas se vejam como negras e, assim, percebam-se vítimas do racismo em algumas situações. Como o processo é particular, não se trata apenas de uma questão de conscientização: mesmo cognitivamente adquiridos os conhecimentos necessários para que se considere negro, pode haver uma negação dessa condição devido à desvalorização social de características consideradas negras (SILVA, 2020, p.552)

Esse fato consolida o que vigora no Brasil é o que os estudiosos chamam de racismo estrutural, se apresenta como um alicerce em cima do qual se constroem as relações políticas, econômicas e sociais no país. As pessoas e as instituições são moldadas, por vezes de forma inconsciente

7 A casa grande e a senzala continuam existindo, só que agora com uma tintura de modernidade. O racismo foi sofrendo mutações e se aprimorando ao ponto de ter ganhado uma sutileza que faz com que muitas vezes só seja detectado no detalhe. Veja a lei de 2003 que tornou obrigatório o ensino da história da África e da cultura negra nas escolas. É um conteúdo importante e necessário, acima de tudo porque 55% da população brasileira é negra. Mesmo assim, apenas uma parte pequena das escolas obedece a lei. Os diretores e os professores vão encontrar mil argumentos para justificar o descumprimento e dizer que isso não tem nada a ver com o racismo. Muitos são racistas por ignorância, desconhecimento, mas outros tantos são racistas de forma esclarecida, consciente (WESTIN, 2020, internet)

À medida que proibições morais tradicionais, inibições e antigas considerações são destruídas pela crítica corrosiva da verborreia filosófica, novas proibições imediatamente aparecerão para preencher o vácuo gerado (DALRYMPLE, 2015, p.81)

As pessoas são racistas quando não ficam espantadas ou indignadas diante da notícia do assassinato de uma pessoa negra, diante da ausência de negros nos governos, nos tribunais e na direção de empresas, diante de um Estado que oferece transporte de qualidade, saneamento básico e segurança pública aos bairros ricos, mas nada disso às periferias, habitadas majoritariamente por negros. O racismo estrutural é tão cruel que até mesmo pessoas negras reproduzem o racismo.

Esse tipo de racismo que nos acompanha aparenta ser o mais grave, já que, silencioso e por vezes despercebido, atua no aspecto material de promoção das liberdades substanciais e potencialidade dos indivíduos, impedindo que a igualdade relacional e justa seja concretizada, isso ocorre porque as pessoas relutam em estabelecer o preconceito e assim lutar para diminuí-lo.

No próximo tópico, será exposto o episódio de antirracismo, mas que por parte da população, que realizou mais de onze denúncias considerando racista a atuação do órgão privado “por estabelecer o tom de pele desejado pela empresa”.

A IMPORTÂNCIA DE SE TER IDEIA PRECONCEBIDA SOBRE O RACISMO ESTRUTURAL

Em setembro de 2020, a empresa brasileira Magazine Luiza abriu processo seletivo para ocupar a vaga de *trainee*, estabelecendo que apenas pessoas auto declaradas negras poderiam participar do certame, sob alegação de que apesar de conter em seu quadro de funcionários mais de 53% de pretos e pardos, apenas 16% deles ocupavam cargo de liderança.

O quadro interno representado na empresa é condizente com o cenário brasileiro, onde apenas 6,3 % dos postos de gerencia e 4,7 % do quadro executivo está ocupado por pessoas negras⁸, isso decorre porque a maioria das grandes empresas brasileiras não possuem ações afirmativas que incentivem a presença de negros e mulheres em seus quadros de gerência.

Aspectos de ordem material ou econômico influenciam na vida das pessoas, mas não é só, supondo que nascemos com certas predisposições, preconceitos, pressuposições e propensões, todavia, isso não implica que as nossas vidas estejam predestinadas ou predeterminadas, uma vez que essas características podem ser lidadas de distintas maneiras (DALRYMPLE, 2015, p.81)

Nesse aspecto necessário que se estabeleça uma visão crítica no sentido de que julgamentos são inevitáveis, portanto, não aceitar a existência do preconceito deforma a natureza

8 <https://www.ethos.org.br/cedoc/profissionais-negras-demandam-mais-politicas-afirmativas-no-mercado-corporativo-brasileiro/#:~:text=O%20levantamento%20do%20Instituto%20Ethos,7%25%20no%20quadro%20executivo%20das>

humana que autoriza a sua subversão das mais diversas maneiras e acaba por vezes a impedir ou enxergar a real necessidade desse tipo de política pública de inclusão.

O Ministério Público do Trabalho ao indeferir a instauração de inquérito civil em face da empresa agiu como estimulador de práticas inclusivas, em consonância ao artigo 39 do Estatuto da Igualdade Racial reconhecendo que “não somente arrima legalidade às políticas afirmativas de inserção de pessoas negras no mercado de trabalho, como também estimula a prática de ações afirmativas no setor privado, justamente o que fez a ora denunciada.”⁹

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas. §1º. A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra. (...) § 3º. O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

O reconhecimento da discriminação positiva¹⁰ como exemplar a política adotada pela empresa, atuou como elemento de reparação histórica da exclusão que se perpetua em relação a população negra. Segundo o estudo “Desigualdades Sociais por cor e raça no Brasil” esse estrato social ocupa 54,9 % da força de trabalho no país, dados divulgados em 2019. A vida das pessoas que ao longo da história foram e ainda são colonizadas, subalternizadas, não depende apenas do direito, vem de fora (da sociedade) para dentro, mas passa por ele (sistema de justiça, faculdades de direito, etc) (SALLOUM; MEZACASA; FERREIRA; 2020; p.357)

Além disso a pesquisa mostrou que o rendimento médio mensal das pessoas brancas ocupadas (R\$2.796) foi 73,9% superior ao da população preta ou parda (R\$1.608). Os brancos com nível superior completo ganhavam por hora 45% a mais do que os pretos ou pardos com o mesmo nível de instrução.¹¹

A identificação das barreiras criadas é necessária para que haja a possibilidade de superação e a isso não é porque alguns preconceitos sejam danosos que podemos viver sem quaisquer preconceitos. Todas as virtudes levadas ao excesso se tornam vícios, e se tornam manifestações de orgulho espiritual; o mesmo vale para os preconceitos, inclusive os melhores, e o mesmo valerá para a tolerância (DALRYMPLE, 2015, p.137).

9 A íntegra da decisão pode ser acessada: <https://www.conjur.com.br/dl/trainee-magazine-luiza.pdf>

10 Consoante Nota Técnica n. 01/2018, expedida pelo Grupo de Trabalho Raça do Ministério Público do Trabalho, discriminação positiva é um tipo de discriminação que tem como finalidade selecionar pessoas que estejam em situação de desvantagem tratando-as desigualmente e favorecendo-as com alguma medida que as tornem menos desfavorecidas. A cota racial, por exemplo, é um caso clássico de discriminação positiva.

11 Dados obtidos no site: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25989-pretos-ou-pardos-estao-mais-escolarizados-mas-desigualdade-em-relacao-aos-brancos-permanece>

CONCLUSÃO

A segregação sutil social que permeia o ideário humano permanecerá enquanto não identificada e reconhecida como tal, o preconceito só poderá ser vencido se for reconhecido por aqueles que os propagam em ações, fala e tolerância, por vezes não intencionais.

Isso não significa que deixaram de existir, alguns preconceitos devem ser mantidos em bom estado, eles são aquilo que dão caráter às pessoas, mantendo-as juntas. Não podemos viver sem eles (DALRYMPLE, 2015, p.138).

O racismo deve ser substituído por um novo preconceito, aquele que antirracismo que autoriza a real inclusão e realização da igualdade. As denúncias que foram realizadas contra o Magazine Luiza, demonstram que o preconceito ainda é visto como tabu, o que como consequência é evitado de ser falado por grande parte da população, ao não se falar sobre o problema, ele não deixa de existir, porém é abafado.

O direito fundamental é concretizado na norma, mas sua efetividade se dá subjetivamente, quando o cidadão é capaz de identificar e se posicionar sobre o lugar que ocupa no cenário, e assim contribuir para superação. O racismo estrutural precisa ser o reconhecido como preconceito por mais pessoas, só assim será combatido.

REFERENCIAL TEÓRICO

ALVES, Fernando B.; LIMA, Jairo Néia. **Notes for an Economy of moral disagreements in unequal societies**. Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2016.

ABRAM, Laís. **Desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho brasileiro**. Cienc. Cult., São Paulo, v. 58, n. 4, p. 40-41, Dec. 2006. Available from <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252006000400020&lng=en&nrm=iso>. access on 27 May 2019.

DALRYMPLE. Theodore, 1949- **Em defesa do preconceito: a necessidade de se ter ideias preconcebidas** / Theodore Dalrymple; tradução Maurício G. Righi, - 1. ed. - São Paulo : É Realizações, 2015.

DEL CONT, Valdeir. **Francis Galton: eugenia e hereditariedade**. Sci. stud., São Paulo, v. 6, n. 2, p. 201-218, June 2008. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662008000200004&lng=en&nrm=iso>. access on 28 Sept. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1678-31662008000200004>

HAAG, Carlos. **Lilia Schwarcz: quase pretos quase brancos**. Pesquisa Fapesp. Abril 2007. Disponível em: <<https://revistapesquisa.fapesp.br/quase-pretos-quase-brancos/>>. Acessado em: 28 de julho 2020.

MENEZES, Daniel F.N.; RIBEIRO, Eduardo Papamanoli. **Definindo a fundamentabilidade dos direitos.** Revista Jurídica (0103-3506). 2014, Vol. 34 Issue 1.

O que foi o movimento de eugenia no Brasil: tão absurdo que é difícil acreditar. Portal Geledes. 16/07/2017. Disponível em: < <https://www.geledes.org.br/o-que-foi-o-movimento-de-eugenia-no-brasil-tao-absurdo-que-e-dificil-acreditar/>>. Acessado em: 28 de julho 2020.

Pretos e pardos estão mais escolarizados, mas a desigualdade em relação aos brancos permanece. Agência IBGE notícias. 13/11/2019. Estatísticas sociais. Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25989-pretos-ou-pardos-estao-mais-escolarizados-mas-desigualdade-em-relacao-aos-brancos-permanece>>. Acessado em: 28 de julho 2020.

Profissionais negras demandam mais políticas afirmativas no mercado corporativo brasileiro. ONU Brasil. 23/09/2018. Disponível em: < <https://www.ethos.org.br/cedoc/profissionais-negras-demandam-mais-politicas-afirmativas-no-mercado-corporativo-brasileiro/#:~:text=O%20levantamento%20do%20Instituto%20Ethos,7%25%20no%20quadro%20executivo%20das>>. Acessado em: 28 de julho 2020.

ROSSO, Paulo Sérgio; ALVES, Fernando de Brito. **Igualdade formal e desigualdade utilitária: os discursos de legitimação da exclusão em Aristóteles e Rawls.** *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 69-86, fev. 2013. ISSN 2317-3882.

SALLOUM E SILVA, Phillipe Cupertino; MEZACASA, Douglas Santos; FERREIRA ALVES, Clarissa Cecília. **Calin: uma proposta de estudo decolonial sobre as relações étnico-raciais e o anticiganismo no sistema de justiça brasileiro.** *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 32, p. 341-362, jul. 2020. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1988>>. Acesso em: 28 set. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i32.1988>.

SILVA, Matheus Arcelo Fernandes; SARAIVA, Luiz Alex Silva. **Relações raciais e histórias de vida: trabalhadores industriais negros em foco.** *Organ. Soc.*, Salvador, v. 27, n. 94, p. 532-555, Sept. 2020. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302020000300532&lng=en&nrm=iso>. access on 28 Sept. 2020. Epub Aug 10, 2020. <https://doi.org/10.1590/1984-9270947>.

WESTIN, Ricardo. **O negro continuará sendo oprimido enquanto o Brasil não se assumir racista, dizem especialistas.** Senado Federal. 22/06/2020. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/06/negro-continuara-sendo-oprimido-enquanto-o-brasil-nao-se-assumir-racista-dizem-especialistas>>. Acessado em: 28 de julho 2020.

A HUMANIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Júlia Ferraresi TIETZ¹
Carla Roberta Ferreira DESTRO²

RESUMO

O presente trabalho surgiu da necessidade de analisar as possibilidades e limites da aplicação do Princípio da Dignidade Humana sob o viés da humanização da pena privativa de liberdade, partindo da realidade social do sistema penitenciário brasileiro, considerando o princípio como um direito fundamental do homem, analisando que o que se observa na prática carecem de cuidados básicos. Busca demonstrar a extrema importância e necessidade da aplicação de fundamentos e princípios básicos que determinam o caminho a ser seguido na instrução criminal, como a proporcionalidade e a dignidade, os quais são negados e inexistentes se observados dentro de uma realidade carcerária, onde os direitos mínimos da condição de existência e vida humana não são providenciados por aquele que se torna responsável pelos indivíduos, evidenciando a luta para a efetivação dos direitos humanos consoante à dignidade como princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, de forma que a negligência desta é característica de punições primitivas, incabíveis e inconstitucionais no contexto atual do Direito Penal e execuções criminais. Neste sentido, o trabalho foi alicerçado pelo método de pesquisa dedutivo, com uso da técnica bibliográfica, a qual abriu caminhos para a reflexão dos estudos referentes à humanização da pena dentro de uma realidade em que direitos essenciais e básicos para uma vida digna são omitidos, de forma que haja o crescimento da sensibilização da sociedade sobre as questões humanitárias dentro das instituições carcerárias, trazendo à tona o debate sobre as penas alternativas à pena privativa de liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Carcerário. Pena Privativa de Liberdade. Prisões. Dignidade Humana.

ABSTRACT

The present work arose from the need to analyze the possibilities and limits of the application of the Principle of Human Dignity under the bias of the humanization of the deprivation of liberty, starting from the social reality of the Brazilian prison system, considering the principle as a fundamental human right, analyzing that what is observed in practice is the lack of basic care. It seeks to demonstrate the extreme importance and necessity of the application of fundamentals and basic principles that determine the path to be followed in criminal instruction, such as proportionality and dignity, which are denied and non-existent if observed within a prison reality, where the minimum rights of the condition of existence and human life are not provided by the one who becomes responsible for individuals, showing the struggle for the realization of human rights according to dignity as a constitutional principle of the Democratic Rule of Law, so that its negligence is characteristic of primitive, unstoppable and unconstitutional punishments in the current context of criminal law and criminal executions. In this regard, the work was based on the deductive research method, using the bibliographic technique, which opened the way for reflecting on studies related to the humanization of punishment within a reality in which essential and basic rights for a dignified

1 Discente do 8º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: juliafetietz@hotmail.com.

2 Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Advogada. Docente no curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: carladestroadv@gmail.com.

life are omitted, so that there is an increase in social awareness of humanitarian issues within prison institutions, bringing up the debate on alternative penalties to the custodial sentence

KEYWORDS: Prison system. Deprivation of Liberty. Prisons. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Penitenciário brasileiro atual não apresenta caminhos ou condições para atingir e efetivar a dignidade como base fundamental do instrumento criminal e sua execução, sendo o motivo pelo qual consiste o debate referente às medidas alternativas da pena privativa de liberdade, traçando um paralelo referente aos pontos mais relevantes entre o princípio da dignidade do homem e os tratamentos que afloram dentro de uma instituição pública penitenciária de regime fechado.

Neste sentido, a produção científica foi fundada sob o método de pesquisa dedutivo, com uso da técnica bibliográfica, a qual tornou possível o referido estudo dentro da humanização da pena desde as raízes do processo punitivo, caracterizado em sua completa historicidade pela imposição de penas severas e cruéis, via a prisão como o local em que os condenados aguardariam a pena final, ou seja, sua execução. A historicidade demonstra as atrocidades cometidas em relação ao réu condenado, razão pela qual a Constituição de 1988 foi abordada em uma análise congruente aos ensinamentos de Beccaria que, com suas teses utilitaristas, defende que a função da pena não é causar dor, e nem vingar o delito

O processo para que a dignidade da pessoa humana se tornasse um direito fundamental foi baseado em séculos de luta, se tornando inconcebível o retrocesso de sua vitória, mesmo que ainda tenha um longo caminho de conquistas a ser trilhado, como é o caso do encarcerado que não possui cuidados e atenções básicas de vida pelo Estado, estando recluso em penitenciárias que carece de infraestrutura e apresenta relações sociais primitivas, de forma que a Lei de Execução Penal apresenta um caráter ineficaz no ambiente prático em si.

Há a possibilidade e necessidade da aplicação de penas alternativas no consoante às punições penais, as quais se demonstram como uma opção ao desencarceramento, em razão da não aplicação da pena privativa de liberdade, sob uma análise do caso concreto pelo princípio da proporcionalidade, o que diminui ainda o índice de reincidentes e proporciona maior facilidade no que tange a ressocialização, pois as penas restritivas de direito e de multa não retiram o indivíduo de seu convívio social, mas ainda sim concretiza a execução penal de forma mais humanizada e digna quando comparado à introdução direta de uma sanção que limita a liberdade do indivíduo condenado.

Por fim, é imperioso ressaltar que a pesquisa em tela se dispôs sobre uma análise referente

a todos os aspectos tangentes à humanização da pena privativa de liberdade dentro do regime fechado, de forma a abranger o problema sistematizado dentro do sistema prisional de maneira garantista sobre os direitos do encarcerado recluso, perfazendo uma análise desde a aplicação das sanções cruéis em sua historicidade, até o tratamento intransigente do cárcere atual.

2 ANÁLISE DO SURGIMENTO DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO E SEU DESENVOLVIMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O homem primitivo busca refúgio em seu grupo social, formando alianças que sirvam como proteções, as quais resultavam em ligações familiares, estabelecendo limites de interesses que estariam vinculados naturalmente à sobrevivência. A essência da pena encontra suas raízes em crenças religiosas, de forma que a punição se assemelha, primitivamente, com as práticas existentes em grupos selvagens, ou seja, o homem primitivo possui condutas punitivas fundadas em misticismos, incertezas e vinganças, como descreve Sá Neto e Calegari (2015).

Diante disso, a punição primitiva, visava anular o ato delituoso cometido através das punições, acreditando que o estado puro que existia anteriormente retornaria àquela sociedade, sendo por este motivo a existência da necessidade de se encontrar um culpado para atribuir-lhe a sanção, evidenciando que o objetivo principal da pena era não deixar o fato sem uma resposta.

É sabido que o senso de justiça e vingança se encontra fortemente enraizado no ser humano, de modo a ser condição de sua existência, assim, a partir do momento em que o homem passou a conviver em sociedade, a adoção de um sistema de punição de aplicação de pena e castigo inseriu-se em situações em que regras da sociedade que viviam eram violadas. Em contraponto, Zaffaroni (2006, p. 57) constata que: “[...] nem todos os conflitos que atualmente se resolvem pela via punitiva têm sido sempre resolvido de uma única maneira. Os conflitos aparecem e desaparecem na história, e, enquanto persistem, também ostentam soluções diversificadas.”

Segundo Miguel (2013, p. 50), o Direito Penal foi um dos primeiros e principais regimentos do Direito, possuindo suas diversificações com o tempo, vez que passou a ser visto como uma ferramenta de punição, vigilância e reeducação. No Brasil, a evolução do Código Penal se deu de acordo com as mudanças governamentais do país, sendo que na Idade Média, o Poder Judiciário ainda não havia se estruturado, de forma que, originalmente, a resolução de litígios cabia aos indivíduos, e aos senhores soberanos apenas atestariam suas regularidades, conforme dispõe Oliveira Filho (2013).

Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da Pena Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve analisa-la levando em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador. (RAMIREZ e MARARÉE, 1982, p. 114 apud BITENCOURT, 1999, p. 2).

Para a elaboração do sistema de punições e sanções, Ribeiro Junior (2009) descreve que a evolução do Direito Penal brasileiro se iniciou no Período Colonial, em que toda ideia de direito se encontrava intimamente ligada ao direito costumeiro, vigorando justiças e vinganças individuais, como a Lei de Talião, assim, ao evoluir as políticas e relações interpessoais, a Constituição do Império estabeleceu a necessidade do surgimento de um código criminal com fulcro na equidade, igualdade, individualidade e a não retroatividade da lei penal, sendo princípios correspondentes aos do ordenamento atual, o qual se estabilizou no ano de 1940, estando em vigor até os dias atuais. Zaffaroni (2006, p. 79) conceitua o Direito Penal como:

[...] podemos dizer provisoriamente que o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. (grifo nosso)

Versa-se que, embora as sociedades e os governos se desenvolvam, não necessariamente no sentido de evolução, infrações cometidas violam conceitos de bases fundamentais políticas e sociais, de forma que, as sanções permaneceram no sentido de ser um efeito de um direito que foi lesado, porém, em contrassenso, Conde e Arán (2010, p. 46) ao afirmarem que a pena é um mal imposto pelo legislador sobre realização de um ato infracional a quem seja culpado por este, explicam que a pena não é uma simples consequência jurídica, em razão de que não é qualquer conduta que pode ser considerada um crime, a não ser que o comportamento seja insuportável socialmente.

Observando o sistema penal em um sentido mais amplo, Zaffaroni (2006, p. 66), afirma que este é uma forma de “controle social punitivo institucionalizado”, incluindo nele ações controladoras e repressoras, sendo a punição um efeito sancionatório que responde a conduta diversa, ainda que nem sempre esta esteja prevista na legislação criminal, denotando qualidades pessoais, dada a seletividade do sistema pessoal, assim, o autor adverte que:

Não se pode ignorar que fazem parte do sistema penal – inclusive em sentido limitado – os procedimentos contravencionais de controle de setores marginalizados da população, as faculdades sancionatórias policiais arbitrárias, as penas sem processo, as execuções sem processo etc. (ZAFFARONI, 2006, p. 66). (grifo nosso).

Destaca-se aqui a necessidade de que o indivíduo infrator obtenha seu direito ao devido processo legal anterior à punição e cumprimento de pena de fato, a fim de que o acusado não seja privado de sua liberdade sem que haja um processo para tanto, com fulcro no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal Brasileira, dispondo este que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo o processo um instrumento de aplicação do direito material vinculado, visando garantir que o indivíduo possua seus direitos resguardados.

Neste liame, surge a Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 1984), a qual, segundo Santos (1998, p. 13 apud MONTEIRO, 2016) a “execução penal tem por finalidades básicas tanto o cumprimento efetivo da sentença condenatória como a recuperação do sentenciado e o seu retorno à convivência social”. Entende-se que o objetivo da execução não é apenas punir o condenado pelo seu delito, mas sim oferecer-lhe meios restaurativos para que o apenado retorne ao meio social adequadamente, porém, é sabido que na prática, tais condições não são oferecidas de maneira eficaz para que a ressocialização do apenado aconteça, sendo a teoria da funcionalidade punitiva uma ideia utópica.

Reflete-se sobre a pena no sentido dela se distinguir das demais sanções jurídicas, vez que visa conseguir, direta e imediatamente, que quem quer que tenha cometido o ato infracional, não venha cometê-lo novamente, enquanto que as restantes sanções jurídicas não possuem a mesma finalidade, vez que tendem primordialmente ao ressarcimento e reparação de danos causados pelo cometimento do delito (ZAFFARONI, 2006, p. 80).

Trata o conceito de pena como a restrição e prevenção do cometimento de novos delitos, ou seja, impedir a reincidência do apenado, contrastando com a ressocialização de Raúl Zaffaroni e da Lei de Execução Penal supracitadas, pois no momento em que o indivíduo retornar à prática de delitos, considera-se que a pena não cumpriu o objetivo ressocializador e preventivo. Abordar-se-á no próximo tópico acerca dos objetivos da imposição da pena sobre o indivíduo e os limites que as punições encontram na sua efetivação em relação à dignidade do condenado.

2.1 As Funções e Limitações da Aplicação da Pena

Segundo Bitencourt (2017, p. 53), o jurista Jeremy Bentham, considerava que a principal finalidade da pena seria a prevenção social de delitos semelhantes ao cometido pelo condenado, observando o fim correccional de maneira secundária, de forma a não conseguir enxergar na crueldade da punição um fim em si mesmo, partindo este de uma concepção contrária ao proposto pela Teoria Absoluta da pena, também denominada de Teoria Retributiva, a qual defende que “a função única da pena é recompensar o mal com outro mal” (CAMPOS, 2014, p. 14), não tendo a pena uma função específica, mas sim, contrariando Bentham, um fim em si mesmo.

Beccaria, partidário da teoria do contrato social e, conseqüentemente, do utilitarismo, enxergava a pena como originária do próprio pacto criado em meio à sociedade e suas relações, devendo ela surgir a partir de uma necessidade absoluta, de forma que se ultrapassar disso, será um abuso. A visão utilitarista da pena considera que ela é um simples meio de atuar no jogo de motivos sensíveis que intervêm no que influi sob a conduta humana, ou seja, procura-se um exemplo para o futuro e não uma vingança ao passado (BITENCOURT, 2017, p. 47).

Estabeleceu o jurista ainda que os delitos por ora cometidos e, por consequência, suas penas, deveriam analisar um objetivo de prevenção, de forma que a pena não poderia observar necessariamente fatos que já se consumaram, mas sim, devem prevenir que novas transgressões sejam realizadas, dissuadindo terceiro de cometerem o mesmo, assim, é “melhor prevenir os delitos do que puni-los” (BECCARIA, 2006, p.107), devendo ressaltar que a prevenção não seja realizada através de suplícios tirânicos como era realizada nos anos anteriores.

Para que a pena produza seu efeito, basta que o mal que ela mesma inflige exceda o bem que nasce do delito e nesse excesso de mal deve ser levada em conta a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito devia produzir. Tudo mais é supérfluo e, portanto, tirânico. (BECCARIA, 2006, p.70).

Isto posto, os ideais beccarianos se encontram na Teoria Relativa da pena, também chamada de Teoria da Prevenção ou Finalista, a qual tem como desígnio impedir que os agentes retornem a delinquir, enxergando a pena como uma forma de manter o equilíbrio social, através de seu caráter intimidador e ameaçador pela certeza da punição no aspecto negativo dentro da própria teoria e a neutralização de possíveis novas condutas infracionais, considerando que, dentro da visão especial positiva, há ressocialização do apenado após seu cumprimento efetivo da pena, a fim de que não retorne ao cometimento de delitos, relacionado com a redução de taxas de reincidência, sendo apenas um ideal ilusório (CAMPOS, 2014, p. 14-16).

Neste seguimento, a teoria sobre a função da pena que predomina atualmente é a Teoria Mista, unificando-se as duas anteriores, considerando que a pena tem um papel protecionista social, descredibilizando e intimidando delinquentes em potencial, como age na ressocialização daquele que cumpriu integralmente sua pena pela qual foi condenado, demonstrando certa preocupação no que cerne ao indivíduo que acabou de sair da realidade carcerária, não considerando a pena somente como um castigo em si, embora é sabido que na prática, a teoria é esquecida e o instituto ressocializador não possui seu efetivo cuidado sob o indivíduo.

Bentham se posicionava de maneira consoante aos ideais de Beccaria, abandonando o conceito de que a pena deveria causar dor e sofrimento, de modo a ser inadmissíveis sanções infames, vez que estas descartavam a possibilidade de reabilitação e ressocialização. Reconhecia o castigo como um mal, mas sendo ele um caminho para a prevenção de maiores danos à sociedade, não se tratando mais de constituir a pena desprovida de finalidades, racionalizando a doutrina penal ao insistir que a função da sanção não é a vingança pelo delito, mas sim prevenir que novos fatos criminosos sejam praticados, de forma que atualmente ainda não se encontra clareza entre esta relação, de forma que, para Cezar Bitencourt, as leis brasileiras continuam sendo um mosaico de ideias sem um aprofundamento empírico (BITENCOURT, 2017, p. 54).

Será tratado a seguir sobre a dogmática da aplicação da pena privativa de liberdade, tal

como como o contexto histórico no qual esta se inseriu e desenvolveu dentro do Código Penal brasileiro.

3 A EVOLUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

O surgimento da pena privativa de liberdade foi influenciada, à princípio, pela criação das chamadas Casas de Correção, sendo estas estabelecimentos que custodiavam inúmeros indivíduos nos entremeios do século XVI na Europa, momento caracterizado pela decadência da pena capital e pena corporal, as quais perderam a sua finalidade por não conseguir refletir o sentido de justiça na época, não garantindo o controle e segurança dos seguimentos sociais dominantes, como defende Sá Neto e Calegari (2015), surgindo então a prisão como uma forma de não incidir, de forma cruel, sobre o corpo físico ou sobre a vida do indivíduo que cometeu o delito em questão.

Verifica-se que os suplícios e a pena capital foram incapazes de conter os fatores de criminalização que se figuravam em constante aumento, de forma a surgir ideais filosóficos contra a perversidade das formas punitivas, pois enxergavam a pena apenas como uma “retribuição da vítima pelo mal causado, sendo muitas vezes desproporcional”, como explica Pereira (2017, p. 13).

Somente no final do século XVIII que surgiram efetivamente modificações no sistema punitivo, vez que a sanção punitiva entrou em estado de crise, vez que a pena intimidadora não mais intimidava os indivíduos a partir da grande repercussão dos ideais reformistas de Beccaria, Bentham e Howard, conforme explica Bitencourt (2018, p. 897). O sistema punitivista agressivo perdeu forças com a ação do iluminismo na sensibilidade coletiva, resultando em alterações relevantes sobre a encenação concernente à execução das punições.

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; nos *chairs de doléances* e entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. O suplício tornou-se rapidamente intolerável. (FOUCAULT, 1999, p. 94). (grifo nosso)

Por conseguinte, deu-se início ao período humanitário da sanção penal, defendido pelo teórico Beccaria, cujos princípios se baseavam em ideais que contrariavam as execuções cruéis e rígidas, as quais se fundavam em punições de cunho exorbitantemente tiranas e desumanas, despertando a consciência coletiva da sociedade para a realidade que todos se negavam a enxergar, de forma que a forma de punição deixasse de ser um espetáculo, defendendo a prisão como uma alternativa à pena capital e aos castigos físicos, porém, possuía um olhar crítico quanto às prisões existente de sua época ao definir que ela seria mais um lugar de suplício do que de custódia do réu.

Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos. [...] Todas as penas que ultrapassam a necessidade

de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza. (BECCARIA, 2006, p. 20-21).

Conforme explica Bitencourt (2018), a partir do momento de conversão do sistema prisional sob uma resposta reformatória do delinquente, ao invés de apenas punir por si só, imperou-se um ambiente otimista em que havia a convicção de que a prisão seria ambiente idôneo para cumprir os objetivos finais da pena, ou seja, reabilitar o indivíduo encarcerado.

O elemento carcerário não mais apresenta tal otimismo, ressaltando-se a atitude pessimista perante os resultados da prisão tradicional, referente à impossibilidade, mesmo que absoluta ou relativa, de se obter algum resultado que seja benéfico sobre o condenado em cumprimento de pena que priva sua liberdade, conforme dispõe Bitencourt (2018, p. 898).

[...] o certo é que a pena privativa de liberdade é resultado de uma espécie de “justiça seletiva”, porque por ela serão atingidos os indivíduos pertencentes aos setores sociais menos favorecidos e os de quociente intelectual mais baixo, isto é, os menos aptos para a competição que a sociedade impõe. (ZAFFARONI, 2006, p. 676).

Evidente é a segregação social gerada pela realidade carcerária, dentro e fora desta, vez que a pena, por mais que objetiva a preparar o condenado à vida em liberdade, o ambiente prisional não é coerente com a finalidade desta, propiciando a formação de uma sociedade em que o sujeito não possui motivações de sociedade livre, mas sim, de um ambiente primitivo, agressivo e com limitações físicas e sociais que insistem em persistir ainda após adquirir a liberdade.

A pena privativa de liberdade retira o direito de locomoção do condenado, segregando-o de forma que limite seu convívio com a sociedade por um tempo determinado, assim, as legislações retributivas mais antigas tendiam a estabelecer graus variáveis da pena, diferenciando estes na forma de sua execução. Conforme afirmava Boschi (2011, p. 135): “as penas privativas de liberdade atingem o direito de ir, vir e ficar e impõe o seu confinamento em ambientes de contenção total (penitenciárias) ou parcial (colônias penais e albergues)”.

Ao analisar o tema sob a legislação criminal no Código Penal de 1940, observa-se que este em seu artigo 33 estabeleceu que a pena privativa de liberdade seria o gênero que se dividiria em diferentes espécies, sendo estas a reclusão, detenção, as quais são destinadas à crimes e prisão simples, direcionada à contravenções penais.

Disposto no artigo 33, §1º do Código Penal, existem diferenças entre as espécies de penas privativas de liberdade (não concernentes à execução), mais precisamente entre a reclusão e detenção, em que a primeira é direcionada à punição de delitos de maior gravidade, sendo a segunda com o papel de punir os menos graves, assim, como consequência natural, a pena de reclusão inicia seu cumprimento em regime fechado, sendo este o mais rígido, vez que a detenção tem como início o regime semiaberto, sendo este mais brando (BITENCOURT, 2018, p. 906).

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Por conseguinte, ao ler o *caput* do artigo supracitado, torna-se clara a análise sobre a possibilidade de transferência, no caso de detenção, do cumprimento de pena de um regime semiaberto ou aberto ao regime fechado, caso a efetivação da primeira tenha sido executada de maneira insatisfatória, através da regressão. Também existe a possibilidade de o agente iniciar o cumprimento da pena em um regime mais rigoroso e no fim desta estar cumprindo em um regime mais brando, através da progressão, nos casos de execução satisfatória e positiva.

Durante a maior parte de sua historicidade, não havia sistema carcerário organizado no Brasil, de forma que os locais de prisão serviam de medidas cautelares, como armazenamento de infratores, onde os agentes aguardavam o momento de sua execução, sendo esta sua verdadeira penalidade. Por esta razão, o regime fechado, durante muito tempo, foi sinônimo de um cumprimento em que se imperava a violência e a falta de tratamentos humanizados, não sendo divergente da realidade atual.

3.1 Regime Fechado e Sistema Penitenciário

Após a sentença penal condenatória por uma pena privativa de liberdade, é necessário observar o local em que a pena será cumprida, existindo três tipos de regimes em que o condenado estará sujeito, a depender da gravidade de seu delito e da cominação da sua pena final, vez que o indivíduo estará condicionado à progredir de regime a partir do cumprimento de determinadas regras dispostas no ordenamento criminal.

Dispõe-se aqui, exclusivamente, sobre o estudo das penas privativas de liberdade cumpridas em regime fechado, as quais são definidas pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 87 que: “a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado”. Portanto, delimita-se também à pena privativa de liberdade em suas hipóteses de reclusão, sendo aquela em que o preso já inicia o cumprimento da pena no regime mais rigoroso dentro do estabelecimento carcerário, estando sujeito à progressão futuramente.

O regime fechado se caracteriza como o mais rígido, de forma que o cumprimento de pena pelo condenado ocorre instituição pública de segurança máxima, ou seja, o estabelecimento penitenciário, sendo obrigatório nos casos em que o agente for condenado sob uma pena de reclusão superior a oito anos, dispendo assim o Código Penal em seu artigo 34, §1º, dispendo este que: “o

condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno”.

Embora o condenado fique obrigado a se isolar em período noturno, durante o repouso, é sabido que na prática, essa conduta se trata apenas de uma “mera carta de intenções” da legislação do código brasileiro no que condiz com a elaboração das leis, vez que, com a superpopulação carcerária coexistente em todos os estabelecimentos penitenciários, não se demonstra a possibilidade cabível do isolamento dos condenados durante o repouso noturno (BITENCOURT, 2018, p. 908).

Relata Adorno (1991, p. 7) que a superpopulação carcerária é ainda uma realidade presente na maioria das prisões de regime fechado no Brasil, explicando ainda que:

Não são poucos os indicadores que espelham a precariedade do sistema penitenciário brasileiro. Embora as condições de vida no interior dessas “empresas de reforma moral dos indivíduos” sejam bastante heterogêneas quando consideradas sua inserção nas diferentes regiões do país, traços comuns denotam a má qualidade da vida: superlotação; condições sanitárias rudimentares; alimentação deteriorada; precária assistência médica. Judiciária, social, educacional e profissional; violência incontida permeando as relações entre os presos, entre estes e os agentes de controle institucional e entre os próprios agentes institucionais; arbítrio punitivo incomensurável. (ADORNO, 1991, p. 6-7)

Esta situação apresentada por Adorno já demonstra a impossibilidade do sistema penitenciário implementado na Inglaterra e idealizado por Jeremy Bentham, chamado de Sistema Pensilvânico, o qual defendia o confinamento solitário absoluto do encarcerado. Era conhecido como “regime celular” e foi duramente criticado, vez que o silêncio absoluto e isolamento severo são medidas cruéis capazes de levar o apenado à completa insanidade, conforme dispõe Paiva (2012, p. 163).

Em contraponto, em 1818 surge em Nova York o sistema que não tinha objetivos claros em sua base, predominando apenas a preocupação sobre a obediência do recluso e a exploração de mão de obra carcerária, conhecido este como Sistema Auburniano, diferenciando-se este do sistema adotado na Espanha em 1835, o qual era conhecido como “prisão aberta”, sendo um dos fatores que levou à introdução da liberdade condicional, como explica Paiva (2012).

Adotado pelo Brasil, o Sistema Progressivo levou a pena privativa de liberdade abandonar o sistema celular que fora apresentado pelo Auburniano, estabelecendo uma indeterminação da pena, ou seja, ao condenado estavam sujeitas tarefas e condições que deveriam ser cumpridas, somadas ao bom comportamento e conduta, a fim de que o apenado progredisse de regime, ou seja, “saltasse” de um regime rigoroso para um mais brando.

Embora o atual sistema penitenciário brasileiro apresente a utopia da progressão de regimes, segundo Bitencourt (2018, p. 257-258), sustenta-se ainda a carência de esperança de um regime que se inicia de maneira mais rigorosa, alimentando a ilusão de prover mudanças que realmente sejam eficazes ou “efetivamente automáticas”, conforme relata o autor.

A crise do regime progressivo levou a uma profunda transformação dos sistemas carcerários. Essa transformação realiza-se através de duas vertentes: por um lado a individualização penitenciária (individualização científica), e, por outro, a pretensão de que o regime penitenciário permita uma vida em comum mais racional e humana, como, por exemplo, estimulando-se o regime aberto. (BITENCOURT, 2018, p. 257).

É possível observar uma maior consciência moral e sensibilidade social no que cerne os direitos e dignidade do ser humano, mesmo que ainda exista um longo caminho a ser trilhado, de forma a não se ignorar os problemas apresentados pelo cárcere em sua estrutura e relações sociais como um todo. O ambiente de crescimento da sensibilização humanitária da comunidade tem questionado sobre qual o sentido prático e teórico das penas privativas de liberdade, o que contribuiu sobre o debate da crise dessa espécie de sanção (BITENCOURT, 2018, p. 258).

A crise se volta à carência de práticas que coloquem o ser humano como prioridade, ou seja, o indivíduo em cumprimento da pena privativa de liberdade deverá ser objeto primordial sobre os cuidados ao quais devem ser direcionados pela administração carcerária, visto que suas prerrogativas à saúde e vida são de total responsabilidade estatal, mesmo que o Estado apresente condutas omissivas perante esta problemática dentro do encarceramento em massa resultante da falha do sistema sobre sua finalidade, bem como a ausência de assistência e atendimento às necessidades do preso.

3.2 Penas Alternativas à Privativa de Liberdade

As penas alternativas são consideradas como formas de sanções modernas, vez que os próprios reformadores, como Beccaria e Bentham, não possuíam conhecimento sobre elas, segundo menciona Bitencourt (2018), o qual dispõe ainda que o sistema penal e sua reformulação surgiu de uma necessidade inadiável, tendo seu início na luta contra as penas curtas privativas de liberdade, propondo a substituição destas por recursos mais cabíveis aos casos em questão.

O conceito se difere do sentido de medidas alternativas, vez que estas se limitam a institutos proferidos anteriormente à condenação do réu, a fim de evitar o encarceramento, porém, as penas alternativas se encontram no viés de uma sanção criminal que não implique diretamente na condenação sob a privação de liberdade do indivíduo, ou seja, só é possível punir o réu com pena alternativa após a instrução probatória, havendo uma condenação através do sentenciamento do juiz por uma pena privativa de liberdade que será, na mesma condenação, convertida judicialmente por uma das espécies de penas alternativas positivadas no Código Penal brasileiro (LASCIO e TELLES, 2008, s.p.).

Estas modalidades punitivas apresentam caráter autônomo pela possibilidade de serem aplicadas isoladamente ou em hipótese de substituição sobre a pena privativa de liberdade. Esta

prerrogativa nasceu com a Reforma Penal de 1984, dado que anteriormente a esta, as penas restritivas e pecuniárias eram aplicadas cumulativamente ao cerceamento de liberdade.

3.2.1 Pena restritiva de direito e pena de multa

A inserção das Penas Restritivas de Direito no Código Penal “apresentou um grande avanço no sentido da política criminal contemporânea” (ZAFFARONI, 2006, p. 671), com o propósito de evitar que exista uma imposição desnecessária de uma pena mais rigorosa ao condenado nas situações indicadas na legislação, sendo cabíveis a agentes caracterizados subjetivamente por condições favoráveis, condenados por infrações de menor grau delituoso, ou seja, gravidade reduzida, buscando que a pena privativa de liberdade seja aplicada em situações excepcionais, visto que ao invés de combater a delinquência, muitas vezes a estimula, em razão da abertura aos vícios e degradações morais (MASSON, 2017, p. 825).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal confere o posicionamento de que:

As penas restritivas de direitos são, em sua essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel. (STF, 2010, s.p.).

Se a pena é considerada um mal necessário, é preciso que o Estado Social e Democrático de Direito busque aquela que se caracterize como suficiente para a proteção dos bens jurídicos essenciais, mas que em contrapartida, não faça com que haja a efetivação de maneira a atingir brutalmente a dignidade da pessoa humana, de forma que o Direito Penal, siga com suas raízes iluministas e princípio da proporcionalidade, como defende Greco (2017, p. 682).

As penas alternativas assentam-se na ideia de que os autores de fatos típicos de baixa impactação social devem permanecer em regime de liberdade, de modo a não sofrerem os efeitos danosos do confinamento das penitenciárias superlotadas, promíscuas, desumanas. (BOSCHI, 2011, p. 316).

A partir do momento em que se restringe apenas determinados direitos do condenado, proporciona a ele que se mantenha seu convívio familiar e sua inclusão com a sociedade, visto que não existe a necessidade dele abandonar suas atividades laborativas, assim, pode existir uma considerável redução das taxas de reincidência, visto que “as penas restritivas de direito, assim, podem ser a saída para a solução dos problemas do agonizante e caótico sistema penitenciário, embora se saiba que elas isoladamente não asseguram a solução se todos os problemas” (BOSCHI, 2011, p. 316), de modo que, a plena restrição de seus direitos aplicada no lugar de uma pena que prive a liberdade do indivíduo tem como objetivo proteger a dignidade humana do apenado, da

mesma forma que se pode observar em outras espécies de penas alternativas, como é o caso da pena de multa.

A Pena de Multa é aplicada também à crimes de menor potencial ofensivo, sendo uma alternativa à privação de liberdade, que, segundo Greco (2017), atende às necessidades apresentadas atualmente pela descarcerização, de forma que pune o autor da infração cometida a partir do pagamento de um valor a ser determinado judicialmente, devendo o *quantum* obedecer os limites que dispõe a legislação criminal. Definindo assim:

A pena de multa constitui uma modalidade de pena pecuniária imposta pelo Estado às pessoas condenadas pela prática de infrações penais. Trata-se de uma retribuição não correspondente ao valor do dano causado, considerada como sanção de natureza patrimonial, por representar pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória. (BRAGA, 1997, p. 18 apud GRECO, 2017, p. 700). (grifo nosso).

Torna-se válido evidenciar que a pena de multa pode ser prevista como punição única, conforme positivado na Lei de Contravenções Penais, cominada de maneira cumulativa com outras sanções ou mesmo de forma alternada. Quando exclusiva, sua aplicação é obrigatória, de forma que atualmente atende às necessidades da descarcerização ao punir o autor da contravenção com o ressarcimento de valor pecuniário que deverá obedecer os limites penais, através da aplicação do cálculo do número de dias-multa na sanção pecuniária (MASSON, 2017, p. 859).

As penas alternativas à privativa de liberdade são uma forma de tentar esgotar as tentativas e possibilidades de ressocialização das formas de punições, introduzindo políticas de penas que serão aplicadas no lugar de ambientes opressores, rígidos, onde não apresentam oportunidades de tratamentos sociais humanizados, como encontram-se nas penas privativas de liberdade no sistema carcerário, principalmente em regime fechado, sendo é incabível e inviável a ressocialização ou o desenvolvimento do encarcerado como próprio indivíduo integrado em sociedade comum e humana, em razão da violência e tratamento desumano e degradante vivenciado nestes locais.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A HUMANIZAÇÃO DA PENA

Posicionada indiscutivelmente no núcleo central do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é direito fundamental consagrada na ordem internacional, com valores expressos na Constituição Federal brasileira em diversos incisos do artigo 5º, apresentando certa impossibilidade no que condiz firmar um conceito jurídico bastante ao seu conteúdo, pois, como seria possível discorrer sobre a conceituação do princípio da dignidade, sem antes tratar a respeito do direito de personalidade civil?

Resgata-se assim, o artigo 11 do Código Civil brasileiro, o qual estabelece que: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e

irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária'. Ou seja, são eles os direitos inerentes e inatos à pessoa humana, que, segundo Rodrigues (2003, p. 61) é “o direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem, e àquilo que ele crê ser sua honra”, saindo, portanto, de uma órbita patrimonial.

Retornando à sistemática da conceituação da dignidade humana e qual a sua ligação com os direitos de personalidade acima tratados, Sarlet (2007, p. 366) ilustra “[...] que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado [...]”. De modo que realiza uma conexão direta ao direito de personalidade do Código Civil, pois este é caracterizado como um direito inerente ao homem, enquanto a dignidade é atributo inato e irrenunciável, de forma a ser inalienável, tal qual a personalidade que não descreve os liames patrimoniais do direito.

Segundo nos parece, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui dois prismas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades vitais básicas [...]. Inexiste dignidade se a pessoa humana não dispuser de condições básicas de vivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado. (NUCCI, 2020, p. 60). (grifo nosso)

Destarte, adentrando sob o viés penal, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ressalva que a forma punitiva estatal não pode ter um caráter de vingança, de modo a alterar, portanto, a sensibilidade coletiva da comunidade, tendo em vista finalidades divergentes em relação à execução penal, como a retribuição e prevenção dos delitos, além da ressocialização do condenado, deixando no passado punições que visavam a dor e tortura deste. Com o advento do século das luzes, desenvolveu-se o movimento iluminista, o qual tirou o foco das discussões religiosas e colocou o ser humano como figura central (PAIVA, 2012, p. 20).

Nesse período encontramos o apogeu da filosofia de Immanuel Kant, o qual influenciou Ingo Sarlet sobre a conceituação de dignidade da pessoa humana quando definia que o homem é um fim em si mesmo e não um mero objeto, sendo esta a razão pela qual possui seu direito inerente à dignidade ou seja, motivo em que o apenado deverá ser tratado como pessoa e não apenas como “coisa”, resguardando-se seus direitos e valores intrínsecos como a integridade física, moral e psíquica, portanto, o homem não deve ser utilizado como meio para se realizar uma vontade, mas tratar a humanidade como fim, vez que ela impõe limite à liberdade de agir de todos os homens (KANT, 1964, p. 28 apud SANTANA, 2011, p. 4).

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida

saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2015, ebook). (grifo nosso).

Por conseguinte, torna-se claro que o nascimento e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana é decorrente diante séculos de processos de luta, considerando que o homem adquiriu seu valor e dignidade como direito fundamental de maneira a ser incabível e inaceitável o seu retrocesso (PAIVA, 2012, p.15-16).

Nucci (2020, p. 60) compreende que para seguir o raciocínio da irretroatividade da dignidade, é necessário ser fiel aos direitos e garantias individuais, sendo o princípio a base do Estado Democrático de Direito, de forma a não caber contrariedades, nem ser excluído do contexto processual penal.

Está incluso neste patamar, portanto, o condenado à pena privativa de liberdade, tencionando-se ao não retrocesso dos séculos de execução desumana das espécies de sanções, mesmo que ainda existem situações em que a dignidade é colocada em prova no Brasil, mais precisamente nas relações carcerárias entre aquele que está cumprindo a pena e o representante estatal, sendo possível dizer que a luta pelo progresso da dignidade humana não encontra seu fim enquanto persistirem situações em que ela ainda é denegada ao indivíduo.

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. (SALDARRIAGA, 1993, p.33 apud BITENCOURT, 2018, p. 97). (grifo nosso).

Em corolário a esta ideia, Bitencourt (2018, p. 98) reitera que a abolição de penas cruéis e difamantes, tal como a tortura e maus tratos e a obrigação imposta à organização estatal de prover sua infraestrutura carcerária de recursos que visem impedir a degradação e a dessocialização dos condenados, se encontram em consonância ao princípio da humanidade, seguindo a mesma lógica do pensamento de que o “princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo.” (BARROSO, 2001, p. 40).

Quando o assunto da dignidade é tratado sobre os preceitos dos direitos dos hipossuficientes e minorias, como as pessoas com deficiências, existe uma fácil aceitação social, inclusive há uma comunicabilidade viável sobre o assunto na sociedade, porém quando voltado ao viés da proteção da dignidade do apenado, o acolhimento da sociedade é quase que inexistente, não abordando aqui sobre a impunidade daquele no delito cometido, mas sim sobre o tratamento por ele recebido dentro das unidades penitenciárias, desprovidas de preparo e estrutura física e em seu próprio seio de relações inter pessoais com o preso.

[...] o senso comum deseja se livrar do preso; tirá-lo de sua vida, pouco importando se ele

está sendo vítima de maus tratos e condições degradantes na penitenciária mais próxima. Ocorre que entender a dignidade humana como direito de todos, inclusive do apenado, não é apenas um mero idealismo. Trata-se de cumprir normas de direito fundamental e normas infraconstitucionais do direito interno, além de normas de direito internacional de direitos humanos. São normas cogentes, em que não há o menor espaço à discricionariedade estatal – cabe apenas ao Estado cumpri-las. (PAIVA, 2012, p. 15).

Neste liame, Andrade (2008, p. 6) descreve que “o outro pilar da dignidade é a liberdade. É a liberdade, em sua concepção mais ampla, que permite ao homem exercer plenamente os seus direitos existenciais”. Tal concepção abrange o apenado de maneira a reiterar que o cárcere limita suas ações físicas e psíquicas, de forma que “a censura constitui um grave ataque à dignidade humana” como afirma Andrade, além da própria violência às limitações já existentes dos apenados e que ainda não são respeitadas.

Portanto, é válido nos questionarmos sobre como se encontram as necessidades básicas de um preso com capacidades reduzidas ou limitadas, como no caso de um deficiente físico dentro do ambiente penitenciário? Sua liberdade é privada por duas vezes, mas é atacada por muito mais, vez que dentro do cárcere torna-se praticamente impossível o deficiente praticar seus direitos existenciais de maneira plena e eficaz.

Em contraponto sobre o desrespeito aos direitos básicos dos estabelecimentos prisionais, Sá Neto e Calegari (2015) abordam que a Lei de Execução se apresenta de maneira inovadora quando assegura ao preso condenado ou provisório o respeito a sua condição de ser humano, ou seja, concedendo a ele uma titularidade de direitos que não poderiam ser desconsideradas.

A Lei nº 7.210 trouxe em seu artigo 3º que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”, direitos estes assegurados constitucionalmente, ou seja, direito à integridade física e moral, à igualdade e, principalmente, à vida (não apenas no sentido de estar sobreviver e existir por si, mas sim de viver, usufruir e gozar de dignidade inerente ao ser humano).

O Estado Democrático de Direito elenca como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88). Portanto, o homem deve ser a medida primeira para a tutela do Estado, alcançando ainda maior destaque no Direito Penal, onde o condenado será encarcerado como sujeito de direitos, e deverá manter todos os seus direitos fundamentais que não forem lesados pela perda da liberdade em caso de pena privativa. Note-se que a pena é privativa da liberdade, e não da dignidade, respeito e outros direitos à pessoa humana. (SHECAIRA e CORRÊA, 1995, p. 31 apud MARTINS, 2014, p. 34). (grifo nosso).

Efetivamente, estamos tratando aqui da incompatibilidade trazida por Bitencourt (1999, p. 11), o qual explica que um Estado que se diga ser Democrático de Direito não condiz não um Direito Penal funcional que não se atente às liberdades e garantias fundamentais do cidadão. Dessa forma, compreende-se que a Lei de Execução Penal não realiza seu papel garantista pela qual foi proposta, vez que os indivíduos que se encontram cumprindo pena em estabelecimento prisional

ainda não possuem seus direitos básicos atendidos.

O sentido de humanizar a pena retratado neste trabalho se envolve dentro da perspectiva da privativa de liberdade e suas relações diretas entre o indivíduo em cumprimento de pena e o representante estatal, tal como o apenado e o Estado sobre a própria estrutura do estabelecimento prisional oferecido, observando suas omissões nos cuidados básicos de necessidades quanto à sobrevivência.

Tanto buscou a lei pelos meios de ressocializar o indivíduo pós o cumprimento da pena, que ao final não atingiu o objetivo proposto, perdendo por não se atentar às reais necessidades do preso, causando uma “socialização na cultura carcerária, que só aumenta as chances de reincidência criminal”, explica Miguel (2013, p.7), a qual também descreve que o descaso com o indivíduo encarcerado não se limita ao aumento da reincidência como resposta ao falho sistema de ressocialização, como também o tratamento dado ao apenado é “passível de ser considerado desumano”.

A exposição de Lorena Miguel supracitada traz à tona o questionamento realizado anteriormente: o preso em cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado realmente tem suas prerrogativas da dignidade humana garantidas?

Ademais, as más condições existentes no ambiente prisional são consequências da negligência estatal sobre direitos básicos vitais daqueles que se encontram sob sua tutela, os quais se encontram em ambientes desumanizados pela carência de assistência médica, superlotação das celas, insalubridade pela falta de higiene e relações sociais comprometidas pelas violências físicas.

Por conseguinte, o contexto social e estrutural penitenciário apresenta urgência nos moldes consoantes ao tratamento e aplicação das penas privativas de liberdade aos presos, tal como prover condições suficientes aos cuidados destes, a fim de que não haja sua dignidade privada, neste sentido, importante é constatar a carência de políticas públicas para a efetivação das prerrogativas fundamentais consoantes ao tratamento do encarcerado como ser humano, já que assim o é.

5 CONCLUSÃO

O processo histórico punitivo brasileiro é marcado pelo rigor das penas corporais dos suplícios em praças públicas, vez que a privação de liberdade era como uma medida cautelar que assegurava o cumprimento da pena final do condenado, sendo a sua execução. Atualmente, a pena privativa de liberdade é o principal meio de cumprimento da condenação, ou seja, ela é a própria pena final, não sendo mais um meio.

É certo que o Estado, a partir do momento em que o indivíduo se encontra recluso dentro de um estabelecimento público prisional, se torna responsável pela vida deste, portanto, tem o dever

de prover uma vida digna e com os devidas necessidades atendidas para que sua pena seja cumprida de maneira eficaz e com seus devidos direitos fundamentais garantidos e efetivados.

Evidencia-se no presente estudo que a Lei de Execução Penal pela qual foi proposta não se encontra em conformidade com seus objetivos, sendo estes prover os cuidados básicos ao encarcerado em unidade de sistema prisional, de forma a se observar o descaso nos cuidados com os reclusos no que tange, principalmente, à saúde, alimentação, higiene básica e violência. O cárcere prevalece em sua essência pela carência de recursos para assegurar ao preso uma vida digna, como a própria falta de funcionários representantes estatais preparados para lidar e tratar diretamente para com os presos, como se observa nos vários casos de agressões físicas e verbais.

Por fim, o princípio da humanidade e dignidade da pessoa humana flutua sobre as áreas de interesses, não atingindo aqueles reclusos, pois a sociedade considera que estes são indignos de receberem cuidados básicos e fundamentais para a própria sobrevivência. Destarte, reafirma-se que a pena cumprida pelo condenado é a que priva a sua liberdade, mas não a sua dignidade e direitos de vida decente, sendo dever do Estado prover que tais garantias sejam efetivadas, pois a lei não se garante em seu texto normativo.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios. **Revista USP**, São Paulo, n. 9, p. 65-78, maio 1991.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. **Banco do Conhecimento do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. Acesso em: 17 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 11-47, n. 15, 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 24 ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, vol. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Pena de prisão perpétua**, In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL “O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA”, 1999, Brasília, DF.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5 ed. Porto Alegre:

Livraria do Advogado Editora, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2020. **Código civil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus. Tráfico de Drogas. Habeas-corpus nº 97.256.

Relator: Ministro Ayres Britto. 1 de setembro de 2010, Rio Grande do Sul. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em: 18 jun. 2020.

CAMPOS, Júlia de Renor Oliveira. **A ilusão da função ressocializadora da pena privativa de liberdade**: uma análise à luz do sistema penal brasileiro. 2014. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**: parte general. 8 ed. revisada y posta al día. Valencia: Tirant lo Branch, 2010.

LASCIO, Andrelize Guaita di; TELLES, Thiago da Nova. Alternativas às penas privativas de

liberdade. **Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, set. 2008. Disponível em:

<http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-510.html#:~:text=No%20vigente%20direito%20positivo%20brasileiro,o%20juiz%20converteu%20essa%20pena>. Acesso em: 18 jun. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 27 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 19 ed. rev., ampl., e atual. Niterói: Impetus, 2017, vol. 1.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral. 11 ed., rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, vol. 1.

MARTINS, Fernanda Rocha. **As funções da pena e o sistema penitenciário brasileiro**: em busca de novas alternativas. 2014. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie.

MIGUEL, Lorena Marina dos Santos. A norma jurídica e a realidade do sistema carcerário brasileiro. **Revista Habitus**, Revista Eletrônica da Graduação em Ciências Sociais – IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v. 11, p. 49-64, jun. 2013.

MONTEIRO, Brenda Camila de Souza. A lei de execução penal e o seu caráter ressocializador. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, out. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-153/a-lei-de-execucao-penal-e-o-seu-carater-ressocializador/>. Acesso em: 17 maio 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**. 4 ed., rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. A origem e história das penas: o surgimento das penas privativas de liberdade. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, dez. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-origem-e-historia-das-penas-o-surgimento-da-pena-privativa-de-liberdade/>. Acesso em: 17 maio 2020.

PAIVA, Uliana Lemos de. **A materialização do princípio da dignidade da pessoa humana e o cumprimento das penas privativas de liberdade**. 2012. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

PEREIRA, Katiele Ariana. **A humanização da pena e as penas alternativas: uma (possível?) solução para o cenário punitivo brasileiro atual**. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2017.

RIBEIRO JUNIOR, Eurípedes Clementino. A história e a evolução do Direito Penal brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, nov. 2009. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/18780/a-historia-e-a-evolucao-do-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 17 maio 2020.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: parte geral**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de; CALEGARI, Cassiano. **A humanização da execução da pena privativa de liberdade**. 1 ed. Erechim: Editora Deviant, 2016

SANTANA, Nathália Macêdo de. O princípio da dignidade humana e sua relação com o direito penal. **Revista de Direito UNIFACS**. Revista do Curso de Direito da Universidade Salvador. Salvador, n. 127, jan. 2001. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1387/1074>. Acesso em: 17 maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Revista do Programa de Pós Graduação “Lato Sensu” em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional. São Paulo, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**. 8 ed. rev., e atual. – Editora Revista dos Tribunais, 2006, vol. 1.

A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO JUDICIAL NOS CASOS DE DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Renan Cauê Miranda PUGLIESI¹
Beatriz Casagrande FORTUNATO²

RESUMO

O processo judicial é o mecanismo de garantia da paz social, ocorre que quando analisados os casos de autos cujo objeto é o direito à saúde, ou sua efetivação, verifica-se o fenômeno da judicialização da saúde e, conseqüentemente, a utilização do acesso à justiça para a conquista da prestação almejada, de forma mais rápida do que caso se estivesse nos trâmites do Sistema Único de Saúde. Com efeito, o presente trabalho evidencia a importância do processo judicial, como uma lição na qual haverá uma solução à pretensão resistida, bem assim, a que o Poder Público pode fazer mais pelo direito à saúde em prol da coletividade como um todo, e não apenas para aqueles que buscam o Poder Judiciário, para tanto, este trabalho se desenvolve seguindo as diretrizes do método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Único de Saúde. Orçamento Público. Judicialização da saúde. Ponderação.

ABSTRACT

The judicial process is the mechanism of guarantee the social peace, it occurs that when analyzed the case files whose object is the right to health, or its effectiveness, the phenomenon of the judicialization of health and, consequently, the use of access to justice for the achievement of the desired benefit, faster than if it were in the process of the Brazilian Unified Health System. In fact, the present work highlights the value of the judicial process, as a dispute in which there will be a solution to the resisted claim, well, that the Public Power can do more for the right to health in favor of the community as a whole, and not only for those who seek the Judiciary, for this, this work is developed following the guidelines of the deductive method.

KEYWORDS: Unified Health System. Public Budget. Judicialization of health. The Weight Formula.

INTRODUÇÃO

A justiça na sociedade contemporânea vem passando por diversas conceituações, sendo pacífico que é impossível falar de justiça sem tratar de direitos e garantias, posto que eles pautam e delimitam o espaço humano e social de convivência, sendo pressupostos intrínsecos da vida em sociedade.

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2014) e mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2020), atuando principalmente nos seguintes temas: justiça restaurativa, método APAC. poder judiciário, democracia, crise democrática, ações afirmativas, dentre outras.

2 Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista pela CAPES/Fundação Araucária. Graduada em Direito pela Univem - Centro Universitário Eurípedes de Marília; participante do programa de Iniciação Científica desta mesma IES. Membro do grupo de pesquisa AJUDPRO (Univem) e do Grupo de Pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil (UENP). Já foi estagiária da 1ª Vara Federal da 11ª Subseção Judiciária da Justiça Federal em Marília, SP, e da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo ? Regional de Marília.

Nesta esteira, tem-se que alguns direitos ganham destaque, pois imprescindíveis à garantia da vida com um mínimo de dignidade, motivo pelo qual são tidos por *fundamentais*. É esse o caso do direito à saúde, que não apenas guarda sua natureza fundamental, mas se constitui como um direito social, possuindo incindível relação com a vida, a dignidade e outros direitos.

Entretanto, muitos desses direitos não saem do plano da abstração para a maioria da população, consubstanciando textos normativos que não passam de letras vazias. Assim, com o fim de concretizá-los, inclusive o direito à saúde, são instituídas políticas públicas, as quais precisam ser organizadas, eficientes e eficazes para cumprirem com sua finalidade.

A criação e organização das políticas públicas é realizada pelos Poderes Executivo e Legislativo, de forma que o Poder Judiciário é geralmente acionado diante da sua ineficiência e ineficácia em garantir os direitos a que se propõem, ocasionando o que se convencionou chamar de *judicialização da saúde*.

Desta feita, no tocante ao direito à saúde, apesar da existência de políticas públicas, são muitas a lides geradas em busca de respostas e garantias pelo Judiciário, cujas decisões não apresentam linearidade, uniformidade e proporcionalidade quando avaliadas em conjunto ou sistematicamente.

Logo, ante esta problemática, o presente trabalho busca verificar se o processo judicial vem cumprindo os fins a que se destina nos casos de direito à saúde e se, portanto, seria ele o caminho para solucionar o problema da ineficácia das políticas públicas existentes, realizando tal análise a partir do método hipotético-dedutivo e das técnicas de coleta de dados bibliográficos, documentais e via *internet*.

1 O DIREITO À SAÚDE

Nos dias atuais, em sociedades nas quais o Direito ganha cada vez mais importância, chamado para regular um número quase infinito de interações sociais, ganha destaque a busca incessante pela concretização da dignidade da pessoa humana, sendo esta compreendida, na linha de Jorge Miranda (2008, p. 197), como verdadeiro fundamento ético de todos os demais direitos, liberdades e garantias. Tem-se uma relação intrínseca e inafastável entre a natureza humana e a essência do que se entende por dignidade – na linha do que já teorizava Kant (2007, *passim*).

Nessa linha de intelecção, inegável que o direito à saúde se destaca como um dos principais, caso se pretenda a garantia de uma vida digna. Não à toa se consolida a compreensão – algo que se dá de forma institucionalizada através da Constituição Federal de 1988 – de que este direito é fundamental e social, que deve ser garantido a toda a coletividade, indistintamente – o que implica em se pensar, necessariamente e por consequência, numa dimensão de igualdade que se

atrela como pressuposto para se acolher uma concepção de justiça social que se materializa no direito em comento.

Afinal, referido direito, com sua marca essencialmente social, tem como matriz histórica o Estado Social, no qual, além dos já proclamados direitos liberais, buscava-se concretizar e sedimentar direitos a favor da coletividade, a fim de promover a igualdade liberal (SERRANO, 2012, p. 45-46). Ou seja, a igualdade trazida durante a chamada *segunda dimensão de direitos humanos* nada mais fazia que garantir a igualdade trazida pelos liberais, mas não apenas a igualdade formal, perante a lei, senão em seu viés material ou substancial.

Desta feita, conclui Mônica de Almeida Serrano (2012, p. 91) que:

O direito à saúde está, indubitavelmente, situado no marco dos direitos sociais, também denominados de direitos fundamentais da segunda geração, que são congênitos ao Estado do Bem-Estar Social, cuja ideação, emergente na primeira metade do século passado, teve como característica a negativa das premissas do individualismo liberal.

Não obstante a isso, o direito à saúde traz consigo uma carga histórica, comum a todos os direitos humanos, qual seja, ser fruto da luta de homens e mulheres por melhores condições de vida, uma construção histórica marcada pelo sacrifício de muitos, de sorte que sua consagração atual não deve desconsiderar tal caráter de luta e conquista, como forma, inclusive, de justificar a busca pela aplicação eficaz e justa desse direito tão essencial à vida digna.

Nesta esteira, constitucionalmente, o direito à saúde surge como um direito social: “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, consoante o disposto no artigo 196 do texto constitucional.

A saúde é definida, segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946, como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS/WHO, s.d, s.p.). Destarte, ter direito à saúde relaciona-se à manutenção da vida, tendo por pressuposto uma existência digna, não se tratando a saúde apenas da ausência de patologias, mas sim do completo bem-estar humano, ou seja, a garantia a todo ser humano de usufruir de adequadas e dignas condições de vida nos mais variados aspectos (física, psicológica, sexual, etc).

Além disso, insta ressaltar que o direito à saúde é entendido como um direito de defesa, uma vez que impede intervenções irregulares pelo Estado e/ou terceiros na vida do seu titular, mas também determina que o Estado realize políticas públicas para sua efetivação em favor da população, no tocante “a toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde” (SARLET, 2007, p. 8).

Logo, ante o caráter essencial do direito à saúde, e em busca de sua efetivação, é possível exigir do Estado que cumpra seu dever não apenas de abstenção, ou seja, deixando de atuar de qualquer modo que possa violar tal direito, mas também de concretização do direito, em ações positivas com o fim de dar efetividade, algo que pode se dar, entre outras formas, através de políticas públicas.

Nesse ínterim, ganha destaque o Sistema Único de Saúde (SUS), como instituição que detém a atribuição constitucional de zelar e fornecer instrumentos garantidores do direito à saúde, com ampla competência de controle, fiscalização, execução e participação em medidas relacionadas a este direito, de acordo com o artigo 200 da Constituição Cidadã.

Isso porque, a importância do SUS não consiste apenas no fornecimento de medicamentos, cirurgias, tratamentos de saúde preventivos que diminuem o risco de patologias, mas, antes, simboliza o acolhimento por parte do Estado do seu dever constitucional perante a população, com a prestação de um serviço público em favor da garantia de um direito fundamental social, direito à saúde.

Nesse sentido, é inegável a importância de um Poder Público atuante, prestando assistência à população e proporcionando o acesso à saúde através da disponibilização de serviço público especializado, entendido este como um “instrumento concretizador dos direitos fundamentais do ser humano, a proporcionar vida digna, proclamada pela ordem constitucional como um dos elementos fundantes do Estado Democrático de Direito” (SERRANO, 2012, p. 90).

Nesse sentido, a universalidade enquanto diretriz do direito à saúde e do implicam:

A universalidade da cobertura, também conhecida como universalidade objetiva, é aquela que visa a uma total cobertura das ações e dos serviços de saúde. Ela é relacionada, desta forma, com a proteção de todos os riscos sociais relativos à saúde da população. Por sua vez, a universalidade do atendimento, ou universalidade subjetiva, tem relação direta com os destinatários do direito à saúde, ou seja, quais pessoas serão atendidas quando tiverem qualquer contingência sanitária. A universalidade do atendimento visa a estabelecer um sistema de saúde igualitário, sem qualquer discriminação quanto aos sujeitos detentores do direito à saúde (CUNHA, 2019, p. 172).

Com efeito, a cobertura de saúde deve ser para todos de forma ampla e irrestrita no que tange a ações e serviços, inclusive eventuais riscos, bem como a sua destinação, uma vez que toda pessoa é detentora do direito à saúde, porém seu atendimento dar-se-á nos casos de prevenção, proteção e recuperação, como nas vacinações, medicamentos, cirurgias e os variados tipos de tratamento.

Para tanto, é preciso “determinar prioridades na alocação de recursos públicos em saúde depende de estudos acerca de quais seriam as doenças prioritárias, o que significa decidir que os serviços sanitários escolhidos para seu tratamento e prevenção serão considerados prioritários em face de outros” (BARCELLOS *et al.*, 2017, p. 460).

Por isso a importância também da seletividade pelo gestor público a fim de escolher as contingências mais necessárias de serem combatidas e tratadas no momento, considerando seus riscos, e a distributividade, no sentido de, haja vista o direito não poder ser concretizado para todos, que ele seja restrito a determinada parcela da população, entendida como necessitada pelo gestor público, na forma de prestação de serviços (CUNHA, 2019, p. 173-174).

Não obstante o SUS não se resume à concessão de medicamentos e tratamentos, tal questão ganha grande relevo, carecendo de análise mais cautelosa. De fato, existem políticas públicas delineadas pelo Estado, no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde), sendo uma delas atinente a uma lista de medicamentos denominada Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), a qual serve de base para o tratamento das principais enfermidades que acometem a população, havendo, contudo, no tocante às doenças mais raras, lista de medicamentos definida no Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional (VIEIRA, 2008, p. 36).

Há que se constatar que a averiguação de um medicamento para inclusão em uma lista de fornecimento pelas políticas públicas relacionadas ao Sistema Único de Saúde passa por alguns critérios, conforme rememora a doutrina:

Quando um medicamento é incorporado ao SUS, o que acontece imediatamente é a massificação de seu uso; os seus potenciais usuários são milhões de brasileiros. Nessa perspectiva, a responsabilidade do Poder Público se amplifica. É preciso sob os desígnios da Constituição Federal e das diretrizes do sistema ofertar à população os medicamentos mais seguros (que sabidamente não provocam danos), eficazes (fazem o que se propõem a fazer), efetivos (fazem o que se propõem a fazer quando utilizados pelas pessoas em condições reais e não em grupos homogêneos que constituem os grupos de pessoas dos ensaios clínicos) e custo-efetivos (entre as alternativas disponíveis, faz o que se propõe a fazer para as pessoas em condições reais, ao menor custo), (VIEIRA, 2008, p. 368).

Embora a Constituição pregue o amplo acesso à saúde, isso não pode se dar sem parâmetros ou limites, algo que apenas ocorreria se os recursos estatais oriundos, em última análise, da própria população fossem inesgotáveis, situação que não condiz com a realidade. Todo direito fundamental, independentemente de sua natureza predominante (direito positivo, implicando numa abstenção, ou positivo, numa prestação) gera um custo (SARLET, 2012, p. 285), o qual é distribuído por toda a sociedade, o que não deve ser olvidado tanto por aqueles que elaboram e executam as políticas públicas, como por aqueles que se valem delas para o exercício de seus direitos.

Então, diante de políticas públicas delineadas e delimitadas pelo Poder Público, organizadas pelo SUS, não é possível ignorar tais aspectos, bem como as limitações que, diante do contexto vivenciado pelas sociedades capitalistas, devem existir. Há clara impossibilidade de se relevar esta dimensão intrínseca que circunda as políticas públicas de saúde, em casos de conflitos oriundos da solicitação de medicamentos, tratamentos, cirurgias e insumos pela população, “sob

pena de gerar uma interpretação que fere a lógica do sistema, não podendo integrá-lo validamente” (WERNER, 2008, p. 100).

Em tons de síntese, tem-se que o direito à saúde é um direito fundamental e social, garantido pela Constituição Federal, que depende de efetivação pelo Poder Público. Para tanto, há o Sistema Único de Saúde (SUS), cuidando de forma ampla desse direito. Diante desta realidade, e levando em consideração que os serviços prestados e fornecidos pelo Poder Público são imperfeitos e falíveis, cumpre analisar os conflitos judiciais de saúde sobre um olhar não apenas de hipossuficiência, mas de forma sistemática, para que o estudo seja validado sob a lógica de um discurso que não se limita a analisar apenas um prisma, mas que busca, através de uma visão global, alcançar uma resposta que se pretenda eficaz diante de todo sistema, incluindo-se, portanto, as problemáticas envolvendo os Poderes Executivo, Legislativo e, principalmente, Judiciário.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

A realidade da saúde pública brasileira é caótica, isso porque, são muitas as solicitações por medicamentos, tratamentos, cirurgias, insumos, dentre outros, ante o Poder Público, algo que tem refletido em um número cada vez maior de pretensões levadas a juízo, algumas diante da inefetividade das políticas públicas de fornecimento, e outras diante das mais variadas situações não padronizadas e não aceitas em termos científicos pelo SUS.

À vista disso, são inúmeras as demandas judiciais ajuizadas para a concessão de medicamentos, tratamentos, etc., com respaldo na defesa e concretização do direito à saúde, almejando a intervenção do Poder Judiciário para que conceda a medida que o Poder Público, enquanto Administração, não se prestou a fornecer, situação esta que se materializa em fenômeno denominado judicialização da saúde.

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 – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2012, p. 24).

A judicialização da saúde leva a inferir que os Poderes Executivo e Legislativo não vêm desempenhando adequadamente seus papéis constitucionais, ou seja, atuando de forma a garantir o adequado acesso à saúde, tanto na criação, quanto na efetivação das políticas públicas. As demandas judiciais demonstram a falta de fornecimento de medicamentos básicos, de medicamentos de alto custo e solicitações de medicamentos e tratamentos não padronizados e não aceitos cientificamente pelo SUS, recaindo ao Judiciário, ante as previsões existente e, principalmente, diante dos

mandamentos constitucionais, oferecer uma resposta adequada ao cidadão.

A realidade, contudo, evidencia uma falta de padronização das decisões, em que muitas vezes há a concessão, inclusive liminarmente, do direito, ainda que a *ratio decidendi* não se amolde à lei e demais regulamentações. Tem-se, em verdade, um predomínio de decisões extravagantes ou emocionais, em muitos casos condenando a Administração Pública a fornecer tratamentos irrazoáveis, pois inacessíveis, não essenciais (experimentais, de eficácia duvidosa, ou terapias alternativas), onerando em demasia o ente estatal. Além disso, não existe um critério comum acerca de qual entidade estatal será responsável, de modo que os processos acarretam a “superposição de esforços e defesas” de entidades federativas e servidores públicos, e ainda, implicam em “gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação funcional”, assevera Luís Roberto Barroso (2009, p. 35).

Embora o novo Código de Processo Civil traga uma forte e louvável tentativa de respeito aos precedentes, visando dar maior segurança jurídica e estabilidade às decisões, o que se vê, na prática, é que as peculiaridades de cada caso – já que as doenças e tratamentos correspondentes são extremamente numerosos – abrem espaço para que o juiz interprete e decida com certa liberdade e desvinculação, algo que se agrava quando se dá em sede liminar, diante da cognição sumária imprimida.

Esse expediente abre margem para questão delicada que Luís Roberto Barroso (2011, p. 306-310) descreve, tratando especificamente do Supremo Tribunal Federal, mas que se aplica a todo o Judiciário, que diz respeito ao aspecto político das decisões. Segundo o autor, principalmente quando os demais Poderes se omitem, ou quando é chamado para intervir e realizar o controle dos atos e omissões deste, a atuação do Judiciário volta-se à construção jurídica, à integração das omissões, algo que não se encontra imune ao subjetivismo do juiz, que traz ao processo, ainda que de forma involuntária, toda uma carga valorativa, compreensão prévia do mundo, entre outros aspectos contextuais e pessoais, dando terreno para debates acerca de ativismo judicial, autocontenção, dificuldade contra majoritária, entre outras.

Não obstante a isso, quando o Judiciário passa a implementar as políticas públicas, são beneficiados os que detêm acesso à justiça por conhecerem os seus direitos e arcar com os custos de processos judiciais, motivo pelo qual a concessão de medicamentos e tratamentos via processual beneficia mais a classe média e alta que a baixa, funcionando como um fator de exclusão. Além disso, é preciso sempre destacar que os juízes não possuem conhecimento técnico, específico e necessário, para instituir políticas de saúde (BARROSO, 2009, p. 46), principalmente porque ocasiona interferência no planejamento e gestão do orçamento. Afinal, conforme lembra Mânica (2010, p. 3-4), é o orçamento público que dará os tons das políticas públicas a serem adotadas, de

sorte que estas só podem ser implementadas e concretizadas na medida que se disponha de recursos – em geral, escassos – para que se possa arcar com seus custos – levantando questões atinentes à *reserva do possível*, cujo entendimento e acolhimento (ou não), na linha do que frisa Cidade (2016, p. 135), pode abarcar impactos severos no orçamento estatal, sendo questão intrínseca que deve ser levada em consideração nas decisões.

Tem-se, então, este cenário judicial envolvendo a saúde pública, com fornecimento de medicamentos de alto custo, medicamentos não padronizados ou de eficácia científica duvidosa, cirurgias que não são urgentes com preferência sobre as que o são em virtude de sentenças, tratamentos de alto custos e/ou sem amparo científico, servidores públicos tentando concretizar as determinações judiciais frente às solicitações hospitalares comuns (administrativas). Deste modo, ao invés de organizar e tutelar a garantia de direitos, a interferência judicial tem sido desproporcional tanto na tutela concedida, quanto na interferência.

Outrossim, o acesso ao judiciário, apesar de garantido constitucionalmente, pode mostrar-se injusto nos casos de saúde, visto que aqueles que ingressam com demandas judiciais e obtém resposta favorável passam à frente de outros, os quais, muitas vezes, não têm o conhecimento e a facilidade para ingressar com demandas judiciais como possui a classe média/alta.

Nesse sentido, Octávio Luiz Motta Ferraz (2019, p. 2) acusa que:

A judicialização não é motivada, na maioria dos casos, pelos principais problemas do sistema público de saúde. Não ataca o subfinanciamento, o subdesempenho e as persistentes desigualdades da atenção básica, dos medicamentos essenciais, dos determinantes sociais da saúde, sentidos principalmente pelos mais pobres. Pelo contrário, a judicialização se concentra desproporcionalmente nos estados, cidades e bairros mais desenvolvidos do país, e foca de modo desproporcional medicamentos e tratamentos de alto custo e comparativamente menos prioritários. Grande parte desses medicamentos e tratamentos não só não estão incorporados nas políticas do Sistema Único de Saúde (SUS) como foram analisados e rejeitados por falta de evidências de segurança, eficácia e/ou custo-efetividade, inclusive pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e por vários países muito mais desenvolvidos que o nosso. O impacto orçamentário desse tipo de demandas, cada vez maior, é suportado pelo sistema como um todo, criando uma situação perversa de justiça distributiva às avessas.

De outro lado, os magistrados não podem se eximir de julgar as demandas que lhes são apresentadas, de sorte que, embora possuam apenas conhecimento técnico do Direito em si, e não o conhecimento específico em saúde, acabam sendo chamados a resolver, por vezes, casos de vida ou morte, abrindo-se margem para que assumam posicionamentos que transcendem o ordenamento jurídico e a própria Constituição, em nome de um conceito supralegal do justo, pautado numa visão humanitária de vida como bem inalienável, fim último da proteção do Direito, estando, no outro extremo, a possibilidade de uma vida esvair-se em sua decisão denegatória.

O juiz não pode deixar de avaliar o contexto social, num esforço para alcançar uma análise sistêmica e panorâmica, compreendendo que sua decisão, embora envolva, de forma imediata, o

direito de um cidadão em específico, conforme o conteúdo de sua decisão, trará impacto que transcenderá às partes do processo, de forma a prejudicar o direito de muitos outros. Afinal, a concessão de medicamento de alto custo, por exemplo, pode causar um impacto orçamentário de forma a prejudicar o repasse que seria feito para o SUS, ou que desembocaria no investimento em um hospital público.

Nesse contexto, é preciso analisar a função do processo e do juiz, como peças importantes na construção do *justo*, com enfoque no direito à saúde.

3 O PROCESSO, A SAÚDE E O JUSTO

Como já restou exposto, os problemas que envolvem muitos dos processos nos casos de saúde lidam com a disparidade entre os valores dos medicamentos, tratamentos e cirurgias pleiteados e aquilo que o Poder Público se propõe a disponibilizar, ou deveria, de modo que essas demandas judiciais acabam por pretender determinar o que é justo, uma justiça do caso concreto, mas que, sem perceber, se irradia para o restante da sociedade, afetando o orçamento, a disponibilidade de verbas públicas e as decisões políticas por trás da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, razão pela qual pode se apresentar como injusta perante a coletividade.

O convívio social moderno, fixado sobre as bases do Estado de Direito, demanda a análise do processo como instrumento criador do Direito, apto a gerar o justo e o injusto, ou ambos, simultaneamente, a depender do recorte epistemológico realizado. Contudo, para não se perder em abstrações filosóficas que, não obstante sua importância, afastar-se-iam do enfoque deste trabalho, e longe de buscar uma resposta definitiva, é preciso vislumbrar, concretamente, uma medida, um parâmetro de justiça que possa ser aplicável nos casos atinentes à judicialização da saúde, levando em consideração a realidade brasileira – inclusive, jurisprudencial.

Obviamente que a solução una e universal é algo inalcançável, ainda mais na sociedade da atualidade, com relações complexas cada vez mais difíceis de serem taxadas. Entretanto, pode-se esboçar alguns parâmetros, além daqueles já previstos em lei, de sorte que o julgador tenha algum substrato real de sustentação de sua decisão. Nesse viés, é preciso ter em mente que “o exercício do poder, portanto, não pode jamais perder de vista tal objetivo: a realização da pessoa humana, enquanto ser individual, porém, que faz parte do todo social” (GIACOIA, 2013, p. 17).

Sendo assim, em processo que abriga um conflito envolvendo a solicitação de um medicamento ou tratamento de saúde, tem-se por imprescindível destacar não apenas a necessidade da pessoa que o está pleiteando, mas trazer à baila o sistema social no qual está inserida, marcado pela existência de políticas públicas que devem ser colocadas em práticas, além de um sistema específico arquitetado para atuar na fiscalização e na implementação do direito à saúde, qual seja, o

SUS. Ademais, os gastos do que se requer têm de ser avaliados, dado que a solicitação é para que o Estado os custeie, o que implica, em última análise, num ônus para toda a sociedade.

Nesse ínterim, nunca se deve perder de vista, a despeito das considerações acima tecidas, que o processo é “um instrumento a serviço da paz social” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 60), de modo que a partir dessa serventia, as lides devem possuir uma solução que seja adequada e eficaz às partes e ao contexto social no qual elas estão inseridas. O processo não deixa de ser, afinal, um instrumento político de realização do poder que, por sua vez, faz uso do Direito para se estruturar, o que implica na íntima relação entre o processo e a realização do Direito, inclusive o direito à saúde.

Contudo, por mais que parâmetros razoáveis sejam pensados – e até mesmo o STF traz esse esforço na voz do Ministro Barroso, nos Recursos Extraordinários nº 566471 e 657718 -, e mesmo que não se perca de vista a busca primordial de realização da dignidade humana, a realidade que se impõe não pode ser escondida através de discursos idealistas e utópicos.

Afinal, analisando-se criticamente a via do processo judicial, ainda mais na abertura que a ponderação dá ao subjetivismo do julgador – na linha do já exposto -, tem-se que o Judiciário, da forma como vem atuando, também não é o caminho para a consolidação da justiça no que tange à concretização do direito à saúde.

Portanto, a judicialização da saúde – já distorcida, uma vez que a população mais carente tem dificuldade de acesso ao Judiciário – culmina no fazer ou não fazer justiça no caso concreto, em casos pretendem uma solução a partir do Estado Juiz frente à omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, de sorte que o juiz se vê obrigado a lidar com a ausência ou insuficiência não apenas de regulamentações, mas das próprias políticas públicas, que muitas vezes não são capazes de atender minimamente a população. Ademais, é preciso lidar com essas situações de garantias formais de acesso ao processo, sopesando-se situações, bem como ponderar, dentro dos limites ou na ausência destes, se a medida pleiteada excede ou não o que o Estado pode e deve prover à população, ou mesmo se tal provimento deve partir de uma decisão judicial, ainda que arriscando o equilíbrio financeiro estatal.

Saliente-se que:

O valor relativo das coisas pode ser medido muitas vezes em termos monetários; mas não o valor relativo das pessoas, que é um problema de avaliação normativa. Não poderá haver um tratamento injusto se for justo tratar as pessoas de forma diferente entre si, toda vez que as diferenças corresponderem a relevantes e não a arbitrárias distinções das características pessoais (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 662)

Quando se trata de direitos fundamentais, dado seu caráter de conquista histórica pelo homem, mediante incessantes lutas, não é possível apenas resolver as lides e conflitos com base em

justificativas econômicas e de cunho estritamente patrimonial, sem levar em consideração o ser humano, em situação não raramente vulnerável, lutando pela vida. De outro lado, não é possível desconsiderar o ordenamento jurídico vigente e as garantias sociais que ele prevê, não apenas para o indivíduo enquanto tal, mas para a coletividade.

No entanto, a realidade evidencia um deserto institucional, diante do parco envolvimento das instituições políticas que deveriam prever e efetivar políticas públicas de saúde, inclusive por meio de um sistema desenhado constitucionalmente de forma específica para tanto, de sorte que o Judiciário surge como verdadeiro oásis institucional, como se detentor da justiça absoluta, em que a ponderação se tornou um discurso para que até mesmo os casos mais comuns se tornassem fontes de incerteza e insegurança jurídica, em que não se verifica um padrão de decisões, uma *ratio decidendi* para casos semelhantes, ou a aplicação da técnica de ponderação nos moldes a levar em consideração os direitos fundamentais em conflito, de forma a harmonizá-los.

Por conseguinte, diante deste cenário, tem-se que “determinadas ações não contempladas pela lei positiva, ou porventura ilegais, podem tornar-se justas. Da mesma maneira, decisões judiciais legais podem ser tidas como injustas se analisadas de um ponto de vista moral” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 663). Isto é, o processo, pretensamente um meio de pacificação social, de garantia da justiça, torna-se campo para a proliferação de incertezas e, não raro, injustiças, uma vez que não assegura um equilíbrio entre os Poderes e instituições no ordenamento jurídico, ao mesmo passo que a abertura para a decisão judicial, apesar de trazer uma resposta, por vezes a traz de forma distorcida, ou desconsiderando o indivíduo enquanto tal, vulnerável, necessitado e, se pobre, desgastado pelos percalços que teve de superar até chegar às portas do Judiciário, ou desconsiderando os aspectos sociais de sua decisão e os impactos que certamente advirão desta.

Bem por isso,

[...] garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar. E o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça (OLIVEIRA, 2004, p. 130).

Destarte, o processo é uma forma de garantir a segurança jurídica, a pacificação social e a justiça tanto aos litigantes, como para a sociedade, atribuição que não incumbe somente ao magistrado, mas a todas as partes envolvidas na demanda, bem como ao Poder Público (Administração Pública) e Poder Legislativo, incumbidos de realizar ações que impliquem na garantia de direitos, e conseqüentemente, de justiça. O processo deveria ser uma forma de se buscar

o Direito quando tudo mais falhasse, mas, ao contrário, tornou-se a regra diante da ineficiência dos demais Poderes, regra essa que pode ser perniciosa aos direitos dos membros sociais.

Ao tratar do direito à saúde, as partes, obviamente, não podem ficar à mingua de uma resposta; de fato, por vezes não lhes resta tempo de vida para tanto. Nesse sentido, o Judiciário precisa dar uma resposta, de forma que o processo deve ser uma ferramenta a serviço de todos os cidadãos, para que os direitos à saúde e, por consequência, à vida diga, sejam concretizados:

Não há dúvida que o magistrado deve estar atento ao impacto sócio econômico de suas decisões, porquanto deve o juiz, racionalmente em seu *decisum*, ponderar segundo a clássica lógica de raciocínio, a reconhecer que os recursos são limitados/escassos e as necessidades humanas são ilimitadas (LEÃO JÚNIOR; PUGLIESI; CACHICHI, 2017, p. 335).

É certo que o juiz não pode ficar inerte diante da omissão dos demais Poderes, devendo trazer resposta mais próxima possível do ideal de justiça, de forma razoável e mediante ponderação dos valores que se confrontam. Contudo, as funções institucionais, sociais e democráticas do Executivo e Legislativo, incluindo-se, também, o SUS, não devem ser olvidadas, devendo ser reafirmada a necessidade de sua atuação na garantia do direito à saúde.

É nesse contexto que o magistrado deve sempre buscar a justiça dentro do processo, mas, havendo previsões legislativas ou outras normas regulamentares que se mostrem aptas a balizar sua atuação, deve este interpretar dentro desse contexto, deixando de lado fatores subjetivos para levar em consideração o Direito e os princípios balizadores do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro – notadamente, a separação harmônica dos Poderes.

Dessa maneira,

O desafio do Estado Social de Direito é modificar o clássico pensamento do juiz voltado para a justiça comutativa e colocá-lo em um papel ativo para ponderar interesses divergentes e balancear direitos e deveres do sistema social, segundo os patamares fixados pelos Poderes Legislativo e Executivo (WERNER, 2008, p. 127).

Assim, a judicialização da saúde é um sintoma da crise das instituições democráticas, principalmente no que tange ao Executivo e Legislativo, a quem caberia efetivar as políticas públicas no âmbito do direito à saúde. Embora o Judiciário possa ser, ao mesmo tempo que um sintoma, um paliativo ao estado de coisas que impera na sociedade brasileira, resta claro que não é o caminho ideal para a materialização de direito tão essencial para a concretização do valor mais importante para a vida humana: sua dignidade.

CONCLUSÃO

Tendo os direitos humanos fundamentais individuais e sociais como maior expressão da justiça, a organização de poder a partir do Estado culminou, segundo a Constituição, na atribuição

da garantia e concretização de direitos e deveres por parte das instituições que o compõem. Para tanto, o poder do Estado, embora uno, manifesta-se através de três funções, independentes e harmônicas entre si: Executivo, Legislativo e Judiciário, as quais, respectivamente, vão gerir, legislar e resolver os conflitos existentes na sociedade.

Por sua vez, o processo é o instrumento de acesso ao Judiciário, para que este resolva um conflito de interesses entre as partes litigantes, com vistas a assegurar a paz na sociedade. Contudo, nas demandas envolvendo o direito à saúde, o processo passou a exercer a função de mero instrumento de efetivação cogente e imediato do direito à saúde, visto que ele não resolve a ineficiência e ineficácia das políticas públicas, onera os cofres públicos e, com isso, não garante a pacificação e a justiça social.

Embora não seja possível que o Judiciário deixe à mingua de uma resposta o jurisdicionado, já tantas vezes ignorado por uma sociedade marcada pela intensificação da exclusão, que apenas se acirra quando se está a tratar do direito à saúde e de políticas públicas que visam à sua garantia, é certo que, atualmente, o que se alcançado através da ponderação são incertezas e insegurança, em que o processo produz, ao mesmo tempo, o justo e o injusto, a depender do prisma que se coloca sob análise – aquele do indivíduo ou da coletividade.

Portanto, a judicialização apresenta-se como um alento à população, mas também representa a falha nas instituições políticas que deveriam representar os anseios sociais, de sorte que contar única e exclusivamente com a atuação do juiz para o fim de se alcançar a justiça social se mostra uma idealização insustentável que, trazida para a realidade, escancara seus perigos, havendo, em verdade, a necessidade de reascender a necessidade de um corpo político que de fato represente a população e traga tons concretos às políticas públicas de saúde, algo necessário ao equilíbrio institucional democrático e à concretização do direito à saúde, essencial à dignidade de todas pessoas.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de et al. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 457-483, ago. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200457&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 out. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Anuarioiberoamericano de justicia constitucional*, n. 13, p. 17-32. 2009.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Syn thesis*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 14 out. 2020.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 1. v., 11. ed., Brasília: Editora UnB, 1998.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.
- CIDADE, Roberto Berttoni. *Reserva do Possível: limite máximo do status positivo da atual concretização dos direitos fundamentais sociais brasileiros*. Marília: Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, 2016. 180 p. (Mestrado em Direito).
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30ª Ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- CUNHA, Alexandre Luna da. A integralidade do direito à saúde na visão do Supremo Tribunal Federal. *Revista De Direito Sanitário*, v. 20, n. 1, p. 167-184, 18 nov. 2019. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164214>>. Acesso em: 14 out. 2020.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 15, n. 3, p. e1934, nov. 2019. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80712>>. Acesso em: 15 Ago. 2020.
- GIACOIA, Gilberto. JUSTIÇA E DIGNIDADE. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 2, p. 11-31, fev. 2013. Disponível em: <<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86>>. Acesso em: 14 out. 2020.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa/Portugal: Edições 70, LDA, 2007.
- LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo Arêa de; PUGLIESI, Renan Cauê Miranda. CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Políticas Públicas e interferência judicial: desafios e perspectivas na concessão de medicamento e tratamento de alto custo. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 02, p. 325-352, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/913/787>>. Acesso em: 12 out. 2020.
- MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Eletrônica sobre a*

Reforma do Estado (RERE), Salvador, Bahia, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, março/abril/maio, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=426>>. Acesso em: 16 out. 2020.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV – Direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, ago. 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49187/30822>>. Acesso em: 14 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 14 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/algumas-consideracoes-em-torno-do-conteudo-eficacia-e-efetividade-do-direito-a-saude-na-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 285.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 365-369, abr. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000200025&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 out. 2020.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 92-131, julho de 2008. Disponível em: <<https://www.journals.usp.br/rdisan/article/view/13119>>. Acesso em: 11 out. 2020.

A POLITIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CAUSA DO ATIVISMO JUDICIAL

Beatriz Cavallieri ZANETTI¹
Renato Alexandre da Silva FREITAS²

RESUMO

O presente artigo visa apontar sobre os fenômenos: Ativismo Judicial e Judicialização dentro de um Estado Democrático de Direito, o Brasil. Utilizando-se do método de abordagem dedutivo e da técnica de pesquisa documental e bibliográfica, pretende-se apontar os pontos positivos e negativos causados pelo referido fenômeno na estrutura do Estado incluindo o suposto abalo ao princípio da separação dos poderes, este basilar dentro da república federativa do Brasil. Conclui-se com a presente pesquisa uma demonstração opinativa sobre a relevância da judicialização a fim de assegurar os direitos constitucionais bem como sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando a cautela que se deve ter quanto ao ativismo judicial, ante o empoderamento e politização dos membros do judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial; Judicialização; Estado Democrático de Direito; Separação dos Poderes; Superior Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article aims to point out the phenomenon of Judicial Activism within a Democratic State of Law, Brazil. Using the deductive approach method and the documentary and bibliographic research technique, it is intended to point out the positive and negative points caused by the referred phenomenon in the state structure, including the alleged violation of the principle of separation of powers, this fundamental within the republic federative of Brazil as well as its distinction with the phenomenon of judicialization. The present research concludes with an opinionated demonstration on the relevance of judicialization in order to ensure constitutional rights as well as the caution that must be taken regarding judicial activism, in view of the empowerment and politicization of members of the judiciary.

KEYWORDS: Judicial Activism; Judicialization; Democratic state; Separation of Power; Superior Federal Court.

INTRODUÇÃO

1 Graduanda em Direito pela UniToledo de Araçatuba-SP.

2 Advogado. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho/PR. Mestre em Direito na área de concentração de Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito, pela Unitoledo de Araçatuba/SP com dissertação aprovada com distinção pelos membros da Banca Examinadora. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo, com especialização lato sensu em Direito Processual, Direito Tributário e Docência no Ensino Superior. Atualmente é Coordenador da Graduação e Pós Graduação em Direito do Centro Universitário UNITOLEDO em Araçatuba. Professor de Direito Tributário e Direito Empresarial no Curso de Graduação em Direito. Mediador com certificação expedida pela Escola Paulista da Magistratura. Tem experiência na área do Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Tributário. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI e da Comissão Científica do ENPEX - Encontro de Ensino, Pesquisa e Extensão. Coordenador do Fórum Jurídico do Unitoledo. Em parceria com outros escritores, contribuiu para as obras Vinte anos Constituição Federal, 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Novo Código de Processo Civil: análises e reflexos nos demais ramos do Direito (organizador), "O Brasil e o direito internacional: temas contemporâneos" e Ensaios sobre Políticas Públicas (organizador).

A supervalorização do poder judiciário brasileiro tem trazido inúmeras preocupações e impactos ao cotidiano de seus cidadãos. Isto porque, o Brasil sendo um Estado Democrático de Direito tem suas bases pautadas no princípio da separação dos poderes.

A presente obra visa promover uma análise dos fenômenos do Ativismo Judicial e da Judicialização no âmbito da justiça brasileira.

Inicialmente, fora estabelecido as bases da caracterização do Brasil como um Estado Democrático de Direito bem como as consequências que este modelo Estatal emana sobre o Estado brasileiro visto ser regido por princípios e normas essenciais as quais definem as diretrizes que a administração deve seguir.

Sabe-se que um dos princípios de maior repercussão desta modalidade estatal é o princípio da separação dos poderes. Em virtude disto o presente trabalho definiu, resumidamente, o que consiste no referido preceito bem como sua relevância dentro do Brasil.

A partir do momento em que fora estabelecido as normas regentes da modalidade estatal a qual o Brasil compactua, passou-se a análise da essencial problemática do presente artigo: o Ativismo Judicial e a Judicialização.

Viu-se necessário estabelecer que, muito embora alguns os tenham como sinônimo, o Ativismo Judicial e a Judicialização nada se confundem.

Por tal motivo, fora identificado o conceito e a essência de cada fenômeno acima apontado, indicando seus pontos positivos e negativos estabelecendo um ponto de vista crítico sobre o assunto.

Por fim, identificou-se a politização da Suprema Corte brasileira como causa do fenômeno do Ativismo Judicial, visto a influência exacerbada dos demais poderes na nomeação dos membros desta renomada corte.

1. BRASIL COMO UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Artigo 1º da Constituição Federal de 1988 definiu o Estado Democrático de Direito como categoria de formação da nação brasileira elencando em seus incisos os fundamentos para esta pátria (BRASIL, 1998, s/p).

Ao elencar o Brasil como um Estado Democrático de Direito observa-se que o poder constituinte originário teve como objetivo estabelecer alguns pilares que sustentariam a administração brasileira.

O Estado Democrático de Direito teve sua origem com as revoluções burguesas, isto é, com a revolução francesa, norte-americana e gloriosa. Desta forma sua essência possui as considerações trazidas pelas revoluções em questão (ROBL FILHO, 2012, p. 30).

Alexandre de Moraes define Estado Democrático de direito como “a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais” (2000, p. 43).

Enio Moraes da Silva destaca a importância de não utilizar todas as forças para buscar uma definição exata do Estado Democrático de Direito, mas sim para observar os princípios que esta classificação traz para a pátria que a adota. O autor aponta os principais elementos que esta modalidade apresenta, sendo eles:

1) Um Estado Democrático de Direito tem o seu fundamento na *soberania popular*; 2) A necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da *vontade do povo nas decisões políticas fundamentais* do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva; 3) É também um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma constituição material legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia e que vincule todos os poderes e os atos dela provenientes; 4) A *existência de um órgão guardião da Constituição* e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida; 5) A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões; 6) Realização da *democracia* – além da política – social, econômica e cultural, com a consequente promoção da justiça social; 7) Observância do princípio da igualdade; 8) A *existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado*; 9) A observância do princípio da legalidade, sendo a lei formada pela legítima vontade popular e informada pelos princípios da justiça; 10) A observância do princípio da *segurança jurídica*, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando, assim, a previsibilidade jurídica (DA SILVA, 2005, p. 228 a 229).

Deve-se observar, como bem colocado pelo autor acima, nos itens 4 (quatro) e 8 (oito), que para a formação de um Estado Democrático de Direito exige-se a presença de um órgão guardião da Constituição a fim de preservação dos direitos e garantias fundamentais a qual ela prevê, sendo garantido à esta corte independência para solucionar as eventuais lides provenientes do referido assunto.

A constituição brasileira de 1988 outorgou a função de guardar a Lei mãe ao Supremo Tribunal Federal, além de garantir autonomia funcional e financeira a todos os órgãos judiciários. A Carta Magna atribuiu novas funções aos magistrados, empoderando o referido órgão com relação a previsão deste nas Constituições anteriores, diante da determinação de ampla proteção da ordem constitucional objetiva e de direitos subjetivos (como é o caso da previsão dos remédios Constitucionais como meio de o Judiciário salvaguardar os direitos e garantias fundamentais) (FERNANDES, 2014, p.11-12).

Com base neste raciocínio é possível entender que há previsibilidade de uma interferência dos órgãos jurisdicionais aos demais órgãos (executivo e legislativo) a fim de salvaguardar direitos fundamentais.

Esta possível previsão de interferência é algo veementemente complexo e deve ser observado junto ao contexto dos demais princípios norteadores de um Estado Democrático de

Direito.

Em contra partida, como apontado acima outra essência do Estado Democrático de Direito é a preocupação com a segurança jurídica, por tal motivo o princípio da separação dos poderes é o princípio basilar desta modalidade de formação Estatal. Isto porque este princípio obsta a desconstituição injustificada de atos e situações jurídicas (RALHO, 2016, p. 91).

Desta forma, verifica-se que garantir aos guardiões da Constituição possibilidade de interferência nos outros órgãos estatais pode gerar insegurança jurídica no país criando um enorme conflito entre os próprios princípios básicos do Estado Democrático de Direito: supremacia dos direitos e gratia constitucional e segurança jurídica.

2. DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Princípio da separação dos poderes visa garantir a liberdade dos indivíduos bem como aspira aumentar a eficiência do Estado o deixando organizado sistematicamente. A relação deste princípio com a liberdade dos indivíduos está relacionada ao risco que uma sociedade corre de se deparar com um governo ditatorial ao concentrar o poder em uma unidade (DALLARI, 2013, p. 214-215).

É de suma importância destacar que muito embora o princípio, aqui em questão, denominar-se como: princípio da separação dos poderes, deve-se fazer uma ressalva semântica. Dalmo de Abreu Dallari aponta que o poder estatal é, e sempre será, uno e indivisível. O que é distribuído por fundamento neste princípio são as funções do Estado (2015, p. 214 a 215).

O princípio da separação dos poderes inicialmente fora esboçado por Aristóteles em sua obra “A política” a qual incumbia as decisões dos Estado a 3 poderes: Deliberativo, Executivo e Judiciário. Muito embora, há quem defende a criação desta teoria por Platão em sua obra “A República” a qual apontou ideias da divisão do poder estatal (RALHO, 2016, p.89).

Locke, dentro de seu modelo político também contribuiu para a formação desta teoria. Para ele, o poder de governar e o poder de legislar não poderiam ser exercidos conjuntamente, visto que “poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las” (LOCKE, 2003, p.106).

Charles-Louis de Secondat, também conhecido como Barão de Montesquieu, consagrou o princípio da separação dos poderes ao demonstrar que os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito estão intimamente ligados e ao dar poder ao homem este tende a abusá-lo, por isso é necessário um sistema de freios e contrapesos a fim de evitar o empoderamento de uma pessoa, ou um grupo de pessoas. Por este motivo o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem

e do Cidadão de 1789, disciplina que um país verdadeiramente democrático deve possuir um mecanismo de controle do poder estatal para proteger os cidadãos contra o abuso e a opressão (MARMELSTEIN, 2019, p. 36).

Com isso, conclui-se que o Brasil, como um Estado Democrático de Direito, divide sua função estatal em: Legislar, isto é, criar o direito positivo; Administrar, isto é, concretizar o direito positivo (prestar serviço público); E por fim, julgar aplicando o direito previsto no caso concreto. Deste modo, reúna-se os famosos “três poderes”: Legislativo, Executivo e Judiciário. No entanto, vale destacar, como bem colocado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, que a divisão de função do Estado não obsta que o Legislativo, Executivo e o Judiciário exerçam um controle recíproco sobre suas atividades a fim de impedir uma instancia hegemônica. Todos os “poderes” possuem o objetivo de interpretar a constituição e atuar de acordo com os valores nela constatare (BARROSO, 2012, p. 30).

Ter esta divisão de funções, como já apontado, é de extrema importância em uma formação estatal para haver maior efetividade do Estado. O grande problema ocorre quando há uma preponderância de um destes “poderes” instituídos pelo princípio em estudo, tal fenômeno é conhecido como: ativismo judicial.

Muito se discute sobre o ativismo judicial e a judicialização (popularmente tidos como sinônimos), interferir no equilíbrio trazido por este princípio. Contudo, inúmeras ressalvas sobre está problemática devem ser feitas a fim de averiguar a real interferência e consequência destes fenômenos no âmbito do Estado Democrático de Direito, por tal motivo explorar-se-á o referido tema a seguir.

3. ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO

A “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo” é o que define o fenômeno comumente criticado: Ativismo Judicial (RAMOS, 2015, p.119).

A grande dificuldade está em identificar perante o cotidiano de um Estado Democrático de Direito, quais são as linhas democráticas que limitam a função jurisdicional das demais funções (legislativa e administrativa).

Neste ponto observa-se que os sistemas que acolhem o *common law* adotam

Uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações (raras, na perspectiva jurisprudencial da família anglo-saxônica) em que os limites impostos pelo legislador ou pelos precedentes

vinculantes são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional (RAMOS, 2015, p.112).

Entretanto, sabe-se que as raízes do direito brasileiro acolhem o sistema *civil law*, que prepondera o direito codificado ao direito jurisprudenciado. Contudo, não há possibilidade do código prever tamanhas situações que o torne completo, desta forma cabe as cortes o preenchimento das lacunas deixadas pelo legislativo fazendo com que, embora continue inalterado, o texto legal se adeque as pressões sociais e novos problemas que surgem com o movimento natural da sociedade (RALHO, 2016, p.92-93).

É de extrema relevância destacar, novamente, que embora estejam intimamente ligados, o fenômeno do ativismo judicial e o da judicialização não se confundem.

A partir do momento em que questões de repercussão políticas ou sociais são levadas ao órgão judiciário encontramos o fenômeno da judicialização. Desta forma, a judicialização, diferentemente do ativismo judicial é provocada pela própria sociedade (BARROSO, 2008, p. 2).

Como bem colocado por Sérgio Tibiriçá Amaral e Wellington Boigues Corbalan Tebar “a judicialização depende de provocação, mas depois de provocado o Judiciário pode se autoconter, ou assumir uma posição análise daquela questão política” (2014, p.146).

Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, disserta sobre três fatores que causaram o fenômeno da judicialização no Brasil.

Como primeiro fator, Barroso cita a redemocratização do país com a Constituição de 1988, a qual promoveu ao órgão judiciário maior poder político aumentando a demanda de justiça na sociedade brasileira (BARROSO, 2008, p.2) pois, como já mencionado anteriormente, cabe ao judiciário fazer valer as garantias constitucionais ante a sua não efetividade, e tal conduta encontra-se amparada com base no fato de o bem-estar social ser a maior finalidade do Estado Democrático de Direito (AMARAL; TEBER, 2014, p. 153).

Um segundo fator a ser observado pelo ministro fora o fato de a Constituição vigente ter introduzido direitos antes regidos por processo político majoritário ou pela legislação ordinária, desta forma, a partir do momento em que uma questão é disciplinada como uma norma constitucional ela se transforma em uma potencial pretensão jurisdicional, o que levou ao judiciário debater sobre ações concretas e políticas públicas abrindo cenário para o Ativismo Judicial (BARROSO, 2008, p.2).

Por fim, fora identificado também como um fator da judicialização a introdução no sistema brasileiro do controle de constitucionalidade pois tanto o controle concentrado (ajuizamento de ações ao Supremo Tribunal Federal buscando o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma prevista no ordenamento jurídico ou ainda ante a

presença de lacunas constitucionais) quanto o controle difuso (não aplicação de determinada norma no caso concreto) possibilita ao poder judiciário amplo controle das normas e suas interpretações a serem inseridas no cotidiano da sociedade brasileira (BARROSO, 2008, p. 2).

Um dos fatores de extrema crítica à judicialização, bem como ao ativismo judicial, relaciona-se ao impacto orçamentário que as condenações judiciais causam na estrutura administrativa da máquina pública.

Como exemplo da oneração que essas demandas causam ao Estado, observa-se que

[...]O Governo do Estado de São Paulo despendeu, no exercício de 2011, cerca de R\$ 340.000.000,00 (trezentos e quarenta milhões de reais).

[...] Por seu turno, o Governo Federal, que durante muitos anos foi poupado dessas ações, acusou uma despesa recorde com a compra direta de remédios, equipamentos e insumos e o repasse de recursos financeiros (a Estados, Municípios e pacientes) para cumprimento de decisões judiciais no período de janeiro a outubro de 2012, alcançando cifra praticamente idêntica à do Estado de São Paulo, se considerado o exercício de 2011 (MARQUES NETO, 2013, p. 483).

Desta forma observa-se que as decisões judiciais, quando não equilibradas podem obstar o desenvolvimento de outras políticas públicas pretendidas pelo administrador, visto que estas prestações estão estritamente relacionadas a receita pública.

Barroso, demonstra mais três argumentos alicerces das críticas relacionadas a intervenção do poder judiciário nas questões mencionadas.

Como primeiro fator criticado observa-se a legitimidade democrática, isto é, a origem da legitimidade jurisdicional para interferir em decisões daqueles eleitos pela sociedade brasileira visto que os membros do poder judiciário não são eleitos pelo povo. Contudo o Ministro fundamenta a intervenção judicial através uma fonte normativa e outra filosófica, isto pois a própria Norma Suprema atribuiu a função de “guardião da Constituição” ao Supremo Tribunal Federal a fim de proteger os valores e garantias fundamentais. Contudo, ressalva que a esta atuação dos servidores do poder judiciário só será legítima quando puder fundamentar racionalmente suas decisões na própria Constituição e em casos de não regulamentação por lei válida editada pelo Congresso Nacional, pois dentre as diversas possibilidades de interpretação da Carta Magna deverá prevalecer a interpretação dos eleitos pelo povo (BARROSO, 2008, p. 5 a 6, 8).

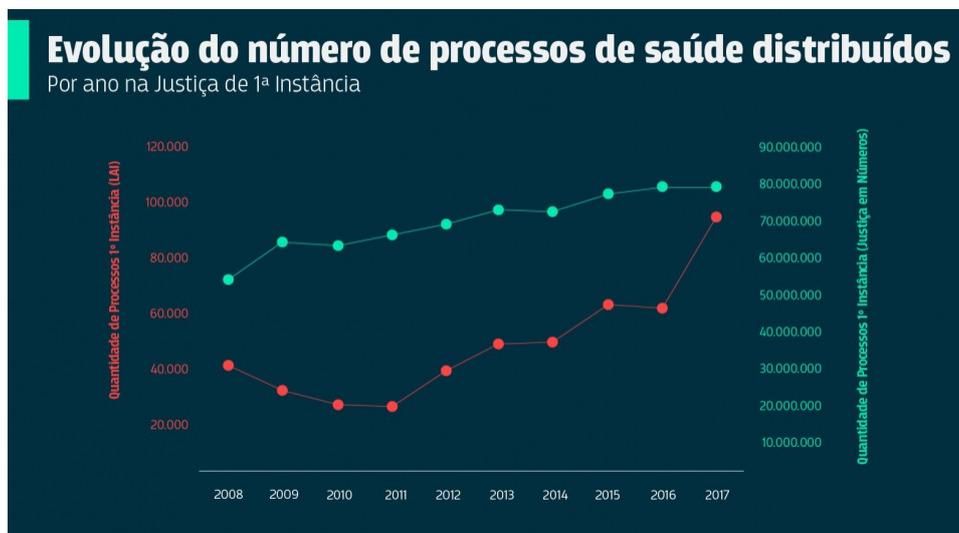
A segunda crítica identificada por Barroso foi o risco da politização da justiça, isto é, tendo consciência de que a política e o direito estão em uma linha tênue é importante impedir que a política passe a interferir nas decisões do judiciário, pois o julgador deve ser discricionário e livre para aplicação mais correta e justa dos elementos levados até ele. Com a judicialização há um empoderamento do poder judiciário o que gera um risco a possibilidade de corrompimento dos servidores jurisdicionais desordenando a função típica do poder judiciário deixando-o politizado (BARROSO, 2008, p. 6 a 7).

Por último, critica-se a capacidade institucional do poder judiciário, isto é, nem sempre os juízes possuem informações e tempo para avaliar os reflexos que suas decisões proferidas em lides individuais acarretam na realidade econômica da prestação de um serviço público. Além disso, não é possível a sua responsabilização política por escolhas frustradas (BARROSO, 2008, p. 8).

Ademais, a judicialização gerou ao próprio poder judiciário uma sobrecarga de demandas judiciais buscando a garantia de direitos fundamentais.

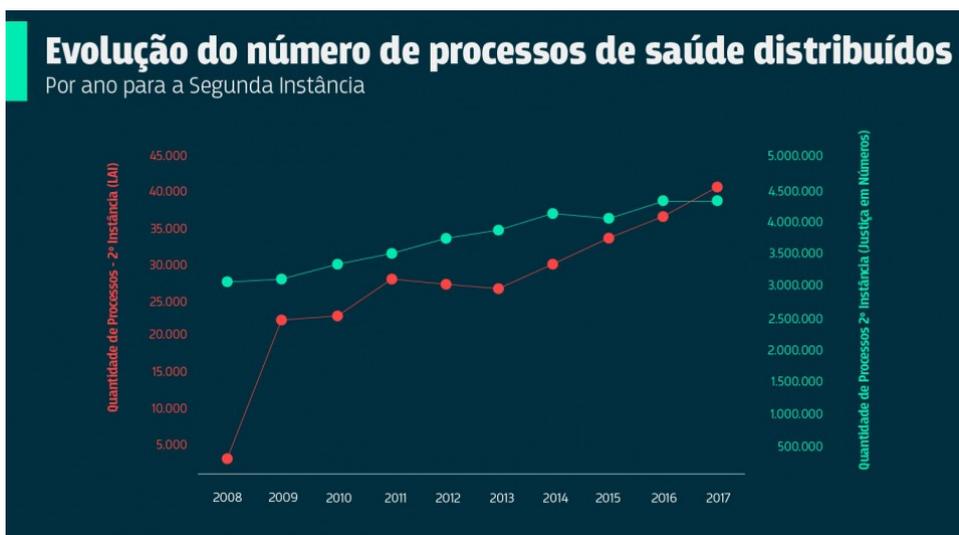
Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) realizou uma pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça o qual revelou que entre 2008 e 2017 as demandas judiciais relativas à saúde aumentaram 130%, conforme demonstrado abaixo:

Gráfico 1: Crescimento das demandas judiciais na Justiça de 1º grau



Fonte: <https://bit.ly/302xEtG>

Gráfico 2: Crescimento das demandas judiciais na Justiça de 2º grau



Fonte: <https://bit.ly/302xEtG>

Outra área que se verifica a presença assídua de decisões do judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, é a área tributária.

Conforme dados do jornal JOTA ao menos vinte processos com tema de repercussão geral ligados à temas tributários foram julgados pelo STF no período de 3 meses no ano de 2020 (18/03/2020 a 26/06/2020) causando impactos tanto no orçamento público quanto no bolso do contribuinte (FRAGA; DE LIMA, 2020, s/p).

Observa-se que a própria Constituição prevê amplamente o sistema tributário em sua redação. Isto garante que o poder judiciário (em especial o STF) interfira nos conflitos advindos das normas tributárias, visto sua função de guardar e interpretar a Lei Mãe. Contudo, vale destacar que decisões como estas estão intimamente ligadas não somente ao bolso do contribuinte, mas também, ao orçamento público pois a maior renda do Estado advém do pagamento dos tributos.

Além disso, é de suma importância observar as decisões, também da Corte Suprema brasileira (STF), quanto as interpretações/extensões da legislação penal. Tal qual ocorre em casos como do julgamento da Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão 26 e Mandado de Injunção 4733 o qual criminalizou a segregação por identidade de gênero ou orientação sexual enquadrando tal conduta na Lei de Racismo (nº 7716/89). Bem como o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 que, resumidamente, descriminalizou o crime de aborto quando tratar-se de feto encéfalo, deixando de exigir autorização judicial para tanto, dentre inúmeros outros os quais o Supremo Tribunal Federal tem interferido.

Deve-se observar que temas como esses são levados ao Poder Judiciário por meio de instrumentos previstos pela própria Constituição Federal. Isto porque, ao passo que fora previsto os direitos e garantias fundamentais também previu-se remédios para salvaguardar os referidos direitos como: Ação Declaratória de Constitucionalidade (Artigo 102, inciso I, “a”, 2ª parte, artigo 103, §4º, ambos da CF) o qual é instrumento para o controle de constitucionalidade concentrado; Ação Direta de Inconstitucionalidade (Artigo 102, inciso I, “a”, da CF) a qual controla a constitucionalidade de leis e atos normativos; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Artigo 102, §1º, da CF) que determina a aplicação de normas constitucionais que não são cumpridas; Mandado de Injunção (Artigo 5º, inciso LXXI, da CF) a qual agrega ao Judiciário a subsidiariedade quando o Legislativo não cumpriu sua função de legislar sobre determinado assunto. Além do Mandado de Segurança (Artigo 5º, inciso LXIX, da CF) a fim de assegurar direito líquido e certo do destinatário dos direitos constitucionais (RALHO, 2016, p. 99-100).

Com isso, remete-se ao pensamento de que a própria constituição de 1988 prevê espaço para a judicialização em determinados casos no sistema brasileiro, o que se torna essencial quando aborda-se a questão de assegurar os direitos e garantias fundamentais.

Vale a pena destacar que além do julgamento de ações individuais obrigando o Estado a prestações positivas, garantindo os direitos fundamentais, bem como as de temas tributários e penais, outro ponto relacionado a judicialização que gera críticas está na edição de precedentes vinculantes pelo poder judiciário.

Precedentes vinculantes, no Brasil, tem sido um instrumento de uniformização de decisões (LOURENÇO, 2018, p.661).

Pode-se conceituá-lo como: “decisão de um caso tomada anteriormente pelo judiciário [e que] constitui, para os casos a ele semelhantes, um precedente judicial” (SOUZA M. A. apud SOUZA M. R.; COL, 2011, p. 75).

A grande questão está relacionada aos efeitos que estes precedentes geram. Isto porque, os enunciados não somente forçam um padrão nas decisões do poder judiciário como também interferem nas ações da administração pública as quais devem estar de acordo com o editado (LOURENÇO, 2018, p.665).

Desta forma, a atuação jurisdicional na emissão de precedentes vinculativos ao poder executivo, pode ser vista como a ultrapassagem das barreiras impostas ao judiciário (interferência no sistema do princípio dos três poderes), sendo alvo de condenação pelos críticos do Ativismo Judicial.

Contudo, embora a Judicialização e o Ativismo Judicial sejam extremamente criticados, por serem causadores de desequilíbrio do Estado Democrático, como bem explanado acima, observa-se que é através destes eventos, em especial da Judicialização, que os titulares das garantias constitucionais conseguem obter sucesso na busca da efetivação destes direitos.

O ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados (RAMOS, 2015, p.112).

Tal qual o efeito da Judicialização nos assuntos dos direitos e garantias constitucionais, como a saúde pública, legislação penal e legislação tributária, temos em contrapartida incidência do fenômeno da desjudicialização em outros assuntos da sociedade brasileira.

Visto que as demandas judiciais em busca de efetivação dos direitos fundamentais crescem a cada dia o poder judiciário se tornou ineficaz no exercício de sua função jurisdicional em outros temas ocasionando a desjudicialização.

“Ordinariamente, então, o fenômeno da desjudicialização significa a possibilidade de solução de conflitos de interesse sem a prestação jurisdicional, entendido que jurisdição é somente aquela resposta estatal” (RIBEIRO, 2013, p. 30-32).

Observa-se que muito embora não haja ainda um conceito exato do fenômeno da

desjudicialização, pode-se entender que este ocorre com a oportunização às partes em resolverem seus conflitos fora do âmbito judicial, sendo visto como um processo de transferência para pontos extrajudiciais, como tabelionato e registro, de situações que até então necessitavam de resolução por apreciação jurisdicional (SIQUEIRA; ROCHA; SILVA, 2018, p. 311).

Como reflexo da desjudicialização temos o surgimento da mediação e conciliação, tão explanada pelo novo Código de Processo Civil de 2016 bem como a possibilidade de arbitragem prevista pela Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A previsão de tais institutos retira um pouco da carga sobreposta ao poder judiciário o desafogando da chuva de demandas judiciais levadas a ele, ante a oportunidade de resolução mais célere e menos custosa aos litigantes em ambiente extrajudicial.

Com isso, deve-se pautar que muito embora a judicialização possa causar efeitos quanto ao desequilíbrio entre os três poderes bases da nação brasileira ela tem sido essencial em algumas circunstâncias para salvaguardar os direitos dos cidadãos brasileiros, desta forma deve-se salientar que:

Judicializar a política, nas palavras de Streck, não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias. Judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade. [...] Uma coisa é assegurar o que a Constituição prevê quanto a determinado direito outra é a inovação de lei ou direito não existente, inovando o ordenamento jurídico (RALHO, 2016, p. 100).

Assim sendo, o que corrompe a estrutura do Estado Democrático brasileiro não é a judicialização propriamente dita, mas sim o ativismo judicial encrustado nesta o que realmente gera o desequilíbrio da estrutura administrativa do Brasil.

Anderson Vichinkeski Teixeira, ressalta que só ocorre a ofensa ao princípio da separação dos poderes quando o Judiciário vai além de suas prerrogativas e apropria-se da competência do poder Legislativo e Executivo, isto por que boa parte das matérias que competem aos outros poderes públicos podem ser levadas até o Judiciário para análise, mas esta conduta encontra-se limitada e o referido limite deve ser observado, sendo este muitas vezes postos pela própria natureza do objeto de julgamento (2012, p. 51).

4. DA POLITIZAÇÃO DO STF COMO CAUSA DO ATIVISMO JUDICIAL

O Supremo Tribunal Federal, consiste no órgão de cúpula dentro do sistema judiciário brasileiro, sendo a ele atribuído a atuação recursal e a função de órgão constitucional, sendo incumbido de interpretar e proteger o texto da Magna Carta. Desta forma, espera-se que os membros desta nobre corte exerça suas funções com legitimidade e imparcialidade ainda que

observado a função da Suprema Corte em intercalar o político e jurisdicional na defesa dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro (NEVES; DE SOUZA, 2019, p. 18).

Atualmente, a composição do Supremo Tribunal Federal é de 11 Ministros, sendo eles cidadãos brasileiros com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, nomeados pelo Presidente da República com aprovação de maioria absoluta do Senado Federal, conforme dispõe o artigo 101 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, s/p).

Isto posto, há possibilidade de que a maior causa do Ativismo Judicial seja a politização dos membros do Judiciário, em especial da Corte Suprema.

Destarte, a maneira com que os componentes desta corte são selecionados possibilita que haja uma interação excessiva dos possíveis membros com os demais poderes para que ocorra o ingresso neste renomado e respeitoso Tribunal.

Com o advento da Constituição de 1988, houve a atribuição de maiores funções a Corte máxima, o que acarretou no maior impacto de suas decisões na vida do cidadão brasileiro, despertando interesse dos membros do Poder Executivo e Poder Legislativo em interferir em tais decisões sendo oportunizado tal interferência pelo fato de serem os responsáveis por escolherem tais membros julgadores possibilitando que as decisões proferidas compatibilizam com suas ideologias políticas (NEVES; DE SOUZA, 2019, p. 27).

Um exemplo, clássico da atribuição do Supremo Tribunal Federal que desperta interesse nos membros dos demais poderes é a sua incumbência de julgar, em primeira instância, as ações as quais o sujeito passivo possui prerrogativa de foro, lembrando-se que tais sujeitos são justamente os membros que nomeiam os julgadores. Além disso, como já mencionado acima, as decisões do Supremo Tribunal Federal na seara tributária e de garantia dos direitos constitucionais tem afetação direta aos cofres públicos o que também desperta interesse do executivo e legislativo.

“A atuação da Corte Constitucional brasileira na arena política deveria ser no sentido de corrigir disfuncionalidades democráticas e recrudescer aspectos importantes da democracia e da atuação político-deliberativa” e não deixar com que as convicções dos demais poderes interfiram em sua imparcialidade (LUNARDI, 2019, p.10).

Diante disso, houve inúmeras propostas de emenda constitucional a fim de alterar a maneira com que se seleciona Ministros do Supremo Tribunal Federal. Dentre elas, a que possuía maior possibilidade de combater a politização do Supremo Tribunal Federal por alteração na seleção de seus membros foi a PEC 569/2002, proposta pelo Deputado Federal Dr. Evilásio. A PEC em questão, revoluciona o artigo 101 da Constituição prevendo a seleção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, através de concurso público, sendo só então oportunizado ao Presidente da República a escolha dentre os aprovados. Tal iniciativa acabaria com a discussão quanto ao conceito

de “notório saber jurídico” disciplinado no mencionado artigo, não deixando mais a mercê do executivo e do legislativo esta avaliação. Contudo, infelizmente, a esta PEC em 11/09/202 fora devolvida ao autor por não atingir número mínimo de assinaturas previsto nos artigos 60, inciso I, da Constituição Federal e 201 do RICD (MACHADO, 2007, p. 43).

Entende-se que impor ao pretendente do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal a submissão à concurso público elimina-se o caráter político de sua nomeação, elevando a reputação desta nobre corte e garantindo maior segurança jurídica e proteção dos direitos e garantias constitucionais ao cidadão brasileiro.

Portanto, entende-se que uma simples mudança na forma de nomeação dos juízes da Suprema Corte Brasileira, que obedecesse ao princípio constitucional da Separação dos Poderes, consequentemente diminuindo a politização daquela corte e diminuindo as críticas e dúvidas quanto aos julgamentos de autoridades do auto escalão que estão diretamente ligadas a forma de nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal. Tal mudança acarretaria uma maior legitimidade no exercício do cargo de ministro, vez que o mesmo não estaria diretamente ligado a um partido, assim aumentando a imparcialidade necessária nas decisões proferidas, pela Corte (NEVES; DE SOUZA, 2019, p. 32).

Outro ponto a se destacar está relacionado a falta de fiscalização dos membros do Supremo Tribunal Federal, que causa empoderamento a estes dando brecha para que ajam de maneira discricionária e politizada, visto que o presidente do Conselho Nacional de Justiça (órgão, que dentre outras atribuições, tem a função de fiscalizar os membros do poder judiciário) e o Presidente do STF são personificados na mesma pessoa, nos termos do artigo 103-B da Constituição Federal (BRASIL, 1988, s/p).

Desta forma, seria viável o desmembramento do Conselho Nacional de Justiça do Supremo Tribunal Federal para que ambos exerçam fiscalização mútua a fim de garantir maior integridade do poder judiciário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ficou demonstrado no presente trabalho que tanto a judicialização quanto o ativismo judicial são fenômenos presentes no Brasil.

Ambos os fenômenos impactam as bases do Estado Democrático de Direito como o Brasil. Por tal motivo fora aprofundado o estudo sobre esses impactos.

Sabe-se que a judicialização, mesmo com o Brasil sendo um país pautado na estrutura do *civil law*, fora prevista na Constituição brasileira de 1988 visto ter incumbido ao Poder Judiciário garantir a efetivação dos Direitos Constitucionais bem como assegurar ao titular destes direitos inúmeros meios de levar determinadas questões até este órgão visando a efetivação dos mesmos.

Ante a inercia e ineficácia dos poderes legislativo e executivo em efetivar suas funções, o Judiciário tem ganho força e auxiliado os cidadãos brasileiros a terem seus direitos e garantias

efetivados.

O grande problema nesta atuação tem sido o fato de que os magistrados muitas vezes extrapolam as linhas demarcatórias da judicialização o que acarreta o fenômeno do Ativismo Judicial, este ato, sem o mínimo amparo legal e constitucional e de extrema preocupação em virtude da sobreposição da convicção íntima dos membros do Judiciário ao previsto em leis e atos normativos editados por aqueles eleitos em meio ao exercício de cidadania do povo brasileiro.

A grande causa do ativismo, pode ser a politização do judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal que se encontra cada vez maior. Desta forma, o ideal para combater tal fenômeno seria a alteração Constitucional quanto ao modo de seleção dos membros desta Corte para uma apuração mais objetiva, como a seleção por meio de concurso público, bem como a instalação de um meio fiscalizatório destes, pois muito embora sejam os guardiões da Carta Magna, são acima de tudo humanos, passíveis de falhas e corrupção.

REFERENCIAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. **Da Legitimação Democrática do Poder Judiciário**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE). Vol. 2, nº 1, 2014. Disponível em <https://bit.ly/34RvX52>. Acessado em out. de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em <https://bit.ly/36tU9Km>. Acessado em out. de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2012. Disponível em <https://bit.ly/39xYyOJ> /. Acessado em out. de 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <https://bit.ly/1bJY1GL>. Acessado em out. de 2020.

DA SILVA, Enio Moraes. **O Estado Democrático de Direito**. Brasília, 2005. Disponível em <https://bit.ly/3jNzp7l>. Acessado em out. de 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo, Saraiva, 2013.

DE MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Análise Histórica da Separação dos Poderes na Ótica do Poder Judiciário no Brasil**. Revista Científica Direitos Culturais – RDC, v. 9 – nº 18, 2014. Disponível em <https://bit.ly/3jpZ6dH>. Acessado em out. de 2020.

FRAGA, Fábio; DE LIMA, Lucas Henrici Marques. **12 anos em 1: O plenário virtual do STF e o furacão de precedentes tributários**. Disponível em <https://bit.ly/2GTD4C4>. Acessado em out de 2020.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo, Martin Claret, 2003.

LOURENÇO, Haroldo. **Processo Civil: Sistematizado**. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2018.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Judicialização da política ou “politização suprema”? O STF, o poder de barganha e o jogo político encoberto pelo constitucionalismo**. Revista de Ciências Jurídicas, v.24, nº 1, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2SbmTlG>. Acessado em out. de 2020.

MACHADO, Diana Soares. **A politização do Supremo Tribunal Federal diante do mecanismo de escolha de seus membros**. Tese especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo - Programa de Pós-Graduação do Cefor/CD. Disponível em: <https://bit.ly/30hWvuR>. Acessado em out. de 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Direito e Administração Pública Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo, Atlas, 2013.

NEVES, Sinvaldo Conceição; DE SOUZA, Edson Kaygue Batista. **A Politização da Forma de Nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Agroambiental e Teoria do Direito, v. 7, nº 1, Barreiras/BA, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3cFPJ7f>. Acessado em out. de 2020

RALHO, Luiz Renato Adler. **Efeitos do Ativismo Judicial sobre o Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Ano 2, vol. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/36aLD5G>. Acessado em out. de 2020.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo, Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Dógenes V. Hassan. **Judicialização e Desjudicialização entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário**. Revista de Informação Legislativa. Ano 50 número 199 jul./set.2013. Disponível em <https://bit.ly/2GTHXuU>. Acessado em out. de 2020.

ROBL FILHO, Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo, Saraiva, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROCHA, Maria Luiza; SILVA, Rodrigo Ichikawa Claro. **Atividades Notariais e Registrais, Judicialização e Acesso à Justiça: O Impacto da Desjudicialização para a concretização dos Direitos da Personalidade**. Revista Jurídica Cesumar. Vol. 18, nº 1, 2018. Disponível em <https://bit.ly/30uc02V>. Acessado em out. de 2020.

SOUZA, Michel Roberto Oliveira de Souza; Col, Juliana Sípoli. **A súmula vinculante e o precedente judicial**. Revista Espaço Acadêmico – nº 126. Disponível em <https://bit.ly/3izMaAO>. Acessado em out. de 2020.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial: Nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV. Vol. 8, nº1, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/36fL9Ly>. Acessado em out. de 2020.

CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E DAS RELAÇÕES SUCESSÓRIAS: AUTONOMIA PRIVADA E LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Luiz Gustavo TIROLI¹
Alessandra Cristina FURLAN²

RESUMO

Nas últimas décadas, o direito de família contemporâneo foi amplamente impactado pela dinâmica das relações sociais e familiares. Em face da impossibilidade do legislador prever todas as situações, tem-se uma mudança paradigmática, ou seja, uma valorização do direito de família, alicerçada em princípios constitucionais, e a possibilidade das partes celebrarem negócios jurídicos familiares e sucessórios. Baseada na autonomia privada limitada, a contratualização vai ao encontro dos novos paradigmas do direito de família contemporâneo. Entretanto, faz-se necessário observar a legalidade constitucional na elaboração das avenças. Dessa forma, questiona-se: de que modo a relação entre a autonomia privada e a legalidade constitucional determina a celebração de negócios jurídicos familiares e sucessórios no ordenamento brasileiro? O objetivo da pesquisa é demonstrar a importância da contratualização no âmbito das relações familiares e das relações sucessórias para a concretização da família contemporânea, à luz da legalidade constitucional. O método adotado foi o dedutivo, com análise legislativa e revisão bibliográfica. Como consideração final, tem-se que os negócios jurídicos familiares e sucessórios são fundamentais para a realização do indivíduo no seio da família, desde que respeitados os limites impostos pela legalidade constitucional, sobretudo, pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade efetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Contratualização. Legalidade constitucional. Negócios jurídicos familiares. Negócios jurídicos sucessórios.

ABSTRACT

Contemporary family law has been largely impacted by the dynamics of social and family relationships in recent decades. Because it is impossible for the legislator to foresee all possible situations, there is a paradigmatic change, that is, an appreciation of family law based on constitutional principles and the possibilities of the parties to enter into legal transactions to define the entity's conduct. Based on limited private autonomy, contractualization meets the new paradigms of contemporary family law; however it is necessary to observe the constitutional legality in making the covenants. Thus, the question is: how does the relationship between private autonomy and constitutional legality determine the conclusion of family and succession legal businesses in the Brazilian system? The importance of contractualizing family relationships and succession relationships will be demonstrated for the realization of the contemporary family in the light of constitutional legality. The method adopted was the deductive one. The adopted technique is the bibliographic review. In the final considerations, it is important to conclude family legal transactions and succession legal transactions is fundamental for the realization of the individual

1 Acadêmico do curso de direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Integrante do Projeto de Pesquisa do Acesso à Justiça no Direito das Famílias da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Integrante do Projeto de Pesquisa Constituição, Constitucionalismo e Direitos Fundamentais do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Colaborador no Projeto de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

2 Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professora adjunta na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). O trabalho está vinculado ao Projeto de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

within the family, as long as the limits imposed by constitutional legality are respected, above all by the principles of human dignity, freedom and effective equality.

KEYWORDS: Contracting. Constitutional legality. Family legal affairs. Inheritance legal affairs.

INTRODUÇÃO

A dinamicidade das relações familiares tem impactado tanto a elaboração como a interpretação do direito de família contemporâneo. Dada à complexidade, o legislador não consegue acompanhar as alterações nesses vínculos, sendo necessário recorrer aos princípios basilares para garantir a tutela jurídica das situações não previstas em normas específicas. A fim de atribuir maior autonomia individual na condução da entidade, a celebração de negócios jurídicos familiares e sucessórios permite às partes, alicerçadas na manifestação de vontade, estabelecer os contornos voltados à realização da família. Entretanto, referida autonomia privada não se revela absoluta.

Com base nas premissas elencadas, é possível questionar: de que modo a relação entre a autonomia privada e a legalidade constitucional influencia os negócios jurídicos familiares e sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro? Quais seriam os limites impostos à celebração de tais atos negociais à luz da legalidade constitucional? O objetivo do estudo consiste em perquirir sobre os princípios constitucionais delimitadores dos acordos no âmbito familiarista e sucessório. A fim de investigar os princípios constitucionais, destacam-se, como rol exemplificativo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade e o princípio da igualdade efetiva.

Na consecução do objetivo delineado, o trabalho encontra-se estruturado em três tópicos. O primeiro versa sobre a autonomia privada à luz da legalidade constitucional como cerne da celebração dos negócios jurídicos familiares e sucessórios. Na sequência, discorre-se sobre a interpretação dos institutos clássico do direito civil, sob a perspectiva constitucional. Por fim, são analisados três princípios constitucionais, que delimitam os negócios jurídicos familiares e sucessórios: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da liberdade e princípio da igualdade efetiva. Na última parte, contempla-se também a importância da contratualização nesse contexto, com propósitos últimos de realização da família contemporânea e a busca da felicidade dos membros, nos limites legais e semânticos impostos pela legalidade constitucional.

Denota-se que a discussão se mostra relevante, por impactar diretamente os vínculos familiares e afetivos, definindo-se balizas indispensáveis para que os interessados autorregulem os relacionamentos de forma adequada e satisfatória. Logo, justifica-se a investigação pelas repercussões teóricas e práticas no sentido de disseminar a legalidade dos atos negociais familiares e sucessórios.

A pesquisa realizada tem cunho teórico, exploratório e crítico, desenvolvida à luz do método científico lógico-dedutivo, e conta com diversos procedimentos metodológicos de coleta de informações, como a análise da legislação e a investigação bibliográfica (livros e artigos científicos). Enfim, adverte-se que o texto não tem por finalidade um estudo teórico exaustivo a respeito da temática, mas tão somente demonstrar a relevância de se propiciar uma reflexão da autonomia privada na seara familiar e sucessória, frente aos princípios constitucionais.

1 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS FAMILIARES E SUCESSÓRIOS E A AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia é um elemento fundamental para o desenvolvimento humano. No âmbito dos negócios jurídicos, autonomia privada é o poder que as partes dispõem de, por meio da manifestação de vontade, determinar o conteúdo e a disciplina das relações jurídicas em que estão envolvidas.

Para Maria Helena Diniz (2015, p. 485), “o negócio jurídico origina-se de ato volitivo, que colima a realização de um certo objetivo, criando, com base em norma jurídica, direito subjetivo, e impondo, por outro lado, obrigações jurídicas”. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 16), “negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.

O negócio jurídico decorre da autonomia privada. Esclarece Pietro Perlingieri (2002, p. 17) que a autonomia privada pode ser conceituada como “o poder, reconhecido ou concebido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos, em qualquer medida, livremente assumidos”.

Destarte, torna-se necessário distinguir autonomia da vontade e autonomia privada. Conforme Luigi Ferri (2001, p. 5) “as duas expressões podem parecer sinônimos à primeira vista, mas não são”³. A primeira está relacionada ao fenômeno psicológico capaz de gerar a ação finalística na seara da autonomia privada (CABRAL, 2004, p. 87). Ou seja, por não ter função juridicamente imposta, a autonomia da vontade detém legitimidade decorrente da própria vontade individual (FERRI, 1959, p. 158).

Quanto à autonomia privada, ela consiste no “poder que o particular tem de criar, nos limites legais, normas jurídicas” (AMARAL, 2012, p. 183). Em face da constitucionalização do direito privado e do fenômeno de repersonalização do direito, tem-se uma derrocada da concepção ilimitada da autonomia da vontade e a sua substituição pelo princípio da autonomia privada.

3 (Tradução livre). No original: “*las dos expresionespodrían parecer a primera vista sinónimas, pero no loson*”.

A necessária evolução da contratualização, anteriormente alicerçada na concepção de que a vontade livremente manifestada deveria ser cumprida, hodiernamente adquire novos contornos, de forma a conceber o poder de contratar como não absoluto, mas limitado pelos princípios constitucionais e civilísticos, haja vista estar fundada na ordem, na justiça e na liberdade. Sendo assim, a evolução do conceito de autonomia da vontade para o princípio da autonomia privada modifica consideravelmente a compreensão de negócio jurídico, que se acha atrelado aos valores constitucionais, sobretudo, à realização da dignidade da pessoa humana (BORGES, 2005, p. 46) e da solidariedade social.

Nesse sentido, os contratos – importantes motores econômicos de uma sociedade – são tradicionalmente alicerçados no princípio da autonomia privada, que apresenta uma tríplice vertente: a liberdade de celebrar ou não o contrato; a liberdade de escolha da pessoa física ou jurídica com quem se queira contratar e a liberdade de determinação do conteúdo do contrato (SCHREIBER, 2019, p. 420).

Todo pacto isento de vício e causa de invalidade faz lei entre as partes, conforme o clássico princípio do *pacta sunt servanda*. Afastá-lo das relações contratuais, inclusive no contexto do direito de família, poderia gerar uma crise de confiança, fragilizando a autonomia privada e “descaracterizaria o significado dos próprios direitos da personalidade envolvidos nas negociações” (CARVALHO, 2020, p. 06).

Hodiernamente, admite-se a possibilidade de contratar para além das questões meramente patrimoniais, reconhecendo-se os negócios jurídicos existenciais. Os atos de autonomia privada deixaram de ter fundamento exclusivo na livre iniciativa econômica, consubstanciada no artigo 170 da Constituição Federal. Sendo assim, “quando os atos de autonomia disserem respeito às situações existenciais, se relacionam diretamente à cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”, prevista no artigo 1º, inciso III da Carta Fundamental (MEIRELES, 2009, p. 98).

Ademais, observa-se a ruptura paradigmática no direito contratual contemporâneo, em “razão da desamarra de concepções clássicas e liberais para uma visão social, especialmente em relação a valorização do ser humano, e verdadeira concretude do sujeito” (LIMA; MARQUESI, 2019, p. 43). Abandona-se a concepção de sujeito em abstrato e adota-se uma análise do sujeito de forma concreta, demonstrando uma predileção pelas questões existenciais em detrimento das patrimoniais. A título de exemplificação, o Código Civil de 1916 destinou 290 artigos ao regramento do direito de família, sendo que, destes, 151 tratavam exclusivamente sobre relações patrimoniais e apenas 139 versavam sobre relações pessoais (LÔBO, 2011, p.23).

Em que pese os avanços advindos do Código Civil de 2002, ainda permanecem fortes resquícios da herança patrimonialista, como se verifica no tocante às causas suspensivas do

casamento (artigo 1.523), a imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos e para as pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento (artigo 1.641) e a demonstração de que as normas destinadas à tutela estão mais voltadas ao patrimônio do que necessariamente aos interesses pessoais dos tutelados (LÔBO, 2011, p. 29).

É no ambiente de despatrimonialização do direito de família e de valorização das relações intersubjetivas existenciais que emerge a contratualização do direito de família, com a possibilidade de negócios jurídicos versando sobre prestação alimentar, distribuição das responsabilidades atinentes ao exercício da autoridade parental e manutenção da guarda compartilhada. Quanto ao direito sucessório, tem-se a possibilidade de disposição testamentária, doação entre membros da família, projeções sucessórias em caso de multiparentalidade e outros.

Na verdade, a mencionada ruptura paradigmática não afastou os conteúdos patrimoniais do seio familiar. No entanto, extrai-se uma releitura do conteúdo patrimonial no contexto familiar por intermédio do sujeito, da dignidade e da individualidade, ou seja, a percepção de que o recurso material serve ao indivíduo, e não o contrário. Centralizar a pessoa e lhe atribuir o protagonismo na condução das questões patrimoniais é um sinal da despatrimonialização do direito de família, como ocorre, por exemplo, na proposta de relativização da herança legítima, ampliando-se a liberdade de disposição de uma parcela maior do patrimônio do indivíduo, como melhor lhe aprouver.

Para Pietro Perlingieri (2002, p. 302), a previsão contida no Código Civil italiano de acordar a “direção familiar”, por exemplo, representa a prevalência das escolhas dos indivíduos e do grupo familiar em questões patrimoniais e, sobretudo, existenciais⁴. Denota-se que a celebração de acordos em relação à condução da vida familiar privilegia o princípio da igualdade jurídica e moral.

Além disso, o acordo pode mitigar os índices de judicialização das matérias familiares. Segundo o relatório Justiça em Números, de 2019, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019, p. 166), a taxa de congestionamento chega a 63% nas varas exclusivas de direito de família. Portanto, além dos elevados índices de ações judiciais, cabe observar que, nem sempre, a decisão é satisfatória para ambas as partes.

A celebração de negócios jurídicos vai ao encontro de uma mudança paradigmática do direito de família contemporâneo, com acentuada valorização da subjetividade, dignidade humana e autodeterminação dos seus membros, em detrimento do caráter publicista da família. A concepção de entidade familiar como instituição que deve cumprir um dever coletivo, social e historicamente

4 (Tradução livre): “Os cônjuges combinam o endereço da vida familiar e fixam a residência da família de acordo com as necessidades de ambos e com as necessidades preeminentes da própria família. Cada um dos cônjuges tem o poder de implementar o endereço acordado”. *No original: “I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato” (Art. 144, Codice Civile).*

determinado evidencia-se em plena derrocada. A concepção contemporânea está entrelaçada pela compreensão de unidade social composta por indivíduos que buscam a felicidade e a realização pessoal, unidos por laços de afetividade, solidariedade, responsabilidade e respeito mútuo.

Para Pietro Perlingieri (2002, p. 286), o direito de família necessita de “uma mais meditada reconsideração sobre o valor dos atos de natureza familiar excessivamente sacrificado por uma ainda imperante concepção publicista da família e da conseqüente tímida explícita negação dos negócios familiares”. Os negócios jurídicos familiares são “um sinal da privatização do direito de família e da superação das precedentes concepções publicistas e autoritárias nas quais era sacrificado o momento consensual, a favor de pretensos valores superindividuais ou de interesses superiores”⁵ (COMPORTI, 1995, p. 109).

A fim de afastar as dúvidas quanto à validade dos negócios e o argumento de serem referidos atos incontroláveis, Pietro Perlingieri sustenta que sejam submetidos à apreciação judicial e, assim, o julgador possa declarar a iniquidade do acordo quando verificada a violação de preceitos fundamentais – assim como ocorre com todos os demais negócios jurídicos no ordenamento brasileiro.

Com efeito, Gustavo Tepedino (2015) entende que os negócios jurídicos familiares existenciais devem ser passíveis de sindicância judicial, de acordo com a particularidade do caso concreto e da dimensão jurídica. “Em resumo, a fim de validar os contratos relacionados ao âmbito do direito de família, é necessário considerar que eles não afetem a moral e a ordem pública”⁶ (ARHANCET, 2012, p. 246).

Em que pesem as resistências quanto à natureza, os contratos que versam sobre as relações familiares podem ser considerados negócios jurídicos, pois o fato de que “as situações subjetivas sobre as quais o ato de autonomia é destinado a incidir tenha origem legal não significa que o próprio ato não seja negocial” (PERLINGIERI, 2008, p. 1024).

A autonomia privada é o elemento principal na constituição dos negócios jurídicos familiares e sucessórios. Entretanto, não se constitui como absoluta; deve ser relida, interpretada e concebida à luz da sistemática civilística e da legalidade constitucional. Respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro, a autonomia privada pode conduzir as partes na concretização da família como palco de realização individual, em que os sujeitos unem-se para buscar a felicidade, unidos por laços de afetividade e solidariedade.

5 (Tradução livre). No original: “*Nel segno della privatizzazione del diritto di famiglia e del supamento delle precedenti concezioni publicistiche e autoritarie nelle quali veniva sacrificato il momento consensuale a vantaggio di pretesi valori superindividuali o di interessi superiori*”.

6 (Tradução livre). No original: “*En definitiva, para validar losacuerdos referidos al ámbitodelderecho de familia será necesariotenerencuenta que estos no afectenla moral o elorden público*”.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: POR UMA METODOLOGIA CIVIL CONSTITUCIONAL

Na modernidade líquida, os vínculos sociais são efêmeros, superficiais e imediatos, fruto de uma sociedade baseada no consumo e no descarte do obsoleto, além da alteração da compreensão de tempo nas relações sociais que este fenômeno ocasiona.

Na perspectiva consumista, característica da modernidade líquida, comprar é a resposta para diversos problemas enfrentados pelos indivíduos, inclusive para maior satisfação no amor ou evitar o apego ao parceiro, “pelos modos de obter o amor do amado e o modo menos custoso de acabar com uma união quando o amor desapareceu e a relação deixou de agradar” (BAUMAN, 2001, p. 96).

Apesar dos tantos inconvenientes dessa modernidade líquida, não se pode subestimar os aspectos positivos alcançados, tais como a ampliação da liberdade, a democratização das relações sociais, a crescente valorização da igualdade, o reconhecimento da subjetividade e, conseqüentemente, da afetividade (CALDERÓN, 2017, p. 15-16).

Em verdade, a concepção de família vem sofrendo transformações significativas ao longo dos períodos históricos. Impactada por desdobramentos sociológicos, a família não mais se restringe aos modelos elencados na Constituição Federal de 1988, mas a partir dela, constitucionalizou-se e, como base da sociedade, merece especial proteção do Estado. Tal concepção influenciou o diploma civil de 2002, que “adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais ao direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais” (GONÇALVES, 2009, p. 5).

Dada à complexidade e à dinamicidade das relações, tem-se a necessidade de um direito de família principiologizado, considerada a impossibilidade de o legislador acompanhar o movimento social que se faz e refaz constantemente, sobremaneira, nesse ramo do direito. Não se trata de ignorar ou mitigar o princípio democrático que atribui função ao legislador para estabelecer regras específicas, mas entender que, havendo ou não regramento, deve-se observar a legalidade constitucional na tutela das relações familiares contemporâneas.

Com efeito, destaca-se o direito civil constitucional, cujo principal expoente é Pietro Perlingieri, jurista italiano conhecido por defender que os clássicos institutos do direito civil sejam relidos à luz da legalidade constitucional. O doutrinador sustenta que a norma, sendo clara ou não, precisa ser interpretada nos termos dos valores e princípios “do ordenamento, e deve resultar em um processo argumentativo não somente lógico, mas axiologicamente conforme as escolhas de fundo do ordenamento” (PERLINGIERI, 2008, p. 597).

No Brasil, sobretudo a partir do processo de redemocratização política e da guinada axiológica apregoada pela Constituição Federal de 1988, o direito civil constitucional teve ampla

receptividade pela doutrina. Os estudos pioneiros do direito civil constitucional deram-se, primeiramente, no Rio de Janeiro (UERJ), pelos professores Gustavo José Mendes Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, respectivamente, autores das obras “Temas de Direito Civil” e “Na medida da pessoa humana” (KONDER, 2015).

Posteriormente, destacam-se: no Paraná (UFPR), o Ministro Luiz Edson Fachin; em Pernambuco (UFPE), Paulo Luiz Neto Lôbo e, em São Paulo (USP e FADISP), Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (MARRAFON, 2015). Destaca-se, também, Anderson Schreiber, expoente contemporâneo dos estudos relacionados ao direito civil constitucional, sobretudo pela obra “Manual do Direito Civil contemporâneo” e “Direito Civil e Constituição”.

A fim de perquirir sobre o direito civil constitucional, torna-se fundamental compreender o conceito de ciência jurídica pela perspectiva da função prática, a fim de impedir que se incorra em uma ciência jurídica abstrata, apartada da realidade (política, social, econômica). Ao contrário, evidencia-se a resolução dos problemas humanos concretos, pois o “direito deve necessariamente se adequar às mutações da sociedade na qual está inserido, sob pena de perder sua correção histórico-social (CALDERÓN, 2017, p. 9).

Outrossim, a metodologia civil constitucional sustenta que o direito civil não pode ser compreendido como um conjunto de valores isolados da realidade em que está e fechado em si, uma vez que este compõe o “sistema solar” em que o “sol” é a Constituição Federal (LORENZETTI, 1998, p. 45). “A preocupação com as questões sociais presentes na Constituição Federal brasileira de 1988 substitui o individualismo, o patrimonialismo e o formalismo do direito privado” (BRAGANHOLLO, 2007, p. 71). A autonomia privada, que outrora norteava a práxis do direito civil, não deixa de existir e atuar, mas a sua funcionalidade é redirecionada para a concretização dos valores constitucionais (TEPEDINO, 2015).

Para Perlingieri (2008, p. 591), o papel do civilista contemporâneo à luz da legalidade constitucional consiste em “individualizar um sistema do direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa”. Outra missão pode ser conceituada como o dever de “redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor (constitucional)” e, por fim, “verificar e adequar às técnicas e noções tradicionais [...], em um esforço de modernização do instrumentário e, especialmente, da teoria da interpretação”.

Almeja-se, assim, um direito civil constitucional capaz de conduzir a hermenêutica jurídica aplicada aos casos concretos no âmbito do direito civil. Não objetiva esvaziar os conceitos históricos e tradicionais da civilística, ao contrário, busca atribuir uma interpretação conforme a

realidade política e social, axiologicamente estabelecida pela própria sociedade em determinada quadra histórica consolidada no texto constitucional. Concebendo o direito de família um ramo do direito aberto à dinamicidade das realidades sociais, não vazio e superficial em suas categorias, mas atento a oferecer uma resposta adequada à legalidade constitucional.

3 A CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E SUCESSÓRIAS À LUZ DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Os negócios jurídicos familiares e sucessórios são instrumentos garantidores da realização da família contemporânea. Entretanto, quando verificada a violação de preceitos fundamentais que ferem a legalidade constitucional – assim como ocorre com os demais negócios jurídicos no ordenamento brasileiro – faz-se necessário que sejam afastados. Os negócios jurídicos familiares e sucessórios têm como fundamento a possibilidade das indivíduos “criarem normas contratuais, *exercendo um poder limitado legalmente*, que as vincula à prática dos direitos e deveres avençados” (DINIZ, 2011, p. 352, grifos nosso). Para tanto, torna-se essencial compreender os fundamentos constitucionais que limitam e direcionam esses acordos.

Uma vez que o negócio jurídico familiar não pode ser “terreno exclusivo da vontade, imune à incidência das normas constitucionais, mas instrumento cujo merecimento de tutela deve ser permanentemente aferido à luz da nova tábua axiológica consagrada pela Constituição” (SCHREIBER, 2019, p. 221).

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, desencadeou-se o fenômeno da repersonalização do direito privado, em que o ser humano passa a ocupar o cerne do ordenamento jurídico brasileiro. Atualmente, sustenta-se que a aplicação dos institutos jurídicos deva objetivar a máxima finalidade de fazer prevalecer a dignidade da pessoa humana, atendendo ao disposto na Constituição Federal. Sendo assim, na elaboração dos negócios jurídicos familiares e sucessórios, o princípio primordial a ser observado é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III).

Além da dignidade da pessoa humana, destacam-se: a liberdade (artigo 5º, II; artigo 226, §7º); a igualdade e respeito à diferença (artigo 3º, IV; artigo 5º, *caput* e I; artigo 227, § 6º); a solidariedade e reciprocidade (artigo 229); a família como base da sociedade (artigo 226); o pluralismo de entidades familiares (artigo 226, § 3º e 4º); a proteção integral de crianças, adolescentes, jovens e idosos (artigo 227 e artigo 230); a convivência familiar (artigo 226); o planejamento familiar (artigo 226, §7º); a parentalidade responsável (artigo 226, § 7º); a proibição do retrocesso social, entre outros, como o da afetividade e o da busca pela felicidade que decorrem do arcabouço principiológico constitucional para o direito de família contemporâneo.

Para fins de investigação, em consonância com os princípios elencados em rol meramente

exemplificativo, destacam-se nos acordos familiares e sucessórios: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade e o princípio da igualdade. Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, adota-se a base filosófica de Kant, para quem a coisa tem preço, o homem, dignidade. Logo, não se admite que o homem tenha um fim que não seja nele mesmo. “A dignidade da pessoa humana quando aplicada à esfera privada relaciona-se à tutela dos direitos da personalidade, protegendo, pois, a intangibilidade de valores individuais básicos consolidados no desenvolvimento da sociedade” (TORRES; TIROLI, 2019, p. 136).

Em respeito à dignidade humana, possibilita-se o contrato de gestação substitutiva, de forma a assegurar a plena realização do planejamento familiar e o direito subjetivo dos indivíduos que almejam a concretização da parentalidade. Assim, uma mãe contratante vale-se do útero de outrem para gestar o bebê, que será entregue no nascimento. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 10), o verdadeiro significado da família “apenas se perfaz se vinculada, de forma indelével, à concretização da dignidade das pessoas que a compõe, independentemente do modelo que assumiu, dada a sua realidade plural na contemporaneidade”.

Além disso, a dignidade está relacionada à liberdade. Diante da base constitucional, os negócios jurídicos familiares e sucessórios devem observar a vontade livre e manifesta das partes em acordarem a respeito da condução familiar. Quando aplicado à realidade, tem-se a não-intervenção do Estado na constituição familiar, conforme o disposto no artigo 226, § 7º da Constituição Federal: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, (...), vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. O direito à liberdade está diretamente relacionado aos negócios jurídicos familiares e sucessórios, pois pode ser conceituado como “o poder que a pessoa tem de auto-regulamentar os próprios interesses” (SARMENTO, 2005, p. 188).

Para Paulo Lôbo (2011, p. 70), “o princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção”. Ou seja, não se admite a ingerência estatal na liberdade e na vida privada dos indivíduos, quando ausente a violação do arcabouço legal e constitucional, e a decisão da direção familiar não tenha repercussão geral para além do núcleo dos sujeitos envolvidos na avença. Nesse contexto, são lícitos os contratos de namoro, entendidos como negócios jurídicos existenciais que, com fulcro na livre declaração, afastam a incidência das questões patrimoniais ao relacionamento afetivo, fazendo-se consolidar a primazia das questões existenciais sobre as patrimoniais.

Um terceiro princípio constitucional norteador da celebração dos negócios jurídicos familiares e sucessórios é o da igualdade efetiva, que pode ser dividida em pelo menos três vertentes interdependentes entre si. Primeiramente, destaca-se o aspecto da igualdade formal, que

objetiva idêntico tratamento para todos os indivíduos, independentemente de qualquer condição. Segundo, tem-se a igualdade material, alicerçada na superação das realidades e particularidades individuais; consiste na ação propositiva para igualar os indivíduos, que essencialmente são desiguais, sobretudo quando submetidos ao império da mesma lei. E, por fim, a igualdade por reconhecimento, relacionada ao respeito das minorias, da sua identidade e diferenças, sejam elas raciais, culturais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.

As três dimensões integram a igualdade efetiva e têm fulcro na Constituição Federal de 1988. A dimensão de igualdade formal está consubstanciada no artigo 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A dimensão de igualdade material acha-se disposta entre os objetivos precípuos da República Federativa do Brasil, isto é, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, I) e erradicar “a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (artigo 3º, III).

E, por último, a dimensão de igualdade como reconhecimento, encontra-se em outro objetivo da República, que consiste em “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, IV) (BARROSO; OSÓRIO, 2016, p. 208). Todas as dimensões da igualdade efetiva devem vincular as relações familiares, com o intuito de assegurar a igualdade entre os filhos, entre os cônjuges e companheiros e, também, entre a diversidade de manifestação dos arranjos familiares.

No tocante ao princípio da igualdade, por meio dos contratos de parentalidade, os pais dispõem sobre a condução das responsabilidades atinentes ao exercício da autoridade parental, sobretudo em caso de dissolução da relação afetiva. À luz da igualdade efetiva, é possível concretizar o dispositivo constitucional ao atribuir responsabilização conjunta entre pais, o que corrige as distorções históricas de apenas um dos pais assumir a responsabilidade parental.

Entretanto, destaca-se a decisão da quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, com relatoria do Ministro Raul Araújo, em 21 de setembro de 2017, que, ao analisar o agravo interno no REsp 1391790/TO, afastou o negócio jurídico familiar que versava sobre alimentos, uma vez que os pais acordaram o valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), mas o Ministério Público recorreu, e o magistrado havia dobrado o valor. Na decisão de manter a sentença, a quarta turma sustentou que “cabe ao juiz da causa avaliar a regularidade do ato e o seu alcance, antes de homologá-lo, avaliando se ele prejudica os interesses dos incapazes envolvidos no feito” (STJ, 2017).

Desta forma, a feitura de negócios jurídicos e o processo de contratualização das relações familiares e das relações sucessórias só pode se consolidar a partir dos contornos atribuídos pela legalidade constitucional, que é irradiada para todo o ordenamento jurídico brasileiro, incidindo, inclusive, na relação entre os particulares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os negócios jurídicos familiares e sucessórios têm o fundamento para sua concretização na autonomia privada. Todavia, ressalta-se a necessidade de interpretar o instituto à luz da legalidade constitucional, atribuindo novos contornos para aquela que historicamente foi concebida sob o prisma do *pacta sunt servanda*, de maneira ilimitada e apartada do controle jurisdicional. Hodiernamente, a vinculação continua a imperar, a fim de evitar a banalização dos contratos, mas de acordo com os princípios constitucionais e das decisões respaldadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, almeja-se uma interpretação do direito de família e do direito sucessório contemporâneo de acordo com a metodologia civil constitucional, permitindo, no âmbito das relações privadas e concretas, a incidência da legalidade constitucional, e sustentando não um esvaziamento da civilística, mas uma releitura que permita a adequação do direito tradicional e historicamente constituído de acordo com a realidade estabelecida pela sociedade por meio da Constituição Federal.

A prevalência dos interesses existenciais em detrimento dos patrimoniais, no âmbito do direito de família e sucessório, tem permitido o surgimento de negócios jurídicos existenciais com fulcro na dignidade da pessoa humana, na liberdade e na igualdade efetiva. Tais princípios delimitam a celebração dos negócios jurídicos familiares e sucessórios, além de outros elencados em rol meramente exemplificativo, tais como proteção integral dos vulneráveis, livre planejamento familiar e convivência familiar.

São instrumentos para a realização da família contemporânea, primeiro pela inércia do legislador e sua impossibilidade de acompanhar o movimento da sociedade; segundo, e mais importante, por atribuir a responsabilidade pela condução da família para os membros que a compõe, sinalizando para a privatização da instituição em detrimento do caráter publicista que mitigava a realização pessoal. Compreende-se, enfim, a família como palco da realização pessoal, alicerçada na liberdade, na dignidade, na igualdade e entrelaçada pela afetividade e solidariedade, na busca da felicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARHANCET, Mabel Rivero. Sobre el derecho de familia y los negocios jurídicos familiares. **Revista de Derecho**. Segunda época. Año 7. N.º 7 (diciembre 2012), 227-248 - ISSN 1510-3714, 2012.

- AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. “Sabe com quem está falando?”: notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. **Direito e práxis**. Rio de Janeiro, v. 07, n. 13, 2016, p. 204-232.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- CABRAL, Eurico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**. a.5, n. 19, jul./set., 2004.
- CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Contratos familiares**: cada família pode criar seu próprio Direito de Família. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 01 jul. 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familiares:+cada+fam%c3%adlia+pode+criar+seu+pr%c3%b3prio+Direito+de+Fam%c3%adlia#_ftn1. Acesso em: 14 ago. 2020.
- CNJ. **Justiça em números 2019**/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em 10 ago. 2020.
- COMPORTI, Marco. **Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio**. Foro Italiano, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001.
- FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. In: Studi in onore di Francesco Messineo: per il suo XXXV anno d’insegnamento. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1959.
- LIMA, Caroline M. Salvadego Guimarães de Souza; MARQUESI, Roberto Wagner. Os contratos existenciais e os contratos de lucro: aplicabilidade à luz dos princípios contratuais. In: ESPOADOR, Rita de Cássia R. Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho. **Direito contratual contemporâneo**. Londrina: Thoth, 2019.

- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Despatrimonialização do direito de família. In: **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**, São Luís: TJ-MA, v. 1, n. 1, jan/dez, 2011.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Boletim do IBDFAM. **V Congresso: família e dignidade humana**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no recurso especial 13991790/TO**, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21.09.2017, DJe 19.10.2017.
- TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 475-502.
- TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. **Boletim Científico**. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.17, p. 223-235 – out/dez., 2015.
- TORRES, Glaucia Cardoso Teixeira; TIROLI, Luiz Gustavo. Os direitos da personalidade enquanto manifestação da dignidade humana no contexto da constitucionalização do direito civil. **Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**. Direito Constitucional Contemporâneo I / Vivianne R, Arthur R. do Nascimento, Samia Saad G Bonavides & Amanda Q dos Santos, organizadores. Jacarezinho, PR: UENP, 2019.

O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO SUPÉRSTITE E A GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA

Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS¹
Daniela Braga PAIANO²

RESUMO

A presente pesquisa propõe analisar a aplicação do direito real de habitação do viúvo na união estável. Para tanto, na primeira parte, foi empreendida uma discussão sobre o direito fundamental à moradia, que deve ter aplicabilidade imediata, conforme dispõe o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal. Na segunda parte, a pesquisa abordou o direito real de habitação, qual seja, a possibilidade de o viúvo de uma relação permanecer no imóvel comum do casal, de modo gratuito. Atualmente, o instituto é tratado no Código Civil apenas com relação à família matrimonial. Neste aspecto, ressaltou-se que o Código Civil não fez nenhuma menção quanto à revogação da Lei nº. 9.278/1996, que trata expressamente da aplicabilidade do instituto do direito real de habitação ao companheiro supérstite. Por isso, a terceira parte do trabalho versa sobre casos concretos nos quais o instituto foi aplicado ao companheiro supérstite, bem como destaca os principais argumentos utilizados em favor da concessão. Esse estudo propõe fomentar a discussão sobre o tema e se justifica em razão da ausência de consenso acerca da questão. Trata-se de pesquisa de cunho teórico, exploratório e crítico, desenvolvida à luz do método científico-dedutivo e que conta com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Quanto aos resultados e conclusões, destaca-se que tanto por entendimento doutrinário, como jurisprudencial, o direito real de habitação do viúvo supérstite da união estável é reconhecido.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia. Direito real de habitação. Companheiro supérstite.

ABSTRACT

This research proposes to analyze the application of the real right of widowed housing in the stable union. Therefore, in the first part, a discussion about the fundamental right to housing was undertaken, which must have ensured the immediate applicability treated in § 1 of art. 5 of the Federal Constitution. In the second part, it was addressed the real right of housing, which is configured by the possibility that the widower of a relationship can remain in the couple's common property, free of charge, whereas, currently, the Civil Code only deals with the relationship constituted by the marriage. In this regard, it is emphasized, that the Civil Code made no mention of the repeal of Law no. 9.278 / 1996, which expressly deals with the applicability of the institute of the real housing right. For this reason, the third part deals with concrete cases in which the institute was applied to the superstitious companion, as well as highlights the main arguments used in favor of the concession. This study proposes to encourage discussion on the topic and is justified due to the lack of consensus on the issue. It is a theoretical, exploratory and critical research, developed in the light of the scientific-deductive method that includes bibliographic and jurisprudential research. As for the results and conclusions, it is highlighted that both by doctrinal and jurisprudential

-
- 1 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Possui especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Advogada. Colaboradora do projeto de pesquisa “Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias” da Universidade Estadual de Londrina – UEL. E-mail: beatriztavaresfs@gmail.com.
 - 2 Professora Adjunta na Universidade Estadual de Londrina (UEL), lotada no departamento de direito privado. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora do projeto de pesquisa “Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias” da Universidade Estadual de Londrina – UEL. E-mail: danielapaiano@hotmail.com.

understanding, the real right of habitation of the superstitious widower of the stable union is recognized.

KEYWORDS: Housing right. Real right of housing. Surviving companion.

INTRODUÇÃO

O direito à moradia foi introduzido na Constituição Federal após a Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000. Por se tratar de um direito fundamental, com previsão no artigo 6º da Constituição de 1988, ele deve ter a sua aplicabilidade imediata assegurada, ou seja, incumbe ao Estado promover as medidas necessárias à sua efetivação.

Neste aspecto, ressalta-se, com relação à ideia de moradia, que a doutrina aponta que, para que seja resguardada a Dignidade da Pessoa Humana, faz-se necessário assegurar não apenas a ocupação de uma habitação para o indivíduo, mas sim um local que conte com pressupostos para que seja considerado como um local adequado, tais como a segurança da posse, a infraestrutura urbana, o custo acessível, uma boa localização e outros.

Dentre as diversas perspectivas pelas quais a discussão sobre o direito à moradia pode ser engendrada, o presente artigo enfoca o instituto do direito real de habitação, que possibilita a habitação em imóvel alheio de modo gratuito, e de sua aplicabilidade ao viúvo supérstite da união estável.

Neste sentido, convém mencionar que, no ano de 1996, foi publicada a Lei nº. 9.278/1996, a qual regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, que, por sua vez, dispõe sobre a união estável. A referida Lei prevê expressamente, em seu artigo 7º, parágrafo único, que ao sobrevivente da união estável deve ser assegurado o direito real de habitação quando houver a morte de um dos conviventes.

Ocorre que o Código Civil de 2002 apenas reconheceu o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, sem versar sobre a aplicação do instituto ao companheiro supérstite, o que levou a um debate a respeito da manutenção da previsão do artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9.278/1996, ou de sua revogação.

Por isso, por meio da presente pesquisa, buscou-se examinar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais com relação à matéria, para verificar se o direito real de habitação tem sido assegurado ao viúvo supérstite da união estável e, em caso positivo, quais são os fundamentos para esse reconhecimento.

A partir do debate dessas questões, o presente estudo propõe trazer para a comunidade acadêmica uma discussão oportuna no que diz respeito à interpretação do direito real de habitação ao companheiro supérstite, de modo a analisar os principais posicionamentos a respeito do tema.

1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Nesta primeira parte do trabalho, partir-se-á da contextualização do direito fundamental à moradia no ordenamento jurídico pátrio bem como a análise do seu conceito, para então, na parte que segue, discorrer sobre o direito real de habitação propriamente dito.

1.1 Contextualização

Ao analisar o direito à moradia no Ordenamento Jurídico Pátrio, nota-se que o direito à moradia conta tanto com bases normativas na ordem internacional, em acordos internacionais ratificados pelo Brasil, como também na ordem interna, que podem ser observadas pelas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Do ponto de vista da ordem jurídica internacional, é possível verificar que o Brasil ratificou diversos diplomas internacionais que versam sobre a questão da moradia, tais como o “Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos” (1966), “Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” (1966), “Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial” (1965); “Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher” (1979); “Convenção sobre os Direitos da Criança” (1989); entre outros (CALIXTO; TERESA, 2015).

Já na ordem interna, nota-se que, após a introdução pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, o direito à moradia passou a ser considerado como um direito social, com previsão no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal. Além do referido preceito, constata-se que outros dispositivos constitucionais tratam do direito à moradia enquanto direito fundamental. Como exemplo, Marcelo de Oliveira Milagres (2011, p. 62-63) cita o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que visa assegurar, ao trabalhador, um salário-mínimo dotado de poder aquisitivo que viabilize a moradia, bem como o artigo 5º inciso XXIII, artigo 170, inciso III, e artigo 182, § 2º, os quais tratam da vinculação social da propriedade, e também os arts. 183 e 191, que tratam das usucapiões urbana e rural para fins de moradia.

A este respeito, cumpre destacar que, segunda leciona Silva (2015, p. 520), os direitos sociais se enquadram em uma categoria dos direitos fundamentais, e exigem prestações positivas por parte do Estado, com o objetivo de conferir melhores condições de vida aos menos favorecidos,

ou seja, visam a igualar situações sociais desiguais. O autor também ressalta que a referida espécie de direito atua para criar condições materiais mais propícias em busca da igualdade real.

Os direitos fundamentais que, conforme exposto, abrangem os direitos sociais, são assim denominados porque, sem eles, a pessoa humana não se realiza e, por vezes, sequer sobrevive. Tais direitos não só merecem ser reconhecidos a todos os indivíduos, como também efetivados (SILVA, 2014, p. 450).

Sob tal aspecto, Bonavides (2004, p. 642-643) ressalta que não há distinção de grau ou valor entre os direitos fundamentais sociais e os individuais, uma vez que a interpretação de ambos deve ser realizada sob a ótica da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, importante destacar que, por força do disposto no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, “(...) as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Por meio da regra de aplicabilidade imediata, o Constituinte buscou atribuir ao Estado o dever de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, com a imposição de implementar as medidas necessárias à sua realização (SOBRINHO; NASPOLINI; LIMA, 2019).

Pelo exposto, constata-se que, em razão de o direito à moradia ser um direito fundamental social, esse deve ter aplicabilidade imediata, por força do disposto no texto constitucional. Ademais, alguns autores ressaltam que a referida norma constitucional não pode ser interpretada de modo isolado, mas sim de maneira sistemática, aliada a outros dispositivos constitucionais, tais como o artigo 1º, inciso III, e artigo 3º, artigo 23, inciso IX, que tratam da construção de uma sociedade justa, solidária, com desenvolvimento, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais (SOBRINHO; NASPOLINI; LIMA, 2019).

1.2 Conceito

Com relação ao conceito de direito à moradia, Silva (2005, p. 314) o entende como o ato de ocupar um lugar para nele habitar. A ideia de “morar”, para o autor, relaciona-se à ideia básica de habitualidade ao ocupar uma edificação, o que sobressai com sua correlação com residir e habitar.

Figueiredo Júnior (2020), por seu turno, entende a moradia como “(...) a fixação estabelecida pelos seres humanos em um determinado lugar, onde passam a desenvolver suas necessidades básicas com dignidade”.

Souza (2020) destaca que, sob a ótica do direito civil, a moradia é um bem extrapatrimonial da personalidade, visto que é essencial à existência digna de todos, conceito este inerente aos bens extrapatrimoniais da personalidade. Para o autor, o bem da moradia é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua proteção jurídica. Diferencia-se da residência por esta

configurar tão somente o local onde se encontraria o indivíduo, assim como da habitação, que consiste na relação entre sujeito e imóvel, seja essa decorrente de direitos pessoais ou reais. Assim, a moradia configura, para o autor, uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico (como bem extrapatrimonial), e, além disso, é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano (SOUZA, 2020).

Neste aspecto, convém destacar que, conforme leciona Silva (2005, p. 314), o direito à moradia não envolve a faculdade de só ocupar uma habitação, pois esta deve contar com dimensões adequadas, higiene, conforto e ser capaz de preservar a intimidade pessoal de seus membros, assim como a privacidade familiar.

A Recomendação Geral nº. 4 das Nações Unidas (1991) descreve quais são os pressupostos para uma moradia adequada. São eles: a segurança jurídica da posse; a disponibilidade de serviços, com infraestrutura urbana, custo acessível, habitabilidade, acessibilidade, localização e adequação cultural.

Portanto, conforme expõe Mastrodi e Alves (2017), a moradia adequada compõe-se de diversos serviços que devem atender às necessidades de seus moradores. Por isso, para que a moradia seja considerada adequada, não basta que a pessoa tenha, simplesmente, uma casa, pois os requisitos mencionados anteriormente também devem ser atendidos.

Souza (2020) destaca a concepção do direito à moradia à luz do direito civil, a qual encontra relação com os direitos da personalidade, uma vez que trata de garantias mínimas na perspectiva privada. Para o referido autor, a visão civil-constitucional é necessária para uma melhor visualização desse direito (SOUZA, 2020).

Com efeito, cabe aqui mencionar que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, são direitos que protegem a pessoa. No mesmo sentido, os direitos da personalidade, previstos no Código Civil, também são direitos que protegem a pessoa humana. A diferença é que, no primeiro caso, essa proteção ocorre mais fortemente perante o Estado e, no segundo caso, nas relações entre particulares ou protege, inclusive, a pessoa de si mesma.

2 DO INSTITUTO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Este ponto do trabalho pretende tratar do direito real de habitação, conceituando o instituto e trazendo sua previsão legal, tanto no Código Civil para as famílias matrimonializadas como na lei da União Estável, para as famílias formadas por essa união. Na sequência, analisa-se a possibilidade jurídica da aplicação do instituto ao companheiro sobrevivente. Por fim, analisa-se a teoria do patrimônio mínimo no sentido de se proteger o sobrevivente, seja cônjuge, seja companheiro.

2.1 Conceito e previsão legal

De acordo com Álvaro Vilaça Azevedo (2019, p. 232-233), o direito real de habitação se caracteriza como a possibilidade de utilizar, de modo gratuito, um imóvel alheio. Por isso, o titular desse direito deverá residir no imóvel junto com a sua família, e não pode alugá-lo e emprestá-lo.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 237), o direito real de habitação se traduz como o direito de moradia assegurado ao cônjuge ou ao companheiro supérstite e não está condicionado ao regime de bens adotado pelo casal. Neste aspecto, o autor ressalta que, ao cônjuge, independentemente do regime de bens adotado, deve ser assegurado o direito real de habitação com relação ao imóvel destinado a residência da família, quando esse for o único daquela natureza a inventariar, sem qualquer prejuízo da participação que lhe caiba na herança. Deste modo, constata-se que o autor defende que o direito real de habitação deve ser assegurado tanto àqueles que instituíram família por meio do matrimônio, como também àqueles que a constituíram pela união estável.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 359), por outro lado, trata apenas do vínculo matrimonial ao indicar que o direito real de habitação pode ser concedido sem qualquer tipo de prejuízo da participação do cônjuge viúva ou do cônjuge viúvo na herança. O referido autor ressalta que, mesmo nos casos em que o cônjuge sobrevivente seja herdeiro ou legatário, não ocorrerá a perda do direito de habitação.

Carlos Alberto Dabus Maluf (2018, p. 128) leciona que o direito real de habitação pode ser entendido como um efeito do casamento. Segundo o autor, o artigo 1.831 do Código Civil assegura o referido direito ao cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens e sem qualquer tipo de prejuízo da participação que lhe caiba na herança, nos casos em que o imóvel que se destina à família seja o único bem dessa natureza a inventariar.

Sob tal aspecto, convém destacar que o instituto do direito real de habitação foi tratado, inicialmente, pela Lei nº. 4.121/1962, que criou o direito de habitação para o cônjuge sobrevivente que permanecesse em estado de viuvez e que tivesse um único residencial familiar a inventariar. A referida Lei alterou o artigo 1.611, § 2º, do Código Civil de 1.916, e acrescentou, portanto, esse novo direito ao cônjuge supérstite.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o novo tratamento conferido à união estável, sobreveio a Lei nº. 8.971/1994, que, por meio de seu artigo 2º, inciso I, estendeu ao companheiro supérstite o usufruto da quarta parte da herança, caso tivesse filhos com o sucedido, e a metade dos bens do falecido, se ausente prole, enquanto não constituísse nova união (PEREIRA, 2015, p. 237).

Após isso, foi publicada a Lei nº. 9.278/1996, que regula o § 3º do artigo 226 da

Constituição Federal, que, trata da união estável. A Lei, por seu artigo 7º, parágrafo único, normatiza, de forma expressa, que quando a relação da união estável se dissolver em razão da morte de um dos conviventes, ao sobrevivente deve ser assegurado o direito real de habitação (PEREIRA, 2014, p. 193).

O Código Civil de 2002, no entanto, ao dispor sobre o instituto do direito real de habitação nos artigos 1.215, 1.414 e 1.831, apenas reconheceu o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, em relação ao imóvel destinado à residência familiar, quando esse for o único daquela natureza a inventariar, ou seja, não repetiu as disposições concernentes à união estável na forma prevista na Lei nº 9.278/1996, ou a respeito do usufruto viual da quarta parte da herança ao cônjuge sobrevivente, na forma da Lei nº. 8971/1994 (MADALENO, 2018, p. 1487-1849), o que leva à discussão sobre a aplicação do instituto ao companheiro supérstite.

2.2 Aplicação do instituto ao companheiro supérstite: entendimento doutrinário

A respeito da ausência de previsão legal no Código Civil de 2002 sobre a aplicação do direito real de habitação àqueles que mantêm união estável, surgiram duas correntes doutrinárias: uma que entende pela aplicabilidade do instituto ao companheiro supérstite, e outra que defende a sua inaplicabilidade, conforme restará explanado a seguir.

Rolf Madaleno (2018, p. 1487-1849) leciona que, embora o Código Civil não tenha tratado sobre a aplicação do direito real de habitação ao sobrevivente da união estável, o instituto ainda deve ser aplicado ao viúvo supérstite, pois o artigo 2.045 do Código Civil não revogou expressamente a Lei nº. 9.278/1996, que, em seu artigo 7º, parágrafo único, confere à união estável o direito real de habitação. Além disso, o autor destaca que, conforme reza o artigo 2º, § 1º, do Decreto Lei nº. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), a lei posterior só revoga a anterior quando o faz expressamente, assim como quando com ela seja incompatível ou quando regule inteiramente a matéria. Deste modo, o autor defende que a Lei nº. 9.278/1996 permanece vigente naquilo que não for incompatível com o Código Civil, como sucede em relação ao direito real de habitação ao companheiro supérstite.

Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 215) também se filia a esse posicionamento, pois defende que o Código Civil atual não revogou expressamente as Leis nº. 8.971/1994 e nº. 9.278/1996. Por isso, se o legislador não revogou as disposições constantes nas referidas Leis expressamente, as revogou apenas nos aspectos que possam ser considerados contrários ao Código Civil, motivo pelo qual o artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9.278/1996, que estabelece o direito real de habitação para o companheiro (a) sobrevivente (a), permanece em vigência.

Maria Helena Diniz (2004, p. 204), que também defende a aplicação do instituto ao

companheiro supérstite, ressalta que, diante da omissão no atual Código Civil, a Lei nº. 9.278/1996 permaneceria em vigência por ser uma lei especial. Ademais, a autora indica que o direito real de habitação deve ser conferido ao viúvo da união estável, mesmo que por analogia, por força do disposto no artigo 1.831 do Código Civil e artigo 6º da Constituição Federal, enquanto viver ou não constituir nova união estável.

Maria Berenice Dias entende que o instituto se aplica ao companheiro supérstite por duas razões: uma de ordem constitucional, pois diante do reconhecimento do casamento e da união estável pela Constituição Federal, não persistem razões para diferenciação pela legislação infraconstitucional, e outra porque a Lei nº. 9.278/1996 assegura, expressamente, o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. A autora ressalta, no entanto, que os tribunais pátrios não têm assegurado a especial proteção constitucional conferida. A autora pontua que não houve avanço no que tange à concessão de direitos à união estável, pois esse vínculo familiar continua sendo abordado sob a ótica do direito das obrigações. Além disso, a autora indica que, no campo das sucessões, persiste a negativa de assegurar direito real de habitação ou usufruto de parte dos bens ao companheiro (DIAS, 2016, p. 409-412).

Por outro lado, Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p. 233) sustentam que as Leis nº. 8.971/94 e nº. 9.278/96 foram revogadas diante da incompatibilidade com a Lei mais recente, qual seja o Código Civil. Arnaldo Rizzardo (2006, p. 205-206) também se filia ao referido entendimento, pois defende que o direito real de habitação, em casos de dissolução da união estável por morte, não foi ressalvado no Código Civil, de modo diverso do que constava na Lei nº. 9.278/1996.

2.3 Da Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo e de sua (in) aplicabilidade ao instituto do direito real de habitação

Tecidas as considerações sobre o direito à moradia e o direito real de habitação, especialmente no que se refere a ausência de consenso da aplicabilidade deste instituto ao companheiro supérstite, necessário analisar a teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, para verificar se a referida proposição se aplica ao viúvo que mantinha união estável.

A teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, que foi desenvolvida por Luiz Edson Fachin, sustenta que as normas legais devem assegurar um mínimo de patrimônio ao indivíduo, para que esse possa manter uma vida digna. Assim, o sistema normativo, em razão da congruência sistemática que deve ser mantida, não pode abolir os meios que assegurem a subsistência do indivíduo. A referida teoria foi formulada à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual é resguardado pela Constituição Federal (FACHIN, 200, p. 232).

Sobre a ideia de assegurar o mínimo ao indivíduo, Maria Berenice Dias ressalta que a ideia de mínimo não significa aquilo que é ínfimo, uma vez que o conceito é plural e deve ser analisado à luz daquilo que configura o razoável e o justo no caso concreto (DIAS, 2016, p. 613-614).

Rita de C. Resquetti Espolador e Alessandra Cristina Furlan (2008, p. 01-15), por sua vez, dispõem que “(...) para se garantir um patrimônio mínimo deve-se superar a compreensão formal dos sujeitos. A pessoa deve ter as suas necessidades fundamentais atendidas”. Deste modo, as autoras ressaltam a ideia de que, para concretização da teoria, o indivíduo deve, ao menos, ter as suas necessidades basilares atendidas.

No que tange à concretização do mínimo existencial no Ordenamento Jurídico Pátrio, pode-se citar, a título exemplificativo, o tema da impenhorabilidade de bens prevista no artigo 833 do Código de Processo Civil, assim como do bem de família, assegurado pela Lei nº. 8.009/1990 (PEREIRA, 2015, p. 389).

Neste aspecto, Maria Berenice Dias entende que embora o direito real de habitação tenha a mesma natureza protetiva assegurada pela teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, não pode ser com ela confundida, pois não trata da noção de mínimo vital e nem pode ser reconhecido como bem de família (DIAS, 2016, p. 613-614).

Noutro sentido, no entanto, lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, p. 374-375), que entendem que o instituto do direito real de habitação ao cônjuge e ao companheiro tem, como finalidade, assegurar o mínimo de conforto no que tange à moradia do viúvo.

3 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E O COMPANHEIRO SUPÉRSTITE: PRINCIPAIS ASPECTOS CONSIDERADOS NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO

A partir das considerações feitas no tópico anterior, é possível perceber que dois fatores possuem destaque no que diz respeito ao debate entabulado pela doutrina sobre o reconhecimento do direito real de habitação ao viúvo supérstite da união estável: a ausência de previsão sobre a questão no Código Civil vigente e a não revogação expressa do artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9.278/1996.

Por isso, analisar-se-á, a seguir, o entendimento jurisprudencial do tema, para que, após, seja possível tecer considerações dos principais aspectos considerados tanto pela doutrina, como pelos Tribunais Pátrios, para aplicação do instituto ao companheiro supérstite.

3.1 Aplicação do instituto ao companheiro supérstite: entendimento jurisprudencial

A respeito da aplicação do instituto do direito real de habitação ao companheiro

sobrevivente, convém mencionar, inicialmente, que o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em sua I Jornada de Direito Civil, promovida em setembro de 2002, aprovou o Enunciado nº. 117, que reconhece o referido direito ao viúvo supérstite da união estável nos seguintes termos: “Enunciado: O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º, caput, da CF/88.”

De acordo com o enunciado mencionado acima, o direito real de habitação merece ser aplicado ao companheiro supérstite por duas razões: a primeira consiste na não revogação do artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9.278/96; a segunda em razão da possibilidade de realizar a aplicação analógica do artigo 1.831, com base no artigo 6º, da Constituição Federal, que estabelece o direito à moradia.

O referido enunciado não possui caráter vinculante, contudo, serve como instrumento de orientação tanto para a doutrina, como também para a jurisprudência, ou seja, permite identificar o estado da arte acerca da matéria em questão.

Com relação ao entendimento jurisprudencial do tema, é possível notar que o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que o instituto do direito real de habitação deve ser garantido ao companheiro supérstite mesmo ante a ausência de previsão no atual Código Civil. Neste sentido, a propósito, foi o entendimento consignado em recente acórdão prolatado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso de Agravo Interno em Recurso Especial nº. 1757984/DF³, pelo qual o Tribunal negou provimento ao recurso e manteve decisão monocrática que conheceu em parte e deu provimento ao Recurso Especial para reconhecer o direito real de habitação ao companheiro supérstite.

Neste sentido, importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a questão da aplicação do instituto do direito real de habitação ao companheiro supérstite, tem ressaltado que tal direito se aplica ao viúvo mesmo em casos onde a união estável não foi reconhecida em momento anterior, ou seja, por meio de ação própria⁴, e mesmo quando o companheiro supérstite

3 CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. A jurisprudência do STJ admite o direito real de habitação do companheiro sobrevivente tanto no casamento como na união estável. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1757984/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 30/08/2019).

4 DIREITO DAS SUCESSÕES E DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO. VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MANUTENÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. É entendimento pacífico no âmbito do STJ que a companheira supérstite tem direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido onde residia o casal, mesmo na vigência do atual Código Civil. Precedentes. 2. É possível a arguição do direito real de habitação para fins exclusivamente possessórios, independentemente de seu reconhecimento anterior em ação própria declaratória de união estável. 3. No caso, a sentença apenas veio a declarar a união estável na motivação do decisório, de forma incidental, sem repercussão na parte dispositiva e, por

tenha outro(s) bem(ns) em seu acervo patrimonial, independentemente de qual seja a natureza desses bens⁵.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também reconhece o direito real de habitação ao companheiro supérstite. Em recente julgado⁶, a 11ª Câmara Cível do Tribunal conheceu e acolheu os Embargos de Declaração nº. 0019876-56.2019.8.16.0000, com a atribuição de efeitos infringentes, para reconhecer o direito real de habitação à viúva de união estável. Na oportunidade, foi destacado que o instituto deve ser aplicado mesmo quando o casal não possua bens em comum, em razão da garantia do direito à moradia, previsto constitucionalmente, bem como pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Outros Tribunais Pátrios também reconhecem o referido direito ao companheiro sobrevivente, tal como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷, que, no julgado analisado neste

consequente, sem alcançar a coisa julgada (CPC, art. 469), mantendo aberta eventual discussão no tocante ao reconhecimento da união estável e seus efeitos decorrentes. 4. Ademais, levando-se em conta a posse, considerada por si mesma, enquanto mero exercício fático dos poderes inerentes ao domínio, há de ser mantida a recorrida no imóvel, até porque é ela quem vem conferindo à posse a sua função social. 5. Recurso especial desprovido. (REsp 1203144/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 15/08/2014).

- 5 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIREITO DAS SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS. IRRELEVÂNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o reconhecimento do direito real de habitação, a que se refere o artigo 1.831 do Código Civil, pressupõe a inexistência de outros bens no patrimônio do cônjuge/companheiro sobrevivente. 3. Os dispositivos legais relacionados com a matéria não impõem como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge/companheiro sobrevivente. 4. O objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1582178/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 14/09/2018)
- 6 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PÓS-MORTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. OMISSÃO. GARANTIA DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. BEM INDIVISÍVEL. AGRAVANTE COM 80 ANOS DE IDADE. GARANTIA DO DIREITO À MORADIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NECESSIDADE DE SE ASSEGURAR UMA VIDA DIGNA À AGRAVANTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA O FIM DE MODIFICAR O ACÓRDÃO PROLATADO, GARANTIDO À AGRAVANTE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. DECISÃO LIMINAR RECURSAL RATIFICADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1. O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujus. 2. Recurso de embargos de declaração conhecidos e, no mérito, acolhidos, com efeitos infringentes, para sanar a omissão no acórdão embargado e conceder à companheira sobrevivente o direito real de habitação. (TJPR - 11ª C. Cível - 0019876-56.2019.8.16.0000 - Pato Branco - Rel.: Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson - J. 24.05.2020)
- 7 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. RECONHECIMENTO. Apesar de o Código Civil não ter conferido expressamente o direito real de habitação àqueles que viveram em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico em razão do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96. Inexiste incompatibilidade entre essa Lei e o Código Civil em vigor. A equiparação entre união estável e casamento foi levada a efeito pela Constituição Federal. Caso em que se reconhece o direito real de habitação à companheira, considerando a verossimilhança na alegação de que ela conviveu com o de cujus por mais de 20 anos, pelo fato dela atualmente estar morando de favor e por ser o imóvel que serviu de morada ao casal o único dessa espécie a inventariar. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA.” (Agravado de Instrumento Nº

trabalho, destacou que a regra insculpida no parágrafo único do artigo 7º da Lei nº. 9.278/96 ainda subsiste, bem como que inexistente incompatibilidade dessa lei com o Código Civil em vigor.

3.2 Do reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro supérstite: principais aspectos considerados na aplicação do instituto

A partir dos entendimentos doutrinários analisados neste trabalho, bem como pelos julgados mencionados no tópico anterior, é possível perceber que, mesmo ante a ausência de disposição expressa no Código Civil vigente, o direito real de habitação tem sido amplamente reconhecido ao companheiro supérstite.

Como fundamento ao reconhecimento do direito ao companheiro supérstite, ressalta-se o direito social à moradia, previsto no artigo 6º, da Constituição Federal, o qual normalmente é analisado aliado a uma interpretação analógica do artigo 1.831 do Código Civil vigente,

Outro aspecto pontuado para assegurar o direito real de habitação ao companheiro supérstite é o Princípio da Dignidade Humana, o qual é ressaltado, no Ordenamento Jurídico, pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Neste sentido, imperioso ressaltar que, conforme leciona Caio Mario Pereira (2014, p. 12), na hermenêutica do novo Código Civil, faz-se necessário atentar ao fato de que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais têm grande destaque e se impõem às relações interprivadas e aos interesses particulares. O autor também destaca que, atualmente, é possível observar uma verdadeira “constitucionalização” do Direito Privado.

Por isso, os argumentos trazidos acima para reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro supérstite, relacionados às normas constitucionais, como o direito fundamental à moradia e à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, têm grande relevância e força, uma vez que se sobrepõem a eventuais interesses particulares regulados pelo Código Civil.

Por fim, outro argumento utilizado na defesa da aplicação do instituto ao viúvo da união estável é o do que o artigo 2º, § 1º, do Decreto Lei nº. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) dispõe que a lei posterior só revoga a anterior quando o faz expressamente, quando com ela seja incompatível ou quando regule inteiramente a matéria, o que não ocorreu em relação ao Código Civil atual com a Lei nº. nº. 9.278/96, que assegura expressamente esse direito ao companheiro supérstite.

Ante o exposto, é possível concluir que, em que pese haja entendimento doutrinário contrário ao reconhecimento da aplicação do direito real de habitação ao companheiro supérstite, grande parcela da doutrina e da jurisprudência entendem pela sua aplicação, de modo a amparar o

70019892595, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/05/2007).

viúvo na situação delicada vivenciada em razão da morte de seu parceiro em detrimento do interesse dos sucessores do falecido.

CONCLUSÃO

O direito real de habitação, que encontra previsão no Código Civil vigente, é um instituto que tem, como principal objetivo, assegurar o direito constitucional à moradia ao indivíduo de uma relação que se dissolveu pela morte de um dos conviventes, para evitar situações de desamparo frente a um momento doloroso e de vulnerabilidade.

A este respeito, observou-se que o atual Código Civil não fez menção quanto à manutenção, ou não, das normas da Lei nº. 9.278/96, sobretudo no que diz respeito ao direito real de habitação para o companheiro sobrevivente. Em razão dessa atitude do legislador, existe divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a ab-rogação (revogação total) ou derrogação (revogação parcial) da referida lei.

Pela análise do entendimento doutrinário acerca do tema, constatou-se a existência de uma corrente majoritária que entende que a Lei nº. 9.278/96 não foi revogada pelo Código Civil, uma vez que o Decreto Lei nº. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) dispõe que a lei posterior só revoga a anterior quando assim o faz expressamente, ou quando seja incompatível ou regule inteiramente a matéria.

Já com relação à jurisprudência que versa sobre o tema, notou-se que, além de ser defendido o entendimento da não revogação da Lei nº. 9.278/96 pelo atual Código Civil, os Tribunais também ressaltam que o direito real de habitação deve ser assegurado ao companheiro sobrevivente em razão da previsão constitucional do direito à moradia, pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e pela previsão do artigo 226 da Constituição Federal.

Deste modo, a partir a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial realizada por meio do presente trabalho, foi possível observar que, embora não haja consenso sobre a questão, há como afirmar que o direito real de habitação, em regra, é reconhecido ao companheiro supérstite, de modo a evitar qualquer situação de desamparo do sobrevivente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Azevedo, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 18 jun.

2020.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado 117:** O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º, caput, da CF/88. 13 set. 2002. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/758>. Acesso em 03 out. 2020.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil (de 10 de janeiro de 2002). Diário Oficial da União, Brasília, 2 jan. 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. **Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da União, Brasília, 27 ago. 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

_____. **Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994.** Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Diário Oficial da União, Brasília, 29 dez. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm. Acesso: em 03. out. 2020.

_____. **Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996.** Regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 10 mai. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm. Acesso: em 03 out. 2020.

_____. **Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990.** Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial da União, Brasília, 30 mar. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso: em 03 out. 2020.

_____. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 out. 2020.

_____. **Decreto Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AgInt no Recurso Especial nº 1.757.984/DF (2018/0194588-9), Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data do Julgamento: 27 ago. 2019. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 27 ago. 1981.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. DIREITO DAS SUCESSÕES E DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO. VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MANUTENÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Recurso Especial nº. 1203144/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 27 mai. 2014. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 15 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIREITO DAS SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS.

Recurso Especial nº. 1582178/RJ. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas. Data do julgamento: 11 set. 2018. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 14 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 11ª Câmara Cível. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PÓS-MORTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. OMISSÃO. GARANTIA DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. BEM INDIVISÍVEL. AGRAVANTE COM 80 ANOS DE IDADE. GARANTIA DO DIREITO À MORADIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NECESSIDADE DE SE ASSEGURAR UMA VIDA DIGNA À AGRAVANTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA O FIM DE MODIFICAR O ACÓRDÃO PROLATADO, GARANTIDO À AGRAVANTE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. DECISÃO LIMINAR RECURSAL RATIFICADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. Embargos de Declaração nº. 0019876-56.2019.8.16.0000. Relator: Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson. Data do julgamento: 24 maio. 2020. **Diário da Justiça**, Paraná, 25 mai. 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000011932421/Acórdão-0019876-56.2019.8.16.0000>. Acesso em 10 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. RECONHECIMENTO. Agravo de Instrumento nº. 70019892595. Relator: Rui Portanova. Data do julgamento: 29/05/2007. **Diário da Justiça**, Rio Grande do Sul, 04 jun. 2007. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justiça%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70019892595&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 10 out. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

CALIXTO, Juliano dos Santos. DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. A Efetividade do Direito à Moradia Adequada a partir da Segurança na Posse no Direito Internacional e no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 293-312, junho. 2015.

DESORDI, Jordana Laís. **O direito à moradia e à cidade: um exercício de cidadania**. Dissertação (mestrado), Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Campus Ijuí), 107 p. Ijuí, 2017.

- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ESPOLADOR, Rita de C. Resquetti Tarifa; FURLAN, Alessandra Cristina. Algumas considerações sobre o mínimo existencial à luz da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista do Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina**, Londrina, vol. 1, n. 3, set-dez. 2008.
- FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018
- FIGUEIREDO JUNIOR, Carlos Magno Alhakim. O direito à moradia e as ocupações ilegais. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, vol. 12, p. 748-767, 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MASTRODI, Josué. ALVES, Ederson dos Santos. A Segurança Jurídica da Posse como Pressuposto do Direito Fundamental à Moradia. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 09, n. 1. p. 27-49, 2017.
- MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à Moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.
- NAÇÕES UNIDAS. ____Recomendação Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais acerca do Artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Genebra, 1991. Disponível em:
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacaopronto.html>>. Acesso em: 24 set. 2020.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes. Análise da Fiança nas Locações Residenciais e Comerciais à Luz da Novel Interpretação do STF, do Direito Social à Moradia e do Princípio da Intervenção Mínima. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 21, n. 1, p. 89-115, jan-abr, 2020.

O HABEAS CORPUS COLETIVO E SUA COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Aline Albieri FRANCISCO¹
Mariana Vargas FOGAÇA²

RESUMO

Diante da importância do direito fundamental à liberdade de locomoção, o trabalho pretende analisar se a utilização do habeas corpus coletivo é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa será desenvolvida em quatro tópicos. O primeiro abordará o habeas corpus como uma garantia constitucional, suas características e fundamentos legais. Em seguida, será estudada a tutela coletiva de direitos no Brasil, destacando algumas leis e conceitos. Posteriormente, serão expostas decisões jurisprudências envolvendo habeas corpus coletivos e, por fim, será analisada a utilização de habeas corpus coletivo como instrumento processual para a tutela de grupos vulneráveis. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, documental jurisprudencial. Em suma, concluiu-se que há compatibilidade com o sistema jurídico pátrio.

PALAVRA-CHAVE: Habeas Corpus Coletivo. Tutela Coletiva. Processo Coletivo. Liberdade de locomoção.

ABSTRACT

In face of the importance of the fundamental right to freedom of movement, the article intends to analyze whether the use of collective habeas corpus is compatible with the Brazilian legal system. The research will be developed on four topics. The first will approach habeas corpus as a constitutional guarantee, its characteristics and legal foundations. Then, collective protection of rights in Brazil will be studied, highlighting some laws and concepts. Subsequently, jurisprudence decisions involving collective habeas corpus will be exposed and, finally, the use of collective habeas corpus as a procedural instrument for the protection of vulnerable groups will be analyzed. For this purpose, the deductive method will be used, with bibliographic and documentary jurisprudential research. In sum, it was concluded that there is compatibility with the national legal system.

KEYWORDS: Collective Habeas Corpus. Collective Guardianship. Collective Process. Freedom of movement.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de locomoção é um direito fundamental da pessoa humana, que permite a toda pessoa ir, vir e permanecer no território nacional e dele sair com seus bens caso deseje. Nesses

1 Advogada, Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, pós-graduada lato sensu em Direito Internacional pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (2019) e graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília UNIVEM (2017).

2 Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, pós-graduada lato sensu em Direito Processual Penal pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (2020), graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2018), Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

termos, o artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988 prescreve que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Dessa forma, a regra do ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, sendo um direito previsto constitucionalmente, na legislação interna e nos tratados internacionais que o Brasil é signatário, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Sendo assim, a liberdade é um direito fundamental e humano.

Importante entender que a restrição à liberdade de locomoção é medida temporária e extraordinária, possível somente em situações excepcionais e previamente estabelecidas em lei. Caso ocorra a prisão, o titular do direito atingido deve ser levado sem demora a presença de um magistrado, tendo o Poder Judiciário dever de constantemente analisar a legalidade da medida adotada.

A liberdade de locomoção, como um direito subjetivo, é costumeiramente defendida individualmente, por meio de um habeas corpus ou outros instrumentos processuais disponíveis. No entanto, existem situações em que a restrição da liberdade de locomoção pode ser tratada de maneira coletiva, visto que a ameaça ou a efetiva restrição à liberdade de locomoção é direcionada a determinado grupo de pessoas que, por razões de fato ou de direito, são atingidas de maneira homogênea.

A tutela da liberdade de locomoção por meio do processamento unitário de interesses similares é defendida por parte da doutrina e da jurisprudência, pois permite a extensão de uma mesma decisão a um grande número de pessoas. No entanto, o cabimento do habeas corpus coletivo também é tema polêmico, pois não há um instrumento processual expressamente previsto em lei e não permitiria a individualização do constrangimento ilegal sofrido por cada pessoa.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é analisar a possibilidade jurídica do habeas corpus coletivo conforme o ordenamento jurídico brasileiro. O tema será abordado mediante a utilização do método dedutivo de pesquisa, através da pesquisa bibliográfica e documental jurisprudencial acerca do cabimento do habeas corpus coletivo. O intuito é verificar se esse seria instrumento processual é aplicável à tutela de direitos que atinjam grupos determinados ou determináveis de pessoas que se encontrem inseridas em um mesmo contexto fático e jurídico.

Antes de analisar a compatibilidade ou não do habeas corpus coletivo com o sistema jurídico brasileiro, será necessário compreender o habeas corpus como um remédio constitucional, além de algumas considerações sobre a tutela coletiva e como a jurisprudência está decidindo casos de Habeas Corpus Coletivos.

2 O HABEAS CORPUS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 prevê o habeas corpus como um direito fundamental e prescreve em seu artigo 5º, inciso LXVIII que ele será concedido sempre “que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O habeas corpus tem origem remota, nas políticas romanas e na Magna Carta Inglesa em 1215³. No Brasil, por sua vez, nem sempre o habeas corpus guardava sintonia com a ideia de liberdade física, ampla e irrestrita para todos os indivíduos, pois no período pós-independência de Portugal, o referido instrumento era restrito aos homens e brancos, sendo discriminados os negros africanos, afrodescendentes e mulheres⁴.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve mudanças importantes, prevendo liberdade e igualdade como direito de todos, sem distinção, sendo a CF/88 um marco importante para o habeas corpus. Nesse sentido, Lílian Chequer⁵: “Com a CF/1988, o Brasil deixou de ser um Estado de direito e passou a ser um Estado democrático de direito. Isso é um marco histórico para a democracia brasileira e para o direito de ir, vir e ficar, que se tornou garantia fundamental.”.

O Código de Processo Penal, por sua vez, em seu artigo 647, estabelece que “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

O habeas corpus está localizado na Constituição Federal ao lado de outros direitos fundamentais, demonstrando a preocupação constitucional de desenvolver mecanismos que assegurem direitos e garantias das pessoas que forem perseguidas pelo *jus puniendi* estatal. No entanto, é necessário ressaltar que, embora previsto em meio aos recursos criminais no Código de Processo Penal, o habeas corpus não é um recurso, mas sim uma ação autônoma.

Verifica-se, pois, que o intuito do habeas corpus é tutelar a garantia constitucional da liberdade de locomoção, que é prevista no artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal, que prescreve ser “livre a locomoção o território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Ele possui procedimento sumário, sem necessidade de impetração por meio de advogado,

3 DO AMARAL, Thiago Bottino. Considerações sobre a origem e evolução da ação de habeas corpus. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, v. 5, p. 1303-1337, jun. 2012.

4 DE CAMARGO, Mônica Ovinski. O habeas corpus no Brasil Império: liberalismo e escravidão. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, v. 25, n. 49, p. 71-94, 2004. p. 92-93.

5 CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. Habeas corpus coletivo. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2014. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1200/HABEAS%20CORPUS%20COLETIVO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 out. 2020.

que se baseia na informalidade. De acordo com Alves, trata-se de ação baseada na celeridade, informalidade e gratuidade. A “celeridade: por ser ação constitucional marcada pela preferência em relação ao que deve ser julgado de forma mais rápida pelo Poder Judiciário, afinal, no remédio, estar-se-á tutelando a liberdade, direito fundamental”. A informalidade é “porque a propositura da ação deve ser facilitada”. Por fim, a gratuidade é “em prol justamente de facilitar o acesso à justiça”⁶.

Tratando-se de uma ação de procedimento sumário, é necessário a apresentação de prova pré-constituída, devendo a dilação probatória ser evitada, visto que “dada a sumariedade da instrução no processo do habeas corpus, a ordem só seja deferida quando estiverem presentes todos os elementos indispensáveis, sem restarem dúvidas de fato que só mediante uma instrução mais profunda possam ser dirimidos”⁷.

O habeas corpus, além da previsão Constitucional, replica-se no Código de Processo Penal no título X, sendo estabelecidas pelo legislador infraconstitucional as hipóteses de cabimento, a forma de processamento, a competência para julgamento, bem como os procedimentos que devem ser adotados.

3 TUTELA COLETIVA DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de analisar o Habeas Corpus Coletivo, é pertinente compreender em linhas gerais a tutela coletiva de direitos no Brasil, que encontra fundamento Constitucional, bem como em leis esparsas, principalmente a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa Consumidor, Lei da Ação Popular, Lei do Mandado de Segurança e do Mandado de Injunção Coletivos. Essas normas formam o “microsistema” processual coletivo.

O processo coletivo e a ação coletiva estão relacionados a tutela jurisdicional coletiva, como explica Fredi Didie Jr e Hermes Zaneti Jr⁸:

Ação coletiva é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva. Tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos lato sensu) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade, que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos).

Há muitos exemplos de ações coletivas, sendo a Ação Civil Pública um deles. A Lei da Ação Civil Pública foi pioneira em sistematizar a tutela coletiva de alguns direitos difusos e

6 ALVES, Andréa Carla da Silva. Habeas corpus coletivo nº 143.641 e a tutela dos direitos humanos fundamentais no caso das gestantes e mães presas preventivamente. *Revista FIDES*, v. 10, n. 1, p. 283-298, 3 jul. 2019. p. 289.

7 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 226.

8 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, v. 229, n. 2014, p. 273-280, 2014. p. 275.

coletivos no ordenamento brasileiro e a Constituição Federal utiliza a expressão direitos difusos e coletivos em suas prescrições; foi o Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo único do artigo 81, que conceituou os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos⁹.

Inicialmente é necessário ressaltar que, embora os conceitos estejam previstos na legislação consumerista, estes não se restringem apenas a esta categoria. De acordo com Andrade, Masson e Andrade, “as definições do art. 81 do CDC, aplicam-se não apenas aos interesses pertinentes às relações de consumo, mas a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de quaisquer naturezas”.¹⁰

Com o intuito de diferenciar as espécies de direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 81, utilizou três critérios, quais sejam: a (in) divisibilidade do objeto, o fator de agregação dos sujeitos (situação de fato ou relação jurídica em comum) e a (im) possibilidade de identificar os seus titulares, os quais auxiliarão na definição da configuração de cada um desses direitos.¹¹

A Constituição Federal de 1988 previu a necessidade de tutela de diversos coletivos, como o meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, direitos humanos, dentre outros. Para Alexandre Amaral Gavronki¹², a “positivação dos direitos e interesses coletivos e a previsão de instrumentos para sua tutela jurídica são consequências direta da evolução e crescente complexidade da sociedade e devem acompanhá-la (...)”.

Considerando a necessidade de que o ordenamento infraconstitucional se adeque a essas novas normas constitucionais, diversas leis surgiram, que permitiam a tutela de direitos de maneira coletiva, tais como a Lei nº. 7.853/1989, sobre as pessoas portadoras de deficiências, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90).

Observa-se que a expressão de interesses coletivos em sentido amplo engloba o interesse coletivo em sentido estrito, interesse difuso e interesse individual homogêneo. Após compreender as diferenças conceituais previstas no CDC, passa a referir-se mais especificamente aos interesses individuais homogêneos.

A partir disso, também se verificou a possibilidade de um direito individual do cidadão ser

9 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 53.

10 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 22.

11 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 22.

12 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A tutela Coletiva do Século XXI e a sua inserção no paradigma jurídico emergente. 2010. In: MILARÉ, Édis (Coord). *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 38.

tutelado de maneira coletiva em razão das similaridades que os tornam um grupo homogêneo. Trata-se dos direitos individuais homogêneos, que apesar de poderem ser tutelados coletivamente, não deixam de ser direitos subjetivos individuais. Nesse sentido, Zavascki relata:

Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais. Essa realidade deve ser levada em consideração quando se busca definir e compreender os modelos processuais destinados à sua adequada e mais efetiva defesa¹³.

Verifica-se que os direitos individuais homogêneos possuem mais natureza processual que material, uma vez que o direito material continua sendo individual de cada pessoa e divisível, no entanto, tendo expressão coletiva ele pode ser tutelado de maneira coletiva.

Sarmiento, Borges e Gomes relatam que os direitos individuais homogêneos, apesar de pertencerem a diferentes pessoas, possuem a mesma causa fática ou jurídica, sendo que a tutela coletiva desses direitos lhe acarreta vantagens:

são individuais homogêneos os direitos subjetivos que, embora pertencentes a titulares diversos, têm por origem a mesma causa fática ou jurídica, o que lhes confere um grau de afinidade ou semelhança capaz de permitir sua tutela supraindividual. Embora os possuidores de tais interesses possam defendê-los em juízo de forma isolada, existem numerosas vantagens no seu processamento unitário, bem como na possibilidade de que sua proteção judicial seja requerida, em prol de todos os seus titulares, por quem não integra a relação jurídica de direito material¹⁴.

No que tange a homogeneidade desses direitos, importante ressaltar que a homogeneidade não quer dizer igualdade, mas significa que esses direitos individuais possuem uma afinidade entre si¹⁵. Nesse sentido, Zavascki relata a respeito dos direitos individuais homogêneos:

Neles é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade decorre, segundo visto, da circunstância de serem direitos com origem comum; e a margem de heterogeneidade está relacionada a circunstâncias variadas, especialmente a situação de fato, próprias do titular¹⁶.

As vantagens do processamento unitário dos direitos individuais homogêneos são inúmeras, como a garantia de acesso à justiça a um maior número de pessoas, que muitas vezes não ingressariam ao Poder Judiciário para tutelar seu direito de maneira individual, seja porque não teriam o conhecimento necessário para tanto ou porque a ação individual não valeria a pena.¹⁷

13 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 53.

14 SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Disponível em: <http://www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018. p. 5.

15 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 152.

16 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 152.

17 SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Disponível em: <http://www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 31 jul.

Ademais, a tutela coletiva desses direitos garante tratamento uniforme a pessoas que estão em uma mesma situação fática ou jurídica, assegurando a segurança jurídica do país e maior igualdade entre os cidadãos, vez que impede a reprodução de decisões diferentes em casos idênticos ou muito parecidos¹⁸.

A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos ainda contribui com o descongestionamento do Poder Judiciário, uma vez que impede a distribuição de diversas demandas que versão sobre a mesma questão e os juízes ou tribunais não precisam atuar em demandas repetitivas. Em suma, uma mesma decisão pode ser estendida a um grande contingente de indivíduos, trazendo benefícios aos interessados na solução da demanda, ao Poder Judiciário e indiretamente à toda população¹⁹.

Em regra, de acordo com o artigo 18 do Código de Processo Civil, “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio”. No entanto, o ordenamento jurídico prevê situações em que é legítimo o ajuizamento da ação por outras pessoas que não os titulares do direito, como a lei que regulamenta a Ação Popular, o Mandado de Segurança, a Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor. Assim, não há que se falar em falta de legitimidade para a interposição de ações coletivas, uma vez que o próprio ordenamento jurídico estabelece hipóteses em que o direito material pode ser buscado por pessoas que não as titulares do direito buscado.

À vista do explanado, é possível concluir que, apesar da cultura brasileira da tutela de direitos por meio de demandas individuais, a tutela coletiva tem ganho espaço no ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se um importante instrumento para a resolução de conflitos no país.

3 O HABEAS CORPUS COLETIVO

O artigo 654, §1º do Código de Processo Penal estabelece alguns requisitos para a petição de habeas corpus, sendo eles:

§ 1º A petição de habeas corpus conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

Percebe-se que a indicação do nome da pessoa que está sofrendo a coação ou a ameaça a

2018.

18 SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Disponível em: <http://www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

19 SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Disponível em: <http://www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

sua liberdade de locomoção é um dos requisitos da petição de habeas corpus, previstos no CPP. Assim, em diversas situações, a falta da individualização do paciente em um habeas corpus coletivo foi utilizado como fundamento para o não conhecimento da ação.

Ocorre que quando se trata de tutelas coletivas, não é necessário na petição inicial da ação identificar os nomes de cada um dos indivíduos que compõem essa coletividade, mas sim o grupo de pessoas, que pode ser determinado ou determinável. Esta também deveria ser a lógica aplicada ao habeas corpus coletivo, mas sem sempre a jurisprudência entendeu assim.

Ainda, se o habeas corpus coletivo busca afastar ameaças ou coações ilegais a liberdade de locomoção por motivos que não tem caráter exclusivamente pessoal – como geralmente ocorre – a medida pode ser aproveitada por todos os indivíduos de determinado ou determinável grupo, no mesmo sentido do art. 580, CPP.

O Habeas Corpus nº. 143.988 foi impetrado pela Defensoria Pública do Espírito Santo em favor “de todos os adolescentes que se encontram privados de suas liberdades na Unidade de Internação Regional Norte, em Linhares/ES, noticiando a existência de condições que violam a dignidade da pessoa humana”. Apesar de em Agravo Regimental o Relator ter revisto sua decisão, liminarmente a ação teve negado o seguimento pois “Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus coletivo, sendo imprescindível a identificação dos pacientes e a individualização do alegado constrangimento ilegal”.²⁰

Da mesma forma, o Habeas Corpus nº. 143.704, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Paraná, em favor da “Coletividade formada por todas as pessoas que desejarem exercer seu direito de manifestação na cidade de Curitiba entre 23h do dia 08 de maio de 2017 e 23h do dia 10 de maio de 2017” não teve o mérito analisado, pois, no entendimento do Relator Celso de Mello, o habeas corpus em favor de pessoas indeterminadas inviabiliza a apreciação do constrangimento e também a expedição de salvo-conduto²¹.

O Habeas Corpus nº. 135.169 impetrado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, em favor dos “presos custodiados na 4ª Delegacia Territorial, na Delegacia de Tóxicos e Entorpecentes, na 5ª Delegacia Territorial, na 1ª Delegacia Territorial, na Delegacia Especializada de Furtos e Roubos, na 13ª Delegacia Territorial, na 10ª Delegacia Territorial, na 28ª Delegacia Territorial, na Delegacia de Polícia Interestadual (POLINTER), na Delegacia de Proteção ao Turista e na Delegacia de Repressão a Furtos e Roubos de Veículos, todas localizadas na cidade de

20 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 143988 ES*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313071343&ext=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

21 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 143704 PR*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143704.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

Salvador/BA” também teve seu manejo negado sob o argumento de que não é possível a interposição de habeas corpus em favor de pessoas indeterminadas²².

O Habeas Corpus nº. 148.459 interposto pela Defensoria Pública da União (DPU) em favor dos “presos que se encontram em estabelecimentos penais federais há mais de dois anos” teve negado o seguimento sob o argumento de que não foi esclarecido o constrangimento ilegal sofrido por cada paciente²³.

No mesmo sentido, o Habeas Corpus nº. 153.237 impetrado também pela Defensoria Pública da União (DPU) em favor de “todas as pessoas beneficiárias do indulto natalino concedido pelo Decreto Presidencial nº. 9.246, de 2017, que foram prejudicadas pela decisão cautelar proferida pelo Ministro Relator da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.874 – DF” foi indeferido, sendo que uma das razões expostas foi: o “Habeas Corpus exige a indicação específica de cada constrangimento ilegal que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir”²⁴.

Percebe-se então uma resistência dos tribunais em admitir o cabimento do habeas corpus coletivo, sobretudo em razão da suposta falta de individualização do sofrimento ilegal de cada paciente. No entanto, a Segunda Turma do STF abriu um importante precedente ao julgar o HC nº. 143.641, pois considerou cabível o habeas corpus coletivo, com base nos artigos 654, § 2º e 580 do Código de Processo Penal.²⁵

O Habeas Corpus Coletivo nº 118.536 impetrado em favor das “pessoas presas nos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar da Penitenciária Tacyan Menezes de Lucena em Martinópolis/SP” que estavam proibidas de fazer o banho de Sol teve a ordem concedida, determinando que o Superior Tribunal de Justiça dê seguimento ao HC nº. 269.265/SP e analise a fundo a questão. Essa decisão teve como paradigma o acima citado Habeas Corpus nº 143.641, sendo ressaltado que o Supremo Tribunal Federal “passou a admitir o cabimento do habeas corpus coletivo para se discutir direitos individuais homogêneos”²⁶.

22 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 135169 BA*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 ago. 2016. Disponível em: <https://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310160226&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

23 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 148459 DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220>. Acesso em: 25 fev. 2020.

24 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 153237/DF*. Relator: Min. Alexandre De Moraes. Brasília, 22 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5354408>. Acesso em: 14 out. 2020.

25 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 143641 SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 24 out. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNotiiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

26 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 118536/SP*. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 20 jul. 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+118536%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/n9ec4nr>. Acesso em: 10 out. 2020.

O Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao cabimento do habeas corpus coletivo, possui decisões divergentes. No Habeas Corpus nº. 207.720, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor das “crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório na Comarca de Cajuru/SP” que estavam sujeitas a um toque de recolher ordenado pela Juíza da Vara da Infância e Juventude, foi concedido o habeas corpus coletivo, sem maiores discussões a respeito da individualização dos pacientes²⁷.

Por sua vez, no Habeas Corpus nº. 303.061/RS que foi impetrado “em favor dos detentos que cumpriam pena em regime semiaberto no Presídio de Vacaria/RS (...), em razão da iminente transferência dos apenados para estabelecimentos prisionais de outras comarcas, tendo em vista a ocorrência de “incêndio que destruiu completamente as locações da casa prisional em que recolhidos”, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que sua competência “deve ser firmada em razão da execução de cada preso e não pela situação ou local onde um grupo de presos se encontra no momento da impetração”²⁸.

Em que pese a existência de decisões divergentes e que historicamente a tutela da liberdade de locomoção tenha sido feita individualmente, atualmente a impetração do habeas corpus coletivo é visto como importante instrumento processual, pois, em casos em que a ação violadora do direito dos indivíduos possui impacto coletivo, “a individualização do remédio obscurece as causas, enfraquece os pacientes e faz persistir a ilegalidade”²⁹.

4 HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO EFETIVO NA TUTELA DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO DE DETERMINADO OU DETERMINÁVEL GRUPO VULNERÁVEL DE PESSOAS

Após compreender o funcionamento do habeas corpus e do sistema de tutela coletiva em linhas gerais, é possível analisar o habeas corpus como instrumento efetivo na tutela do direito de locomoção de grupos vulneráveis de pessoas.

Tendo em vista a desigualdade existente no Brasil, há determinados grupos de pessoas que enfrentam maiores dificuldades de acessar à justiça, o que é imprescindível para a impetração do habeas corpus e a preservação da liberdade de locomoção. Boaventura de Souza Santos³⁰ observa

27 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus 207720/SP 2011/0119686-3*. Relator: Min. Hermas Benjamin. Brasília, 23 fev. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21270485/habeas-corpus-hc-207720-sp-2011-0119686-3-stj/inteiro-teor-21270486?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 fev. 2020.

28 STJ – AgRg no HC: 303061 RS 2014/0221068-0. Relator: Ministra Maria Tereza De Assis Moura. Brasília, 10 nov. 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153679357/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-303061-rs-2014-0221068-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 fev. 2020.

29 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 143641 SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 24 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNotiiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

30 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2013. p. 206.

que as classes populares enfrentam obstáculos econômicos, sociais e culturais ao acesso à justiça.

Ocorre que os grupos de pessoas, principalmente os mais vulneráveis social e economicamente, não podem ter a liberdade de locomoção ameaçada ou violada. Portanto, a modalidade coletiva de habeas corpus é um instrumento processual hábil para garantir o acesso à justiça aquela população que enfrenta obstáculos.

O habeas corpus coletivo permite que uma mesma decisão seja capaz de tutelar direitos daqueles que não ingressariam com ação judicial, seja porque não dispõem do conhecimento para identificar que possuem um direito violado ou porque não possuem condições financeiras e procedimentais para tanto³¹.

A tutela coletiva no habeas corpus trata-se de instrumento importante para a garantia da segurança jurídica do país, pois obsta a reprodução de decisões diferentes em casos idênticos ou semelhantes, também relacionado a isonomia e uniformidade de jurisprudência. A opinião particular de cada magistrado não pode fazer com que indivíduos em idêntica situação sejam tratados de maneira diferentes³².

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2013, mais de um milhão de processos tramitavam no Brasil.³³ Do ponto de vista do Poder Público, da administração da justiça, o habeas corpus coletivo também é importante, pois, considerando que uma mesma decisão pode ser estendida à uma coletividade de pessoas que estão no mesmo contexto fático ou jurídico, o remédio constitucional contribui com o descongestionamento da máquina pública.

O Poder Judiciário desempenhando tutelas coletiva, não precisaria atuar em demandas individuais repetitivas abarcadas pelo processo coletivo, pode dar maior celeridade às ações que demandam uma análise específica. Como consequência, os efeitos benéficos do habeas corpus coletivo não se restringem somente aos interessados na decisão, mas à toda a população que aguarda uma decisão célere e justa.

Ademais, considerando que o habeas corpus é um instituto com ampla maleabilidade, uma vez que não possui forma pré-definida, pode ser impetrado por qualquer pessoa, não necessita de advogado (pessoa com capacidade postulatória) e independente da capacidade civil, não existem razões para sustentar que ele não estaria em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

É justamente pelas características marcantes da informalidade e da possibilidade de

31 BUENO, Cassio Scarpinela. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: teoria geral do direito processual civil. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 103.

32 SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Disponível em: <http://www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018. p. 5.

33 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*: publicado em janeiro de 2014. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 27 jun. 2017.

qualquer pessoa impetrar HC em favor de si mesmas ou de outrem - ou seja, o Impetrante pode ser ao mesmo tempo o Paciente ou ser pessoas diferentes - que o Habeas Corpus Coletivo seria possível.

Ressalte-se o fato de que o §2º do artigo 654 do Código de Processo Penal autoriza a concessão da ordem de ofício, o que reforça a ideia do seu cabimento na modalidade coletiva e tamanha a importância e urgência de impedir violações a liberdade de locomoção. Nesse sentido:

Ora, se todo magistrado dispõe de competência para conceder de ofício ordem de habeas corpus, não há razão para insistir na defesa da tese de que o remédio somente pode ser veiculado judicialmente em sua versão individual. Se o próprio Judiciário, diante da impetração de habeas corpus em favor de pessoas determinadas, pode ampliar, por iniciativa própria, a extensão subjetiva da proteção à liberdade de locomoção - flexibilizando com isso o princípio da inércia da jurisdição -, por mais razões ainda se deve admitir que a tutela jurisdicional seja perseguida, desde o início, em termos coletivos³⁴.

Como visto, trata-se de instituto que na modalidade coletiva garante economia, celeridade processual, impede a existência de decisões conflitantes em casos idênticos ou muito parecidos e possibilita o acesso à justiça, principalmente aos mais vulneráveis social e economicamente. Nesse sentido, Rodrigo Machado Guimarães³⁵ concluiu que o “(...) contexto atual torna o habeas corpus coletivo não só cabível, mas evidencia a necessidade de termos um instrumento capaz de proteger, com vigor, a liberdade de locomoção coletivamente ameaçada e violada.”.

Assim, não restam dúvidas que o habeas corpus coletivo é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e pode ser um instrumento efetivo na tutela do direito de locomoção de determinado ou determinável grupo vulnerável de pessoas que esteja sob o mesmo contexto fático ou jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou destacar pontos importantes para discussão quanto a compatibilidade do habeas corpus coletivo e o ordenamento jurídico brasileiro, com especial enfoque nos problemas de interesse individuais homogêneos.

Em síntese, foi possível verificar a importância do direito à liberdade de locomoção, resguardado pelo habeas corpus, previsto como remédio constitucional no art. 5º, LXVIII, CR/88 e no Código de Processo Penal.

Dentre as características do habeas corpus, evidenciou a informalidade e a possibilidade de qualquer pessoa o impetrar, em favor de si mesma ou de outrem, em caráter preventivo, liberatório

34 SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Disponível em: <http://www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018. p. 18.

35 GUIMARÃES, Rodrigo Machado. *O papel do habeas corpus coletivo no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2018. p. 44.

ou suspensivo, podendo também a ordem ser concedida de ofício pelo magistrado.

Outra questão que buscou expor foi sobre o funcionamento da tutela coletiva de direitos no Brasil, com microsistema composto pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei de Ação Civil Pública, sendo consequências da evolução da sociedade e do direito, compatíveis com a Constituição Federal de 1988.

Em relação a tutela coletiva, destacou-se o interesse individual homogêneo, como aquele individual, divisível, que tem uma origem comum e por questões de benefícios opta por processos coletivos. É nesse sentido que se inclui o habeas corpus coletivo: poderia ser impetrado individualmente, mas prefere-se a via coletiva a fim de alcançar todos aqueles que estão na mesma situação.

Assim, a tutela coletiva é importante instrumento para proporcionar maior isonomia, uniformizar jurisprudências, objetivando minimizar decisões judiciais diferentes para casos semelhantes e evitar distorções. Ao mesmo tempo, os processos coletivos implicam em econômica e celeridade processual, pois diminuem os pleitos individuais repetitivos, permitem uma melhora no serviço de prestação jurisdicional em tempo razoável. Além disso, atinge-se maior quantidade de pessoas, viabilizando o acesso à ordem jurídica de forma ampla, igualitária e justa.

Além do mais, diante da complexidade dos problemas que atingem toda uma coletividade, não é possível manter somente a proteção individualista à liberdade, surgindo necessidade de uma tutela que também tenha característica coletiva e inclua grupos vulneráveis.

Posteriormente, notou-se que os Tribunais frequentemente negavam prosseguimento aos Habeas Corpus Coletivo alegando: a falta da individualização do paciente em um habeas corpus coletivo, que seria imprescindível identificar os pacientes e individualizar os constrangimentos ilegais, não seria possível HC em favor de pessoas indeterminadas.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 143.641/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu admitir o cabimento de habeas corpus coletivo para se discutir direitos individuais homogêneos, como destacou também no HC 118.536/SP.

Tal mudança de paradigma deve ser compreendida como uma evolução da compreensão da tutela coletiva, compatível com o avanço do sistema de processo coletivo vigente no Brasil, com a Constituição Federal de 1988 e o Microsistema de Tutela Coletiva.

Dessa forma, apesar da ausência de lei específica sobre habeas corpus coletivo, não há impedimento para o mesmo. Ao revés, existe consonância com as normas constitucionais e o microsistema de tutela coletiva, inclusive a ordem pode ser concedida de ofício, conforme art. 654, §2º e art. 580, ambos do CPP. Em suma, conclui-se que o Habeas Corpus Coletivo é um instrumento processual para tutela de interesses individuais homogêneos de grupos vulneráveis,

estando em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Andréa Carla da Silva. Habeas corpus coletivo nº 143.641 e a tutela dos direitos humanos fundamentais no caso das gestantes e mães presas preventivamente. *Revista FIDES*, v. 10, n. 1, p. 283-298, 3 jul. 2019.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.016/2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.247/1985*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

Brasília, 20 jul. 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+118536%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/n9ec4nr>. Acesso em: 10 out. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinela. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil*. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHEQUER, LÍlian Nássara Miranda. Habeas corpus coletivo. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2014. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1200/HABEAS%20CORPUS%20COLETIVO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*: publicado em janeiro de 2014. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 27 jun. 2017.

DE CAMARGO, Mônica Ovinski. O habeas corpus no Brasil Império: liberalismo e escravidão. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, v. 25, n. 49, p. 71-94, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, v. 229, n. 2014, p. 273-280, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DO AMARAL, Thiago Bottino. Considerações sobre a origem e evolução da ação de habeas corpus. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, v. 5, p. 1303-1337, jun. 2012.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A tutela Coletiva do Século XXI e a sua inserção no paradingma jurídico emergente. 2010. *In: MILARÉ, Édís (Coord). A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GUIMARÃES, Rodrigo Machado. *O papel do habeas corpus coletivo no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2013.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. UERJ, Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, 2015. Disponível em: <http://www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no HC: 303061/RS 2014/0221068-0*. Relator: Min. Maria Tereza de Assis Moura. Brasília, 10 nov. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201402210680. Acesso em: 14 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus 207720/SP 2011/0119686-3*. Relator: Min. Hermas Benjamin. Brasília, 23 fev. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21270485/habeas-corpus-hc-207720-sp-2011-0119686-3-stj/inteiro-teor-21270486?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 118536/SP*. Relator: Min. Dias Toffoli.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 135169/BA*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 ago. 2016. Disponível em: <https://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310160226&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 143641/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 24 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNotiiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 143988/ES*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 18 out. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313071343&ext=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 148459/DF*. Relator: Min. Alexandre De

Moraes. Brasília, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220>. Acesso em 25 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 153237/DF*. Relator: Min. Alexandre De Moraes. Brasília, 22 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5354408>. Acesso em: 14 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 143704/PR*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143704.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

O PACOTE ANTICRIME E O FORTALECIMENTO DO SISTEMA ACUSATÓRIO À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Leonardo Bocchi COSTA¹

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade analisar as consequências trazidas pelo advento da previsão infraconstitucional da adoção do sistema processual penal acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tal finalidade, abordar-se-á a mudança de paradigma trazida pela Constituição Federal de 1988 no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, com ênfase ao sistema jurídico repressivo pátrio, caracterizado pela adoção do sistema penal garantista. Após, os diferentes sistemas processuais penais serão analisados, a fim de que seja introduzida a discussão acerca do sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o conflito entre os princípios constitucionais e alguns dispositivos de cunho inquisitório vigentes no Código de Processo Penal. Por fim, buscar-se-á comprovar que a previsão infraconstitucional expressa diz respeito a uma mera confirmação dos princípios constitucionais de 1988 e, conseqüentemente, da adoção do sistema acusatório pela Carta Magna, com a finalidade de pressionar os tribunais brasileiros a reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos que violam o sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro. Utilizaram-se como métodos de abordagem o método dedutivo, além de pesquisa indireta bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal Constitucional; Garantismo penal; Sistemas processuais penais; Verdade processual.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the consequences brought by the advent of the infraconstitutional provision for the adoption of the accusatory criminal procedural system by the brazilian legal system. To this end, the paradigm shift brought by the Federal Constitution of 1988 with regard to fundamental rights and guarantees will be addressed, with emphasis on the repressive legal system, characterized by the adoption of the guarantee penal system. Afterwards, the different criminal procedural systems will be analyzed, in order to introduce the discussion about the procedural system adopted by the brazilian legal system, in view of the conflict between constitutional principles and some inquisitorial devices in force in the Code of Criminal Procedure. Finally, it will be sought to prove that the expressed infraconstitutional provision relates to a confirmation of the constitutional principles of 1988 and, consequently, of the adoption of the accusatory system by the Federal Constitution, in order to pressure brazilian courts to recognize unconstitutionality provisions that violate the accusatory system in the brazilian legal system. The deductive method was used as an approach, in addition to indirect bibliographic research.

KEYWORDS: Constitutional Procedural Criminal Law; Criminal guarantee; Criminal procedural systems; Procedural truth.

INTRODUÇÃO

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atualmente é bolsista do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, atuando como estagiário junto ao gabinete da Vara da Família e Sucessões de Jacarezinho/PR.

A aprovação do chamado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) pelo Congresso Nacional, mesmo com os vetos do Presidente da República, trouxe consigo eminentes mudanças na legislação penal e processual penal brasileira. Quanto ao conteúdo da reforma, percebe-se que há uma exata finalidade a ser perseguida pelo legislador com a aprovação da proposta, de iniciativa do Ministério da Justiça e Segurança Pública, reformadora do sistema jurídico repressivo brasileiro: pode-se, sim, aumentar a rigidez da legislação penal (direito material), desde que seja aplicada (por meio do direito processual) de modo que se respeitem os princípios basilares da Constituição Federal.

A mencionada teleologia do legislador pátrio quando da aprovação da reforma penal e processual pode ser observada na seguinte contraposição: houve alteração no artigo 75 do Código Penal, o qual passou a prever que “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos” (BRASIL, 1940), em detrimento da norma anterior revogada, que preconizava o limite de 30 anos para o cumprimento das penas privativas de liberdade.

Todavia, ao mesmo tempo em que busca fortalecer o *jus puniendi* do Estado brasileiro ao estender o limite de cumprimento das penas privativas de liberdade, as reformas trazidas pelo Pacote Anticrime trouxeram consigo importantes novidades no Direito Processual Penal brasileiro, ao buscar fortalecer o sistema acusatório em detrimento dos resquícios inquisitórios do Código de Processo Penal brasileiro, conforme se buscará comprovar por meio do presente estudo.

Em suma, o legislador pátrio tem como clara finalidade o fortalecimento do *jus puniendi* por meio das alterações no Código Penal, com a condição de que a aplicação *in concreto* das normas penais, que poderá ser mais rigorosa por conta do alargamento do limite de cumprimento de pena privativa de liberdade, ocorra por meio de um processo voltado à garantia dos direitos fundamentais e mais adequado às previsões e finalidades trazidas pela Constituição Federal de 1988.

É de extrema relevância pontuar que o projeto inicial proposto pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública dizia respeito a uma aberração jurídica, situação em que os princípios constitucionais penais seriam deliberadamente ignorados em favor da implementação de um Direito Penal autoritário, inclusive com a previsão de verdadeiro perdão judicial àquele que, em legítima defesa, cometesse excesso, desde que decorrente de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.

Perceba-se que, apesar de a proposta, a priori, parecer isenta de qualquer viés obscuro, ainda mais por não mencionar diretamente agentes de segurança (polícia militares, guardas municipais etc.), o governo federal, principalmente por meio da figura do Presidente da República, aduziu explicitamente no sentido de tal modificação visar prioritariamente aos interesses dos agentes de segurança durante suas operações.

É digno de menção pelo presente estudo e reconhecimento o brilhante trabalho exercido pelo Congresso Nacional no que diz respeito à desconstrução necessária do projeto apresentado pelo Poder Executivo, uma vez que a proposta inicial se mostrou um verdadeiro risco à democracia substancial brasileira e aos princípios norteadores da Constituição Federal. Pontue-se que se transformou um projeto de lei com potencial altamente lesivo no que diz respeito ao sistema penal garantista, o qual é estatuído pela Carta Magna brasileira, em uma reforma que reforça os princípios basilares de tal sistema penal no ordenamento jurídico brasileiro.

1 O SISTEMA JURÍDICO REPRESSIVO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO AXIOLÓGICA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico para o Direito brasileiro, ao romper decisivamente com a ordem jurídica autoritária e ditatorial vigente e colocar no topo do ordenamento jurídico brasileiro um diploma legal completamente inovador no que diz respeito à sua axiologia.

Isso porque, pelo fato de o Estado brasileiro se encontrar em um momento de ruptura com um regime militar ditatorial, os legisladores detentores do Poder Constituinte Originário encontraram consigo a obrigação de afirmação de um texto completamente voltado à proteção dos indivíduos pelo Estado como documento legitimador da nova ordem jurídica brasileira, seja por meio de sua omissão (garantia de forma negativa) ou de sua prestação (garantia de forma positiva). Em suma, a Carta Magna de 1998 visava à tutela da dignidade de todos os indivíduos que se encontrassem em território brasileiro, motivo pelo qual, no artigo 1º, III, a Constituição Federal prevê como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se instala a República brasileira o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

A previsão constitucional no sentido de reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro traz consigo uma mudança paradigmática no ordenamento jurídico pátrio, ao buscar fortalecer e elevar ao status de protagonistas na experiência jurídica brasileira os direitos e garantias fundamentais. Essa análise se justifica pelo fato de o princípio constitucional em comento se consignar, em verdade, um sobreprincípio, que visa a legitimar os demais princípios constitucionais, haja vista que sua observância é obrigatória para a exegese de qualquer norma constitucional, tendo em vista sua força centrípeta (BULOS, 2015, p. 513).

Verifica-se a característica do princípio da dignidade da pessoa humana como sobreprincípio constitucional ao se buscar um conceito doutrinário acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais, os quais podem ser definidos como “uma categoria jurídica,

constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 151).

De tal forma, pelo fato de os direitos fundamentais deterem como finalidade a proteção da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões, pode-se considerar o princípio (ou sobreprincípio) sob análise como a gênese dos direitos fundamentais, já que se trata, concomitantemente, da finalidade e da legitimação da existência de tais direitos. Ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 (BULOS, 2015, p. 513), visando a garantir sua observância pelos Poderes Políticos e o protagonismo de tais liberdades públicas na ordem jurídica brasileira.

O protagonismo dos direitos fundamentais na Constituição Federal deve ser observado em todos os segmentos da ordem jurídica brasileira, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual se verifica que a Carta Magna é o documento legitimador do ordenamento jurídico como um todo, caracterizando-se por gozar, pelo fato de ser produto do Poder Constituinte Originário, da condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico (BRANCO, 2015, p. 108). Pelos motivos expostos, tem-se que as normas constitucionais “ocupam posição hierárquica superior em relação a toda e qualquer norma ou ato oriundo dos assim chamados poderes constituídos, portanto, em relação às demais normas do sistema jurídico” (SARLET, 2016, p. 222).

A relação de subordinação de qualquer outro segmento do ordenamento jurídico brasileiro à Constituição Federal de 1988 pode ser observada explicitamente quando se aborda a ligação entre o Direito Penal e os princípios constitucionais vigentes. Pode-se definir o Direito Penal como o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas (SANTOS, 2014, p. 3). Em suma, esse segmento do ordenamento jurídico visa, com efeito, à regulamentação em abstrato do *jus puniendi* (direito de punir), tipificando condutas e cominando sanções penais aplicáveis ao autor do fato criminoso.

As penas cominadas abstratamente pela legislação penal constituem o principal instrumento da política penal do Estado (SANTOS, 2014, p. 4). Todavia, apesar de a legislação penal ter como finalidade o controle social por meio da punição de indivíduos pelo cometimento de fatos criminosos, a relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional deve ser sempre muito estreita (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 121).

Isso porque o Direito Penal brasileiro deve ser concebido e estruturado à luz da concepção democrática do Estado Democrático de Direito instalado pela Constituição Federal de 1988, respeitando os princípios e garantias fundamentais reconhecidos pela Carta Magna (BITENCOURT,

2016, p. 42). Em suma, tal necessidade significa submeter o exercício do *ius puniendi* à força do protagonismo dos direitos fundamentais, fenômeno que se deu, conforme já abordado, por meio do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, limitando-se, portanto, o exercício do *ius puniendi* aos princípios constitucionais.

Em um Estado Democrático de Direito, o *ius puniendi* é caracterizado por sua exclusividade de titularidade (somente o Estado tem o poder de punição sobre os indivíduos), bem como pela limitação de sua aplicação. De tal maneira, mesmo que a finalidade do Direito Penal seja a regulamentação em abstrato do *ius puniendi*, vale dizer, um escopo punitivo, é intrínseco ao direito de punir sua limitação pelo próprio Estado. Perceba-se que, em um Estado Democrático de Direito, a limitação do *ius puniendi* coincidir-se-á com os direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição Federal. Sobre os aspectos modernos do direito de punir, tem-se:

Modernamente, o *ius puniendi* possui duas características que lhe são viscerais: a exclusividade da titularidade e a limitação de sua aplicação. Não é admitido, no atual Estado Democrático de Direito, que outra instituição ou personalidade que não o Estado exerça o *ius puniendi*. E igualmente não é possível que o Estado utilize indiscriminadamente essa atribuição (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 2)

Em resumo, o direito material punitivo deve obedecer ao protagonismo dos direitos fundamentais e se adequar aos princípios constitucionais vigentes, sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito brasileiro. Por esse motivo, a Constituição Federal delineou um sistema penal que visa a garantir a minimização da violência e a maximização da liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado, além de buscar representar o equilíbrio entre os modelos do abolicionismo e do direito penal máximo (NUCCI, 2014, p. 358).

1.1 A teoria do Garantismo Penal e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal

Apesar de a Constituição Federal não remeter expressamente seus princípios penais e processuais ao sistema penal garantista, percebe-se que tal referência se mostraria desnecessária e redundante, uma vez que o sistema repressivo delimitado pela Carta Magna, por meio dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, detém perfeitamente todos os axiomas adotados pelo Garantismo Penal, seja por meio das previsões expressas em seu texto legal ou pelas disposições em diplomas infraconstitucionais, já que os direitos fundamentais não precisam estar necessariamente contido no texto constitucional (cláusula de abertura constitucional). Preliminarmente à análise dos princípios constitucionais aderentes ao sistema penal garantista, faz-

se mister delimitar e conceituar a finalidade e os aspectos do Garantismo Penal como teoria jurídica.

O Garantismo Penal é uma corrente de política criminal, elaborada por Luigi Ferrajoli, que busca elaborar propostas políticas de funcionamento do sistema penal. A teoria elaborada por Ferrajoli se contrapõe à perspectiva abolicionista (a qual busca a extinção do Direito Penal como meio de controle social), uma vez que, na teoria em comento, se entende o sistema penal como uma necessidade nas sociedades modernas (KAZMIERCZAK, 2010, p. 97).

Apesar de se opor à teoria abolicionista, o Garantismo Penal proposto por Ferrajoli se contrapõe, sem prejuízo, à ideia de Direito Penal Máximo, segundo a qual “os males da sociedade seriam apenas por ele [Direito Penal] solucionados através de um rigor no tratamento de todas as infrações indistintamente, sejam elas de diminutas ou máximas ofensividade” (KAZMIERCZAK, 2010, p. 71). De tal maneira, busca-se uma equalização entre as teorias rejeitadas pelo Garantismo Penal, de modo a minimizar a violência do Estado e maximizar a garantia dos direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal.

O Garantismo Penal pode ser sintetizado em dez axiomas proclamados por Ferrajoli, os quais, deve-se enfatizar, dizem respeito não somente a limitações no direito material repressivo, mas também no direito processual, fato que demonstrar-se-á de grande relevância para a exposição argumentativa do presente estudo. Sobre os princípios essenciais à teoria do Garantismo Penal, Luigi Ferrajoli discorre:

Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

Anteriormente à análise mais aprofundada acerca da real abrangência da teoria do Garantismo Penal no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que a Constituição Federal positivou expressamente diversos axiomas essenciais à teoria sob análise, conforme restará demonstrado. Restando todas as disposições nesse sentido no artigo 5º, a Carta Magna prevê, em seu inciso XXXIX, que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988), positivando, de tal maneira, o princípio da legalidade.

Além disso, o inciso XLV garante que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (BRASIL, 1988), exteriorizando o princípio da intranscendência ou da responsabilidade pessoal.

Sem prejuízo, o inciso LVII prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, explicitando no texto constitucional o princípio da presunção de inocência.

Por derradeiro, tem-se que, inciso LV do artigo 5º, o texto constitucional garante que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consagrando, de tal maneira, os princípios da ampla defesa e do contraditório. Todavia, entende-se, majoritariamente, que o artigo 129, inciso I, da Carta Magna positiva o princípio acusatório (separação entre juiz e acusação) ao prever como uma das funções do Ministério Público a promoção, privativamente, da ação penal pública, na forma da lei. De tal maneira, dissocia-se a figura do juiz e do acusador, visando a garantir a imparcialidade do julgador.

Ademais, os outros axiomas preconizados pela teoria garantista, apesar de não restarem positivados no texto constitucional, encontram-se previstos em dispositivos infraconstitucionais, os quais gozam de hierarquia constitucional por serem considerados direitos fundamentais, mesmo não integrando o texto constitucional, por força da cláusula de abertura dos direitos fundamentais.

Perceba-se que não somente princípios de direito material são previstos pela teoria garantista como axiomas edificantes, mas também princípios de direito processual, como a presunção de inocência (NETTO, 2003, p. 157), contraditório e ampla defesa, princípio acusatório etc. Tal fato exterioriza o papel fundamental exercido pelo julgador, principalmente no que diz respeito ao critério de interpretação da lei conforme a Constituição. No sistema garantista, o magistrado é, antes de tudo, o guardião dos direitos fundamentais (GRECO, 2016, p. 9).

O sistema penal garantista vincula, conforme se depreende da análise dos axiomas garantistas, não apenas o direito material penal, mas o sistema penal como um todo, o qual deve ser entendido como o controle social punitivo institucionalizado, que abarca a partir de quando se detecta uma suspeita de delito até a execução da pena (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 65), situação em que se inclui o Direito Processual Penal pátrio.

O Direito Processual Penal brasileiro submete-se à subordinação constitucional vivenciada pelo direito material penal por não ter por si só uma razão de existir, devendo ser operacionalizado como um instrumento do direito material (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 3-4). Isso ocorre pelo fato de não ser possível a aplicação da reprovação da norma (direito material) sem o prévio processo, “nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*)” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 88).

Apesar de se estabelecer como objeto principal do Direito Processual Penal a

regulamentação da aplicação jurisdicional do Direito Penal (ALVES, 2018, p. 27), faz-se mister a compreensão de que a instrumentalidade do processo não significa que a atividade jurisdicional e sua disciplina sejam um instrumento a serviço de uma única finalidade: a satisfação da pretensão punitiva do Estado por meio da aplicação de sanções penais (GUIMARÃES 2018, p. 33). Ao lado dela, deve ser lembrada a função constitucional do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático. Nesse sentido, insere-se a finalidade da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, especialmente das disposições ligadas à liberdade individual (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 88-89).

Portanto, com a união das finalidades principais da atividade jurisdicional criminal e sua disciplina jurídica, inaugura-se a visão instrumental-garantista, que observa o Processo Penal como um instrumento de defesa e proteção do acusado e seus direitos e garantias constitucionais, sem prejuízo da busca pela justiça e paz social (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 4). De tal maneira, o Direito Processual Penal ultrapassa a ideia de ser um mero objeto do Estado para a imposição de pena, firmando-se como um meio de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo contra a força impingida pelo Estado na persecução penal (ALVES, 2018, p. 29).

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Pode-se definir a palavra “sistema” como uma estrutura organizada com base em conjuntos de unidades inter-relacionáveis, ou até mesmo como um conjunto de elementos, materiais ou ideais, intelectualmente organizado. Baseando-se em tal definição, pode-se verificar que o sistema processual penal é o “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2015, p. 46).

Sabe-se que o Estado, por meio do exercício do *jus puniendi*, deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas normas e preceitos básicos. Ocorre que tal aplicação somente poderá ser feita através do processo criminal, o qual será aplicado com base no conjunto de princípios constitucionais alicerçadores da atividade jurisdicional penal estatal. Observando-se o exposto, verifica-se que o sistema processual penal servirá como guia à experiência jurídica ligada à aplicação *in concreto* da legislação penal por intermédio, obrigatoriamente, da atividade jurisdicional, de modo a delinear os aspectos da persecução penal por meio de seus princípios edificadores.

Um sistema processual penal pode ser classificado como acusatório, inquisitório ou misto. As espécies de sistemas processuais penais mencionados distinguem-se entre si em diversos

aspectos, como na gestão das provas, a posição do julgador na relação processual penal, além da forma como o acusado é compreendido no processo (um mero objeto ou sujeito de direitos).

O sistema processual penal inquisitório tem suas raízes no Direito Romano, situação em que se permitia ao juiz a prerrogativa de iniciar o processo de ofício (sem provocação). Durante a Idade Média, houve o apogeu de tal sistema de persecução penal por meio da aplicação do Direito canônico no continente europeu, dando-se ênfase à Santa Inquisição ou Tribunal do Santo Ofício, quando indivíduos considerados hereges eram severamente punidos pela Igreja Católica, com direitos processuais explicitamente tolhidos, admitindo-se a confissão como elemento suficiente para a condenação, permitindo-se para tal finalidade, inclusive, (MIRABETE, 2000, p. 40).

Ocorre, em se tratando do sistema processual em comento, uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O juiz da causa abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a posição de inquisidor, atuando desde o início, além de sua função julgadora, como acusador. “Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 122).

Em suma, em um processo criminal regido pelo sistema inquisitório, o julgador atua como parte na relação processual, investigando, acusando e, ao mesmo tempo, julgando o caso levado a juízo. O procedimento, via de regra, será escrito, secreto e sem a devida incidência do princípio do contraditório. Cabe pontuar que é da essência do sistema processual inquisitório a aversão absoluta ao contraditório (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 122).

Entende-se que o ponto crucial para a identificação de um sistema processual é o reconhecimento de seu núcleo e não de seus elementos acessórios, sendo aquele o responsável pela caracterização de um sistema como acusatório ou inquisitório (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 134). Cabe pontuar que, nessa seara, o sistema misto será caracterizado pelo reconhecimento de núcleos não exclusivos entre si dos sistemas acusatório e inquisitório. Em suma, deve-se compreender que não existe um núcleo axiológico próprio para a caracterização de um sistema misto, já que o sistema processual misto nada mais é senão a união dos aspectos acusatórios e inquisitórios em um só sistema.

Há doutrinadores que entendem que o sistema inquisitório tem como característica principal (núcleo) “o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor” (LIMA, 2019, p. 40). Ao mesmo tempo, outros doutrinadores entendem como núcleo essencial do sistema inquisitório a questão da gestão da prova no processo penal, caracterizando-se o sistema em comento pela influência do princípio inquisitivo, segundo o qual a gestão da prova deverá estar nas mãos do julgador (juiz-ator) (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 134).

O sistema acusatório encontra suas origens na Grécia e em Roma, restando tal sistema instalado com fundamento na acusação oficial, apesar de se permitir, excepcionalmente, a iniciativa da vítima. No Direito moderno, o sistema acusatório estabelece uma relação processual que preza pela igualdade entre o autor e o réu, restando o julgador sobreposto às partes, como órgão imparcial de aplicação da lei (MIRABETE, 2000, p. 40).

De tal maneira, percebe-se que, no sistema acusatório, ocorre a separação entre os órgãos de acusação, defesa e julgamento, vigendo a igualdade entre o juiz, a defesa e a acusação. Quanto aos atos processuais, tem-se a adoção dos princípios da publicidade, da oralidade e a incidência obrigatória do contraditório. Na sistemática em comento, a proposição da ação penal pública ocorrerá *ex officio*, deixando de ser proposta, todavia, pelo juiz, uma vez que tal função será exercida obrigatoriamente pelo Ministério Público, e nunca pelo julgador (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 6).

Quanto ao núcleo axiológico para a caracterização do sistema acusatório, alguns autores entendem que o sistema em comento se caracteriza por gerar um processo de partes, “em que o autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal” (LIMA, 2019, p. 42), elegendo a separação das funções processuais como elemento essencial do sistema acusatório. Não obstante, pode-se compreender como elemento constitutivo do sistema sob análise a questão concernente à gestão das provas no processo, sendo o sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo, nos termos do qual a gestão da prova encontra-se nas mãos das partes (juiz-espectador) (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 134).

Sem prejuízo dos dois sistemas já discutidos pela presente pesquisa, tem-se a classificação do sistema processual penal misto, a qual pode ser justificada pela “afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 128). O sistema processual penal misto apresenta sua primeira manifestação histórica no início do século XIX, na França, com a edição do Code d’instruction criminelle, em 1808 (PACELLI, 2014, p. 10).

Nos termos do sistema processual penal inaugurado pelo diploma legal em comento, a jurisdição seria iniciada na fase de investigação, a qual se desenvolveria sob a presidência de um magistrado, tal como ocorre no sistema inquisitório. Todavia, a acusação criminal ficaria a cargo de outro órgão público que não o juiz – o Ministério Público –, caracterizando-se, dessa maneira, um sistema processual com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios (PACELLI, 2014, p. 10).

Pode-se definir o sistema processual misto como aquele que possui configurações tanto do sistema inquisitório quanto do sistema acusatório, permitindo a consideração de provas realizadas

sem o contraditório, bem como a participação do juiz em sua produção (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 6). Outrossim, haveria duas fases da persecução penal nitidamente delineadas: uma fase investigativa regida pelos princípios do sistema inquisitório e uma fase processual, regida pelos princípios do sistema acusatório.

Apesar da definição trazida pelo presente estudo, há quem estenda que o sistema misto nada mais seria do que o sistema acusatório acrescido da possibilidade de o juiz buscar, por si só, elementos de prova não produzidos pelas partes ou providenciar *ex officio* a correção de provas maculadas com algum vício. De tal maneira, restariam garantidos “os interesses persecutórios do Estado, a famigerada verdade real, os interesses da plenitude de defesa e a garantia de aplicação das regras do contraditório” (ANDRADE, 2013, p. 423).

2.1 Sistemas processuais e a busca pela verdade no processo penal

A discussão acerca da relação entre os sistemas processuais penais e a busca pela verdade no processo penal ganhará relevância quando da ocasião em que se buscará pelo presente estudo a exposição envolvendo o vínculo lógico-jurídico existente entre o princípio da verdade real e a iniciativa probatória do juiz no processo penal ou na investigação criminal. De tal maneira, tendo em vista a intenção da presente pesquisa de almejar a defesa da vedação da iniciativa probatória pelo juiz criminal, a abordagem do tema supramencionado se faz peremptoriamente necessária.

Os sistemas processuais penais são intrinsecamente relacionados à questão da busca pela verdade no processo penal. Isso porque, no sistema inquisitório, nasce a inalcançável ideia da obtenção da verdade real pelo processo criminal, situação em que o imputado nada mais seria do que um mero objeto de investigação, considerado detentor da verdade de um crime, fato que autorizava, portanto, o inquisidor a submeter o imputado a um processo de extração da verdade real do crime a qualquer custo (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 136).

A verdade buscada pelo processo penal sob a égide do sistema inquisitório é a chamada verdade substancial ou material, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas envolvidas no processo, inexistindo limites para a obtenção da verdade, sendo esta alcançável por qualquer meio e para além das regras procedimentais. Ocorre que, ao ser perseguida fora das regras e controles, a busca pela verdade material resulta em uma concepção autoritária e irracional do processo penal (FERRAJOLI, 2002, p. 38).

Perceba-se que a busca pela verdade material acaba sendo utilizada como pretexto para abusos e excessos por parte dos órgãos responsáveis pela persecução penal, uma vez que, em nome do princípio da verdade real, permite-se, na ordem jurídica brasileira atual, ao julgador, nos termos do artigo 156, inciso I, do CPP, a iniciativa probatória no decorrer da persecução penal, violando o

sistema acusatório e desencadeando decisivo desequilíbrio entre as partes do processo, ao auxiliar o órgão de acusação em uma função que é a este inerente.

A busca pela verdade real ou material enfrenta decisiva restrição a partir da instalação do Estado Democrático de Direito brasileiro, uma vez que só se poderia falar em verdade real no processo penal se fosse adotada para o procedimento criminal uma verdade perseguível a qualquer preço e por qualquer meio, seja lícito ou ilícito, compatível ou não com os direitos e garantias inerentes a um Estado Democrático de Direito (ARAÚJO, 2014, p. 90).

Deve-se compreender que o processo não deve ser encarado como um instrumento de busca da verdade, mas sim como uma máquina retrospectiva, que visa a estabelecer a possível ocorrência de um fato, não em sua plenitude, mas de acordo e diante das hipóteses lançadas pelas partes, sendo inerente ao processo criminal a imperfeição da reconstituição factual concernente ao caso analisado (SILVA; URANI, 2017, p. 33).

Apesar dos argumentos trazidos pela presente pesquisa, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência pátrias continuam a utilizar amplamente o princípio da verdade real em julgamentos criminais, mesmo que tal princípio se expresse explicitamente incompatível com o Estado Democrático de Direito instalado em 1988 e os direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal.

Os adeptos do princípio da verdade real entendem que tal princípio busca estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal, decorrendo desse princípio “o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal”. (MIRABETE, 2000, p. 44).

Sem prejuízo, entende-se, no mesmo sentido, que, enquanto o juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal que surja das manifestações das partes, no processo penal, o julgador tem o dever de investigar a verdade real (ou material), procurando saber como os fatos ocorreram na realidade, quem realmente praticou a infração, a fim de dar base concreta à Justiça quando da ocasião do julgamento do feito (TOURINHO FILHO, 2012, p. 59). De tal maneira, o princípio da verdade real incita a atuação proativa do julgador durante a persecução penal, levando, inevitavelmente, ao desequilíbrio na relação processual, uma vez ocorrendo favorecimento explicitamente à acusação.

Mesmo que ainda se utilize amplamente o princípio da verdade real como pretexto para a atuação probatória proativa do julgador, deve-se ter em mente a flagrante incompatibilidade do princípio em questão em relação ao sistema processual penal acusatório, escolhido pela

Constituição Federal de 1988 como base para a aplicação *in concreto* da legislação penal.

Tal situação de incompatibilidade ocorre pelo fato de a verdade perseguida pelo método acusatório ser a verdade formal ou relativa, podendo ser conceituada como aquela adquirida por meio do procedimento por prova e erro. A sua adoção pelo sistema acusatório possibilita a máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, garante o livre desenvolvimento do conflito entre as partes do processo (FERRAJOLI, 2002, p. 488).

Com a exposição trazida, percebe-se, portanto, que a busca pela verdade em um processo penal regido pelo sistema acusatório deve reter-se aos elementos probatórios trazidos pelas partes durante a investigação (desde que submetidos ao crivo do contraditório, posteriormente) ou na ocasião da instauração do processo criminal, não sendo possível em uma legislação processual reconstruída (uma vez que a edição original do Código de Processo Penal deu-se sob a vigência de princípios inquisitórios) sob a égide do sistema acusatório a atuação probatória proativa por parte do julgador, sob pena de violar sua imparcialidade.

2.2 A controvérsia acerca do sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988

Reside na doutrina brasileira persistente controvérsia acerca do sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, apesar de a Constituição Federal delinear explicitamente um modelo de persecução penal em que há separação entre o órgão acusador e o julgador, a legislação infraconstitucional processual penal apresenta fortes tendências inquisitórias, principalmente no que diz respeito ao Código de Processo Penal brasileiro.

Percebe-se nitidamente o contraste axiológico implementado pela Constituição Federal de 1988, a qual apresenta caráter expressamente garantista como consequência do protagonismo dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira estabelecido pela adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como pilar do Estado Democrático de Direito brasileiro, uma vez que o Código de Processo Penal pátrio foi decretado em 1941, em pleno período varguista, apresentando, mesmo que tenha sido alterado constantemente através dos anos, forte inclinação ao sistema processual inquisitório. Acerca da contradição axiológica entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, tem-se:

Porém, a aplicação de um sistema puramente acusatório no Brasil constitui muito mais um ideal a perseguir do que uma regra clara a ser aplicada. Nosso Código de Processo Penal, decretado em 1941, em pleno período autoritário, ainda que tenha sido alterado constantemente com o passar dos anos, possui resquícios intencionais do mais puro inquisitório, tradição mal-vinda e persistente ainda em muitos códigos processuais da América Latina. Um exemplo atual desse comportamento é a manutenção da possibilidade de o juiz realizar provas *ex officio*, antes mesmo do início da ação penal, ou a aplicação da *emendatio libelli*, adotada em nosso Código Processual Penal, na qual o juiz, de ofício,

pode modificar a classificação jurídica do delito (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 6).

A efetivação de um sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro pode ser considerada, portanto, uma finalidade a ser perseguida, haja vista os princípios que regem os dispositivos infraconstitucionais regulamentadores da atividade jurisdicional criminal. É palpável a convivência jurídica contrastante entre os princípios constitucionais acusatórios e os princípios infraconstitucionais inquisitórios, os quais, com efeito, não foram recepcionados pela Constituição Federal e, por isso, deveriam ser considerados tacitamente revogados.

Todavia, tal entendimento não vinha sendo aplicado majoritariamente na experiência jurídica brasileira até a edição do Pacote Anticrime, haja vista a ampla aceitação da prática de atos processuais por parte do julgador, em qualquer fase da persecução penal, inclusive possibilitando-se a decretação *ex officio* de medidas cautelares, nos termos da antiga redação do artigo 282 do CPP, que foi modificada justamente pelo Pacote Anticrime, em 2019.

Deve-se levar em consideração que, apesar da índole inquisitiva da legislação infraconstitucional processual penal, o sistema desenhado pelo ordenamento jurídico nacional é o sistema acusatório, por força justamente dos princípios delineadores do sistema repressivo brasileiro, especialmente aqueles insculpidos na Constituição Federal (ALVES, 2018, p. 73). De tal maneira, em observância, inclusive, ao princípio da supremacia da Constituição, deve ser defendida no ordenamento jurídico brasileiro a aplicação do sistema processual penal acusatório.

Destarte, apesar de se defender que o sistema processual penal brasileiro seja misto por apresentar tanto princípios acusatórios como princípios inquisitórios, deve-se ter em mente que, em verdade, o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o acusatório, existindo contraste meramente formal entre os princípios constitucionais e os infraconstitucionais, haja vista que lançando mão de boa técnica interpretativa, o princípio inquisitório não pode ter sido recepcionado pela Constituição Federal, haja vista a composição axiológica protetiva da Lei Maior.

Há quem defenda o caráter misto do sistema processual penal brasileiro por conta da existência do inquérito policial, o qual é regido pelo princípio inquisitório, inexistindo espaço para a incidência do contraditório em seu procedimento, o qual é secreto e escrito. Todavia, deve-se perceber que a argumentação trazida pelos defensores de tal conjectura não pode ser acatada, conforme se buscará demonstrar.

Deve-se, preliminarmente, entender que, quando se fala em sistemas processuais penais, está se tratando tão somente da fase processual da persecução penal. Um dos elementos fixos de cada sistema diz respeito ao seu aspecto puramente procedimental, ao modo como se dará a instauração do processo de natureza jurisdicional. “Portanto, atividades de natureza administrativa, anteriores à instauração desse processo, em nada importam para a definição de um sistema de

processo” (ANDRADE, 2013, p. 471).

Diante do exposto, a investigação preliminar (dentro da qual se destaca, na seara criminal, o inquérito policial) não pode ser considerada quando da identificação axiológica de um sistema processual penal. Isso porque a investigação preliminar é compreendida como uma fase preparatório do processo penal, sem que seja, por si mesma, um processo. Será administrativo quando estiver a cargo de um órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário, podendo, nesse caso, tal procedimento ser classificado como um procedimento administrativo pré-processual (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 33).

Como no sistema penal brasileiro o inquérito policial é levado a cabo pela Polícia Judiciária – órgão totalmente desvinculado do Poder Judiciário, uma vez pertencente ao Poder Executivo –, tal procedimento é de natureza predominantemente administrativa. Todavia, não somente atos administrativos são praticados no decorrer da investigação preliminar. Isso porque a natureza jurídica da instrução preliminar é complexa, podendo ser praticados, também, atos jurisdicionais, mediante a intervenção do juiz (como para a aplicação de medida cautelar). Portanto, ao classificar a natureza jurídica da investigação preliminar, deve-se levar em consideração a natureza jurídica dos atos predominantes, os quais são de natureza administrativa (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 32).

Diante do exposto, pode-se concluir que, por ser um procedimento administrativo e não-processual, apesar de poder contar com atos jurisdicionais praticados no decorrer do procedimento, a investigação preliminar (onde se inclui o inquérito policial) não pode ser levada em consideração para que se caracterize o sistema processual penal brasileiro. De tal maneira, percebe-se que, com efeito, o sistema processo pátrio é acusatório, mesmo que se mitiguem os axiomas de tal sistema no decorrer da investigação preliminar.

3 O PACOTE ANTICRIME E O FORTALECIMENTO DO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Apesar de os princípios constitucionais de 1988 delinearem nitidamente um sistema processual acusatório como decorrência da adoção do sistema penal garantista, não havia uma menção explícita ao sistema processual em comento, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, dando azo a interpretações no sentido da adoção de um sistema misto pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a consequente recepção dos dispositivos inquisitórios positivados anteriormente à edição da Carta Magna.

Nesse sentido, mesmo com a coalizão entre os princípios constitucionais processuais com o fito de estabelecer um sistema que garantisse a imparcialidade do juiz e a maior proteção possível

aos direitos fundamentais do réu, existia ainda a necessidade de uma afirmação explícita por parte do legislador no sentido da adoção do sistema processual acusatório, visando a afastar quaisquer argumentos com a finalidade de legitimar a coexistência jurídica entre os princípios inquisitórios e a Constituição Federal de 1988.

Saliente-se, nesse diapasão, a inexistência de qualquer previsão infraconstitucional explícita no sentido da adoção do sistema acusatório no Direito processual penal brasileiro até a edição do Pacote Anticrime, em 2019. A reforma sob análise trouxe consigo um novo artigo incorporado pelo Código de Processo Penal brasileiro, o art. 3º-A, segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 1941).

Note-se que, a partir do momento em que a reforma legislativa discutida pelo presente estudo entrou em vigor, qualquer interpretação que busque legitimar outro sistema processual penal senão o acusatório deverá ser considerada ilegal, isto é, contrária ao texto de lei infraconstitucional, sem prejuízo da incompatibilidade constitucional já existente antes mesmo da edição da reforma processual.

De suma importância se mostrou a previsão explícita da adoção do sistema acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro em diploma legal cuja finalidade é a regulamentação do processo penal brasileiro. Isso porque, pelo fato de a Constituição Federal não mencionar expressamente o sistema acusatório, fazia-se vista grossa, tanto por parte da doutrina quanto pela jurisprudência, no que diz respeito à impossibilidade de aplicação dos dispositivos de cunho inquisitório positivados no Código de Processo Penal brasileiro.

Isso significa que, apesar de a corrente majoritária entender o sistema processual acusatório como o adotado pela Constituição Federal de 1988, pouco se discutia acerca dos dispositivos infraconstitucionais contrários aos princípios inerentes ao sistema em questão, conforme buscar-se-á demonstrar adiante, uma vez que, mesmo após a previsão explícita em texto infraconstitucional no sentido da adoção do sistema acusatório, normas de caráter notoriamente inquisitório continuam, ao mesmo formalmente, habitando o texto do Código de Processo Penal brasileiro.

Para que se possam dimensionar as consequências trazidas pelo artigo 3º-A do Código de Processo Penal, faz-se mister a percepção acerca do texto positivado em tal dispositivo, o qual não apenas confirma a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro, mas também, como decorrência axiológica, veda qualquer tipo de iniciativa do juiz na fase de investigação, bem como a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Ou seja, a atuação *ex officio* do juiz em prejuízo do réu, em qualquer fase da persecução penal, foi, a partir da Lei nº 13.964/2019,

expressamente proibida, havendo, todavia, clara possibilidade de atuação de ofício por parte do julgador em benefício do acusado.

A principal consequência trazida pela previsão expressa da adoção do sistema acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro no Código de Processo Penal é o fortalecimento do sistema processual penal em comento no Direito pátrio, trazendo maior segurança jurídica aos estudiosos, julgadores e às partes do processo criminal, quando se passa a existir uma manifestação explícita do legislador no sentido da obrigatoriedade de observância aos princípios acusatórios em detrimento dos dispositivos de cunho inquisitório do Código de Processo Penal.

Para que as finalidades do legislador sejam alcançadas, quais sejam, o fortalecimento do sistema acusatório e a segurança jurídica quanto à aplicabilidade ou não dos dispositivos inquisitórios do CPP, faz-se mister que seja reconhecida pela jurisprudência brasileira, lançando-se mão de interpretação teleológica do artigo 3º-A do Código de Processo Penal brasileiro, a revogação tácita, ocasionada pela edição do Pacote Anticrime, dos dispositivos que contrariam os princípios acusatórios.

Inúmeras são as disposições constantes no Código de Processo Penal brasileiro que, a partir da vigência do Pacote Anticrime, devem, de uma vez por todas, deixar de gozar de validade jurídica, uma vez contrastantes com o sistema acusatório. Para que se inicie a enumeração dos dispositivos conflitantes com os princípios acusatórios, deve-se ter em mente que eventuais antinomias existentes entre o artigo 3º-A (que expressamente prevê a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro) do CPP e qualquer outro dispositivo do diploma legal em comento serão sempre solucionados levando em consideração o critério cronológico, segundo o qual a lei posterior revoga a anterior, e o hierárquico, segundo o qual a norma hierarquicamente superior revoga a disposição hierarquicamente inferior.

A situação em que se torna possível a utilização do critério cronológico para a resolução de antinomias que envolvam o artigo 3º-A do CPP e as demais disposições do Código de Processo Penal brasileiro ocorre pelo fato de o critério da especialidade não se aplicar às antinomias em análise, por se tratar de normas do mesmo diploma legal e, por esse motivo, de mesma especialidade.

A aplicação do critério hierárquico, mesmo que se trate de normas integrantes do mesmo diploma legal, deve se dar quando da antinomia entre o sistema acusatório (explicitamente positivado no artigo 3º-A do CPP) e as demais disposições do diploma legal em análise, uma vez que, levando em consideração a cláusula de abertura dos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CF), os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (BRASIL 1988).

De tal maneira, faz-se nitidamente necessário o reconhecimento do sistema acusatório como direito fundamental decorrente dos princípios constitucionais adotados (abertura interna). Pontue-se que o sistema acusatório deve ser compreendido como direito fundamental desde a edição da Constituição Federal de 1988, uma vez que se encontra delineado no texto constitucional ao se separarem expressamente o órgão julgador do órgão acusador. Todavia, a nova reforma deve ser encarada como confirmação e reforço do sistema já estatuído, de modo que a norma que positiva o modelo acusatório no texto infraconstitucional deva gozar de envergadura constitucional.

3.1 Das violações ao sistema processual acusatório por dispositivos integradores do Código de Processo Penal brasileiro

Deve-se ter em mente, portanto, que a finalidade da previsão explícita acerca da adoção do sistema processual acusatório no Direito processual brasileiro é de confirmação e reforço aos princípios acusatórios, sem gozar de cunho criativo. Isso porque a criação do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro deu-se com a edição da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual a reforma processual de 2019 não pode ser considerada o marco inicial da adoção do sistema acusatório na experiência jurídica brasileira.

A confirmação e o reforço do sistema acusatório na ordem jurídica brasileira dar-se-ão por meio da comprovação de incompatibilidade entre os dispositivos de cunho inquisitivo previstos na legislação infraconstitucional e os princípios acusatórios, os quais, por consequência da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, devem ser considerados direitos fundamentais, de envergadura constitucional.

O presente trabalho cita como método de resolução de antinomia não apenas o critério hierárquico, mas também o critério cronológico a fim de que se garanta o entendimento pela incompatibilidade dos dispositivos de cunho inquisitório com o sistema processual adotado pelo Estado brasileiro. Isso porque, mesmo que se repute a norma do artigo 3º-A do Código de Processo Penal brasileiro como hierarquicamente equivalente às demais normas do diploma legal em questão, haverá, ainda, o critério cronológico militando em favor da incompatibilidade dos dispositivos autoritários conflitantes com o sistema acusatório.

Entenda-se que em eventual conflito envolvendo os critérios cronológico e hierárquico, ou seja, em caso de antinomia que diga respeito a uma nova norma, hierarquicamente inferior, conflitante com norma anterior, a qual é hierarquicamente superior, deve-se ter em mente que o critério hierárquico sobressair-se-á sobre a cronologia, uma vez que a norma posterior não terá o condão de revogar uma norma que lhe é hierarquicamente superior.

De tal maneira, seria dispensável ao presente estudo pontuar o critério cronológico se, em

princípio, se se defende a superioridade hierárquica da norma que prevê a adoção do sistema acusatório pelo Direito processual brasileiro sobre as demais normas do CPP. Todavia, busca-se, acima de qualquer coisa, que se garanta o entendimento no sentido da incompatibilidade das normas inquisitivas infraconstitucionais, mesmo que não se adote a posituação expressa do sistema acusatório no Direito brasileiro como direito fundamental, situação em que ainda haveria o critério cronológico alicerçando a tese defendida pela presente pesquisa.

Quanto aos dispositivos integrantes do texto do Código de Processo Penal brasileiro com o condão de violar os princípios acusatórios, pode-se, inicialmente, pontuar o artigo 5º, inciso II, do diploma legal, o qual preconiza que, nos crimes de ação pública, o inquérito policial será iniciado mediante requisição da autoridade judiciária (jugador), do Ministério Público ou, em caso de ação pública condicionada, a requerimento do ofendido (BRASIL, 1941).

Perceba-se que, se a imparcialidade é uma das características do sistema acusatório, situação em que se coloca o juiz em posição distante da persecução penal, não pode haver determinação de instauração de inquérito policial pela autoridade judicial (RANGEL, 2015, p. 59-60), haja vista que a investigação de eventual delito é função típica da polícia judiciária e do Ministério Público e atividade diretamente ligada à acusação, sendo, portanto, vedado ao juiz, sob a égide do sistema acusatório, qualquer tipo de iniciativa investigativa.

Já o artigo 13, inciso II, do Código de Processo Penal preconiza que incumbirá à autoridade policial realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público (BRASIL, 1941), situação em que o legislador ordinário permite que o juiz determine à autoridade policial diligências investigatórias no curso do inquérito policial. A regra em epígrafe não pode subsistir diante do sistema acusatório atual (RANGEL, 2015, p. 60), uma vez que o julgador não pode auxiliar a acusação na investigação do delito, sob pena de violar a imparcialidade do julgador, motivo pelo qual tal norma deve ter sua validade jurídica cessada.

No que diz respeito à iniciativa instrutória do julgador após instaurado o processo criminal, tem-se que, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, é facultado ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas urgentes e relevantes, bem como determinar a realização de diligências para dirimir eventuais dúvidas sobre ponto relevante (BRASIL, 1941).

Lançando mão de uma leitura constitucional do processo penal, percebe-se que a possibilidade de iniciativa probatória por parte do juiz ofende a igualdade entre as partes e a indispensável imparcialidade do julgador, uma vez passando a existir, por parte do magistrado, uma atuação substitutiva da função ministerial, situação que é peremptoriamente vedada pelo sistema acusatório. Para que se evitem tais inconvenientes, a iniciativa probatória do juiz deve ser limitada

ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes (PACELLI, 2014, p. 11), sendo defesa a possibilidade de determinação *ex officio* de produção antecipada de provas pelo julgador.

Por fim, mencionar-se-á pela presente pesquisa a norma disposta no artigo 385 do Código de Processo Penal brasileiro, a qual despende ao juiz a discricionariedade de proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como de reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada pelo órgão de acusação (BRASIL, 1941).

Sob a égide do sistema acusatório, o julgador encontra-se impedido de investigar a prova em desconformidade com o que quer o autor, “sob pena de descer do ápice da pirâmide do tripé da relação jurídico-processual e se misturar com as partes, quebrando sua imparcialidade” (RANGEL, 2015, p. 65). Compreenda-se que o titular exclusivo da ação penal pública é o Ministério Público, e não o julgador, motivo pelo qual a busca da verdade pelo juiz compromete sua imparcialidade, haja vista que, indo de encontro ao que pleiteia o Ministério Público, deseja decidir de forma mais severa ao acusado, em desconformidade com o órgão acusador, que é quem exerce a pretensão acusatória (RANGEL, 2015, p. 66).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da linha de raciocínio exposta pela presente pesquisa, deve-se compreender a previsão expressa em legislação infraconstitucional, trazida pela aprovação do Pacote Anticrime, acerca da adoção do sistema processual acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro como uma confirmação da situação já consolidada desde a edição da Constituição Federal de 1988, haja vista que os princípios trazidos pela Carta Magna delinearão explicitamente um sistema processual em que se separa o órgão responsável pelo julgamento do órgão responsável pela acusação criminal, como decorrência da adoção do sistema penal garantista.

Saliente-se que a subsistência dos resquícios inquisitórios na ordem jurídica brasileira guarda definitiva incompatibilidade com a axiologia trazida pela Constituição Federal de 1988 e, desde então, deveria ser combatida pela jurisprudência pátria, o que, todavia, não vinha ocorrendo efetivamente, com a manutenção da vigência dos dispositivos de cunho explicitamente inquisitório no principal diploma processual penal brasileiro. A finalidade do legislador, ao editar a norma do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, é reforçar as diretrizes axiológicas da Carta Magna e, com isso, compelir o Poder Judiciário a reconhecer a inaplicabilidade dos dispositivos contrastantes com o sistema acusatório.

Apesar de não revogar expressamente os dispositivos inquisitórios do Código de Processo

Penal, o Pacote Anticrime traz consigo a revogação tácita dos dispositivos que contrariam o disposto na norma que positiva o sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro. De tal modo, em caso de antinomia, não há dúvida de que os dispositivos inquisitórios deverão sucumbir frente à estrutura acusatória do sistema processual penal brasileiro, fortalecida pela edição do artigo 3º-A do Código de Processo Penal pátrio.

Conclua-se, portanto, que a finalidade do presente estudo é a defesa do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, com a conseqüente revogação dos dispositivos inquisitórios ainda vigentes na legislação infraconstitucional pátria, ainda mais com a manifestação reiterada do legislador no sentido da inaplicabilidade dos dispositivos em comento. Dessa maneira, defende-se uma jurisprudência sólida, mormente após a edição do Pacote Anticrime, no sentido da proteção do sistema acusatório, reconhecendo a inaplicabilidade dos dispositivos que o contrariem.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal**: parte geral. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. 447 p.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e Seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. 520 p.
- ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade Processual Penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. 170 p.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: VERBATIM, 2016. 655 p.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 964 p.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1470 p.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRITO; Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 517 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1703 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. 980 p.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Processo Penal: Aspectos Conceituais do Processo Penal Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018. 302 p.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito Penal Constitucional e Exclusão Social**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. 175 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. 1903 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 347 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 784 p.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. 206 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1182 p.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1067 p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1151 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. 739 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. **Manual de Direito Processual Penal Acusatório**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017. 278 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 715 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 737 p.

O DISSENSO INSTITUCIONALIZADO COMO FREIO ÀS NARRATIVAS AUTORITÁRIAS

Matheus Conde PIRES¹

RESUMO

O desenvolvimento histórico em rumo ao aperfeiçoamento democrático e conquista de direitos é visto, por vezes, como um futuro irremediável. Contudo, a história brasileira coloca em questão esta perspectiva em meio a seus nuances entre períodos autoritários e democráticos. Mais do que isso, o autoritarismo aparece em vários momentos da história nacional, demonstrando longas raízes na antiga colônia. As chamadas *Jornadas de Junho de 2013*, marcaram o Brasil por fortes reivindicações nas mais variadas áreas com o mote *não são só 20 centavos*. O período marcado pela renovação de esperança desencadeou uma narrativa de cunho autoritário em 2018. Diante destes fatos, parece haver uma relação direta entre reivindicações e articulações discursivas. Com esta pista, a presente pesquisa se desenvolve em meio à seguinte questão *A institucionalização do dissenso é capaz de arrefecer os discursos autoritários?* Para tanto em um primeiro momento se preocupa em destacar as continuidades jurídicas na transição democrática de 1988. Partindo deste ponto, busca-se uma reflexão com os contextos históricos nacionais, com o intento de trazer luz à relação intrínseca entre o autoritarismo e o desenvolvimento nacional. Por fim, em um último momento, o trabalho foca na hipótese central, demonstrando que a institucionalização é capaz de apresentar óbices às articulações discursivas autoritárias. Cabe pontuar que o estudo se fez possível por meio do método hipotético dedutivo, partindo da ótica de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe para realizar uma revisão literária.

PALAVRAS-CHAVE: Participação Social; Discursos Autoritários; Continuidades Autoritárias

ABSTRACT

Historical development towards democratic improvement and the conquest of rights is sometimes seen as an irreparable future. However, Brazilian history calls into question this perspective and its nuances between authoritarian and democratic periods. More than that, authoritarianism appears at various times in national history, showing long roots in the old colony. The so-called *Jornadas de Junho 2013*, involved Brazil into strong demands in the most varied areas with the motto not only 20 cents. The period marked by the renewal of hope triggered an authoritarian narrative in 2018. Given these facts, there seems to be a direct relationship between claims and discursive articulations. With this clue, the present research is developed in the middle of the following question *Is the institutionalization of dissent capable of cooling authoritarian discourses?* For this purpose, at first, it is concerned with highlighting the legal continuities in the democratic transition of 1988. Starting from this point, a reflection is sought with the national historical contexts, with the intention of shedding light on the intrinsic relationship between authoritarianism and national development. In fact, in a last moment, work is centralized in the central hypothesis, demonstrating that institutionalization is capable of presenting obstacles to authoritarian discursive articulations. It should be noted that the study was made possible through the hypothetical deductive method, starting from the perspective of Ernesto Laclau and Chantal Mouffe to carry out a literary review.

KEYWORD: Social Participation; Authoritarian Speeches; Authoritarian Continuities

1 Pós-Graduando *stricto sensu* em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP); Pós-Graduando *latu sensu* em Humanidades pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do Grupo de Pesquisa Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas.

1. INTRODUÇÃO

Após cerca de 30 anos a redemocratização feita por meio da Constituição Cidadã começa a ser contestada em meio a narrativas autoritárias. Entre as tentativas de se conhecer o fenômeno alguns acusam esses discursos de populismo, compreendendo-o como um desvio de rota da via democrática. Contudo tal categorização, feita desta maneira, parece fechar os olhos para um elemento importante que existe por trás das articulações discursivas: as demandas. Em outras palavras, por trás de um discurso autoritário podem existir demandas legítimas, que não possuem o destino irremediável de compor uma equivalência antidemocrática. Por vezes os dissensos sociais são apresentados como ameaças à democracia, como se fosse possível a formação de um consenso que aglutinasse todos os nuances sociais. Nesse sentido, a presente pesquisa se desenvolve em meio à seguinte pergunta: *A institucionalização do dissenso é capaz de arrefecer os discursos autoritários?*

Para tanto, em um primeiro momento se busca compreender as continuidades jurídicas no momento constituinte, com o intento de avaliar os resquícios autoritários que contribuem para a limitação do próprio povo. Pretende-se neste momento esclarecer se o desenho institucional feito em 1988 é capaz de receber as demandas sociais. Cumpre salientar que não se pretende a superação da Constituição Cidadã, mas sim seu aperfeiçoamento e aprofundamento da abertura política.

Por vezes, trata-se da realidade como uma linha reta, como se o único caminho possível fosse seguir em frente, em direção às conquistas de direitos e ao avanço democrático. Contudo, a própria história brasileira parece contestar essa ideia em meio a seus períodos hora mais democráticos e hora mais autoritários. Esta relação histórica com o autoritarismo contesta as próprias promessas feitas pela Constituição Cidadã. É justamente neste ponto que a presente pesquisa se desenvolve, com o fito de descrever as articulações do autoritarismo na realidade brasileira.

Em um último momento se faz uma reflexão sobre o ponto central da pesquisa, perquirindo se hipótese de que mecanismos de institucionalização do dissenso são capazes de arrefecer a articulação dos discursos autoritários. A justificativa da presente pesquisa se manifesta ao passo que corrobora com a compreensão do fenômeno autoritário brasileiro, assim como procura apresentar uma pista para os próximos desenvolvimentos acadêmicos. A presente pesquisa se faz possível por meio do método hipotético dedutivo, utilizando-se de trabalhos acadêmicos atinentes à temática.

2. CONSTITUIÇÃO CIDADÃ OU ACORDO DE 1988?

A Constituinte de 1988 é o marco da última transição democrática brasileira, consagrando direitos sociais e individuais, além de possibilitar uma abertura política. As promessas feitas ensejaram a alcunha de Constituição Cidadã, carregando consigo uma preocupação com a “legitimidade do político”, ou seja, com “o modo e o lugar específico da constituição de condições fundamentais da existência individual/coletiva” (CANOTILHO, 2018, p. 52). No próprio discurso inaugural é possível notar que “o redemocratizador brasileiro de 1987 depositou sua fé naquela tarefa institucional” (BONAVIDES, 2018, p. 61). Feita a Constituição, Ulysses Guimarães bradou “declaro promulgada, o documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social, do Brasil, que Deus nos ajude que isto se cumpra”². É, portanto, um momento em que se tem “as esperanças renovadas de justiça social” (CANOTILHO, 2018, p. 54).

Porém, a promessa de efetivação da justiça social feita pela Constituição Cidadã esbarra em sua própria origem. Isto pois, por mais que se entenda que ela seja resultante dos representantes do povo, o que se tem é a perpetuação de uma elite, pois estes que compuseram o plenário durante a feitura da Constituição são os mesmos que “vão mais adiante governar o País”, de forma que “não há diferença entre os que vão editar a Constituição e os que vão governar de acordo com ela” (FERREIRA FILHO, 2014, p. 191). Mais além, tem-se que a pulsão democrática no momento de 1988 se esbarrou nas “correntes conservadoras”, resultando em uma Constituição permeada por “significativos avanços” de um lado e “repositórios de contradições, de fragilidades, de superfluidades, de casuísmos, de imperfeições e de obscuridades” de outro (BONAVIDES, 2018, p. 64). Não se está a dizer que a Constituição de 1988 é antidemocrática, pelo contrário, ela de fato apresenta uma abertura política, porém é permeada pelas circunstâncias de seu tempo que impedem a concretização de suas próprias promessas. A súplica pela ajuda de Deus, para a concretização da Lei Maior, feita por Ulysses Guimarães, parece ilustrar justamente os receios e medos dos constituintes em concretizar as promessas feitas naquele momento diante de tantos desafios.

O sistematizador da ideia de poder constituinte não oferece limitações ou imposições com relação à forma pela qual este deve se manifestar³, pois “é independente de qualquer formalização positiva, basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse” (SIEYÈS, 2001, p. 51). Contudo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2014, p. 195), coloca em questão o caráter democrático das origens da Constituição de 1988, pois ela foi possibilitada por meio da “Emenda n. 26/85” que “alterou o processo de emenda previsto na Constituição então vigente [...] autorizando o Congresso Nacional a assumir a feição de ‘Constituinte’, simplificando o procedimento [...] e, sobretudo,

2 Tal fala pode ser vista na gravação da reportagem do Jornal Nacional datada de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ssaOG6Dj0iw>. Acesso: 16 de setembro de 2020.

3 Sobre este ponto Sieyès (2015, p. 94) ainda indica que “o poder constituinte pode tudo nesse gênero; Ele não é antecipadamente submetido a uma Constituição dada”. Em outras palavras, o poder constituinte é ilimitado e incondicionado.

suprimindo as ‘cláusulas pétreas’”. Ou seja, não há uma ruptura jurídica propriamente dita, de forma que “nem por sombra aparece nesse processo político-jurídico o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro Poder Constituinte” (FERREIRA FILHO, 2014, p. 195). Tal contestação se soma ao fato da Constituinte ter sido formada por deputados e senadores eleitos não para uma Constituinte, mas sim para integrar as casas do Legislativo, sendo que alguns haviam sido eleitos em 1982, durante a própria ditadura militar (FERREIRA FILHO, 2014). Notam-se os resquícios autoritários que permeiam a biografia nacional (SCHWARCZ; STARLING, 2018; SCHWARCZ, 2019), inclusive na própria composição da Assembleia Constituinte, não deixando incólumes a formação do ordenamento jurídico.

Contudo, a idealização de uma Lei Maior perfeita e imune de contradições não só parece improvável como também indicaria um caminho oposto à permanente construção democrática por meio de diálogos, conciliações e transações. Um ordenamento jurídico com ampla participação democrática terá, naturalmente, algumas contradições internas em meio às tentativas de harmonizar os interesses de todos os grupos. Ocorre que a Constituinte de 88, mais do que a consagração de direitos na Lei Maior, é a fotografia de um momento e, carrega consigo, as condições históricas daquele momento. Não se pretende propor o desfazimento da conciliação de 1988, mas ressaltar que em meio às conquistas houveram algumas continuidades que podem ser revisitadas. Essa perspectiva não retira o mérito do título conquistado de Constituição Cidadã, tampouco o coloca em dúvida, apenas traz luz para o fato de que ela é resultante de um acordo, no qual a transição para a democracia, referendada pela ditadura militar, carrega evidentemente algumas consequências.

Discorrendo sobre o mandonismo brasileiro, Lilia Moritz Schwarcz (2019) destaca algumas famílias e suas raízes sólidas na política brasileira, dentre elas nomes como Sarney no Maranhão, Ferreira Gomes no Ceará, Alves no Rio Grande do Norte, Viana no Acre, Caiado e Bulhões em Goiás. Pode-se notar que os próprios partidos políticos que possuem uma “função potencializadora da democracia representativa” (BRITO; LIMA, 2014, p. 157) podem contribuir para a própria manutenção de grupos políticos, ou até famílias, no poder, estando sob o comando de *caciques eleitorais*.

Ulysses Guimarães trouxe luz ao debate quando ponderou sobre a possibilidade de alteração Constitucional dizendo que “[...] a Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca”⁴. Assim, em que pese as contradições, esta Constituição se abriu politicamente ao povo e foi “aquela que mais avançou na direção de um Estado social, edificado sobre os alicerces

4 O discurso pode ser acessado na íntegra no próprio site da Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>>. Acesso 16 de setembro de 2020

da positividade jurídica” (BONAVIDES, 2018, p. 65).

A possibilidade por mudanças constitucionais pode ser notada facilmente vez que “o emendamento nacional pós-1988 se caracterizou pela constância de sua ocorrência (alta taxa de emendas) e, em seu conteúdo, pela constitucionalização de um elevado número de políticas de governo” (LIMA, 2018, p. 218). Contudo, esta abertura se apresenta de forma tímida e extremamente contida, pois “a potencialidade democrática da emenda constitucional no Brasil sofre pela ausência de previsão constitucional de participação popular, tanto na propositura, como na aprovação do ato” (LIMA, 2018, p. 218). Com isso, recai-se à crítica já mencionada de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2014), na qual se tem representantes que, em nome do povo, fazem normas para que eles mesmos governem.

Em meio a estas reflexões, pode-se reafirmar a importância das conquistas consagradas no momento constituinte de 1988 que ensejaram na máxima de Constituição Cidadã. Ao mesmo tempo se pode notar algumas continuidades como a própria ausência de ruptura jurídica com a ordem legal anterior. Dessa forma, mesmo diante das contradições constitucionais e das limitações jurídicas e materiais, é possível notar uma abertura democrática e uma ampliação da participação da sociedade no poder político.

3. AUTORITARISMO E SUAS RAÍZES

Comumente se pensa no futuro como um progresso contínuo, como um caminho irremediável para algo *melhor* ou até *mais evoluído*, como se as conquistas sedimentadas ao longo do tempo fossem incontestáveis e não pudessem retroceder. No entanto, a biografia brasileira contesta justamente essa ideia em meio a suas nuances, ora mais democrática e ora mais autoritária (SCHWARCZ; STARLING, 2018). Esta realidade expõe que o *trem da história* não possui um caminho fatalista, seja para o paraíso ou para o abismo, dependendo necessariamente daqueles que constroem seu trilho e guias. Em outras palavras, o percurso depende das equivalências formadas pelas demandas da sociedade (LACLAU, 2018). Nesse sentido, não se pode dizer que há uma predefinição autoritária ou democrática de determinado movimento. Tendo isso em vista, é possível observar que uma construção hegemônica democrática pode ser desconstruída para o estabelecimento de uma hegemonia despótica, de forma que as conquistas e direitos do povo podem ser revistos.

Assim, a hegemonia nasce de um campo de práticas articulatórias, nas quais nem todos os *elementos* se concretizam como *momentos*⁵, possibilitando a existência de significantes flutuantes

5 Para Laclau e Mouffe (2018) *elementos* são posições diferenciais ainda não articuladas discursivamente; enquanto *momentos* são posições diferenciais articuladas no interior de um discurso.

que venham a se articular posteriormente (LACLAU; MOUFFE, 2015). O que se tem são pedidos que, quando não atendidos, tornam-se demandas individuais; por sua vez, essas demandas individuais formam laços de equivalências entre si e em torno de um significante vazio, colocado como um denominador comum capaz de incorporar a totalidade da série (LACLAU, 2018). Partindo desta visão é possível afirmar a existência de um social aberto, em constante construção, uma vez que sempre haverá significantes ainda não articulados em uma cadeia de equivalências.

Uma formação hegemônica pode, portanto, ser contraposta em razão da impossibilidade de aglutinar todos os *elementos* e *momentos* e a consequente possibilidade de serem articuladas demandas em uma cadeia de equivalências oposta àquela estabelecida. Em circunstâncias sociais de instabilidade os antagonismos se afluam, pois há uma frouxidão das equivalências colocando em risco a própria formação hegemônica (LACLAU, MOUFFE, 2015).

Laclau (2018) observa neste fenômeno a raiz de qualquer exploração populista, que por sua vez é inerente a todo discurso político, chamando este cenário instável de *crise orgânica*, uma clara referência à construção teórica de Gramsci. Para o teórico italiano, a *crise orgânica* consiste em um cenário em que há “uma fratura entre estrutura e superestrutura, determinada pelo surgimento de contradições que nascem no momento em que a superestrutura se desenvolve em não conformidade com a estrutura” (PORTA, 2017, p. 163), ou seja, é a ocasião em que a classe dominante perde o consenso formado. Na visão de Laclau, pode-se dizer que é a ocasião em que a hegemonia não possui mais concisão social, passando a ser questionada para a formação de uma nova.

O que se tem diante deste panorama é que um sistema democrático, por mais sólido que possa ser, pode sempre ser contestado, colocado em risco e subvertido para ceder espaço a um sistema despótico. Nessa perspectiva, a batalha da narrativa sobre a história possui uma grande relevância, inclusive “se torna particularmente fértil em períodos de mudança de governo ou regime [...], mas também de momentos de crise econômica” (SCHWARCZ, 2019, p. 21). Embora a memória possua um potencial democrático ela não está imune aos elementos políticos, podendo “impedir o reconhecimento de que pertencemos todos à mesma humanidade” (PAIXÃO; FRISSE, 2016, p. 193).

As chamadas *Jornadas de Junho de 2013* tornaram aparentes “a fragmentação do campo democrático-popular” (BURITY, 2018, p. 29), explicitando uma *crise orgânica*⁶ que possibilitava não simplesmente o avanço do conservadorismo, mas a contestação do próprio modelo democrático. Tal cenário reanimou o “sonho da ‘concórdia’ do Regime Militar, como se esse período tivesse sido encantado e carregasse consigo a solução para nossos problemas mais

6 Diz-se isso, em razão de uma aparente ruptura ocorrida em 2013, na qual “modelos organizativos tipicamente modernos e que foram hegemônicos em nosso país ao longo do século XX” são colocados em questão diante das *práxis* sociais que são implementadas (RICCI, 2018, p. 103 – 104)

estruturais”, retomando mitologias nacionais autoritárias que “têm a capacidade de recriar o passado e obscurecer o papel das populações que viveram e criaram outras histórias” (SCHWARCZ, 2019, p. 23 - 40).

Em vista dessas mobilizações sociais o argumento de que há uma tendência pelo desinteresse social generalizado à política no Brasil⁷ não se sustenta, uma vez que pode se notar “uma mobilização social inédita [...] que é expressão visível de um processo mais longo e profundo de reconfiguração das subjetividades políticas e das redes de relação, as quais orientam o engajamento na vida pública e as escolhas políticas” (TATAGIBA, 2018, p. 88).

Ademais, alguns autores atribuem o autoritarismo a um populismo⁸ capaz de mobilizar pessoas menos inteligentes, reduzindo o fenômeno a um aspecto negativo e contradizendo a própria realidade brasileira. Isto pois, partindo do pressuposto que a narrativa de Bolsonaro é autoritária, é necessário levar em consideração o perfil típico de seu eleitorado durante 2018 formado por homens, brancos, com formação superior completa e com faixas de renda elevadas (IBOPE, 2018).

Embora não se possa dizer que a formação no ensino superior seja necessariamente um sinônimo de *educação* é evidente que não se pode dizer também que a ausência de formação o seja. Aliás, para perfazer este debate, deve-se, antes de mais nada, definir o que seria *educação*. Portanto, atrelar o autoritarismo à simples ausência de *educação* ou *inteligência* demonstra ser uma grande impropriedade. É justamente este o ponto ressaltado por Laclau tanto na obra *A Razão Populista* (2018), quanto em seus estudos desenvolvidos com Chantal Mouffe em *Hegemonia e Estratégia Socialista* (2015). De outro modo, se o entendimento é que a narrativa do candidato eleito em 2018 não é autoritária, está se afirmando que os significantes articulados em meio às falas como “Vamos fuzilar a petralhada aqui do Acre”⁹; e, “Deus acima de tudo. Não tem essa historinha de Estado laico não. O Estado é cristão e a minoria que for contra que se mude. As minorias têm que se curvar para as maiorias”¹⁰, e a homenagem feita à Carlos Alberto Brilhante Ustra durante a votação do último

7 Tal fato contraria a perspectiva de alguns autores que atribuem “às falhas no processo eleitoral, às críticas ao sistema majoritário e proporcional, à ausência de fidelidade partidária (cuja inexistência redundou na Res. TSE 22.610/2007, considerada constitucional pelo STF, apesar de argumentos contrários), ao voto obrigatório, à corrupção e à impunidade dos governantes” a “crise da democracia representativa, com **desinteresse da população pela política** e o enorme descrédito das instituições” (CAMBI, 2016, p. 239 – 240, *grifo nosso*). Isto pois, é possível perceber que algum dos temas mencionados, como a *corrupção* e a *impunidade*, foram justamente aqueles que mobilizaram a sociedade às ruas.

8 Para ilustrar a crítica Tzetan Todorov (2012, p. 160) afirma que o populismo “recruta a maioria de seus admiradores entre as pessoas relativamente menos educadas”. Ou seja, o que o autor faz é alocar os apoiadores de um líder autoritário em uma classificação de pessoas desprovidas de inteligência, desprezando o que de fato há por trás de uma articulação populista.

9 A fala pode ser vista por meio do sítio eletrônico <<https://www.youtube.com/watch?v=fU0cHj9ut30>>. Acesso: 17 de abril de 2019

10 A fala pode ser vista por meio do sítio eletrônico <https://www.youtube.com/watch?v=X_z6Hakdw3A>. Acesso: 17 de abril de 2019

impeachment¹¹, também não o são¹².

A questão que salta aos olhos é como o slogan *não são só 20 centavos* mobilizou a sociedade para desembocar no mote *Brasil Acima de tudo, Deus Acima de Todos*, uma clara alusão ao chamamento nazista feito pela *Das Lied der Deutschen* (Alemanha acima de tudo). Interessante notar a influência dos *think tanks* no Brasil nesta época, articulando as demandas em uma cadeia de equivalências que pode ser chamada de *ultraliberal*¹³. Dentre estes, destaca-se a atuação da Rede Atlas financiando movimentos brasileiros e criando um ambiente favorável às pautas liberais (BAGGIO, 2016; ARALDI, SVARTMAN, 2019). Estas mobilizações tomaram um maior corpo, desencadeando não só o impeachment de 2016 (BARBOSA, 2016), como também uma narrativa autoritária (BAGGIO, 2016). Sendo assim, o descontentamento generalizado oportuniza um espaço para a extrema-direita, em uma lacuna em que “o pacto redemocratizante dos anos 1980 dava sinais de esgotamento (RICCI, 2018, p. 105). A narrativa utilizada remete a alguns signos autoritários que parecem enraizados na memória brasileira possibilitando a idealização de um líder forte, de um senhor provedor, de uma personalidade carismática como um *sinhô*, *nhonhô*, *ioiô* e *senhô Fulaninho*¹⁴.

A princípio pode se procurar simplesmente o combate às narrativas autoritárias. Contudo a pista que Ernesto Laclau (2018) oferece é de que existe algo mais além do que um mero autoritarismo nos discursos. Para o autor, a frustração com pedidos e demandas sociais não atendidos muitas vezes se tornam a argamassa das viradas autoritárias. O epíteto *Brasil Acima de tudo, Deus Acima de Todos* parece ilustrar justamente isso, pedidos não atendidos, tornando-se demandas e articulando-se, posteriormente, em uma cadeia de equivalências que se coloca em oposição à *hegemonia* estabelecida com a Constituição Cidadã.

4. O DISSENSO COMO DEMOCRACIA

Por vezes se pensa a Democracia como um modelo em que todos irão se entender mediante o aceite das regras convencionadas, como se houvesse uma razão transcendental capaz de unificar o povo em um só pensamento, como fosse possível somente uma resposta para a solução de

11 A fala pode ser vista por meio do sítio eletrônico <<https://www.youtube.com/watch?v=xiAZn7bUC8A>>. Acesso: 17 de abril de 2019.

12 Necessário levar em consideração nessa análise não só a referência explícita à ditadura militar, como também as similitudes em relação às escusas para a concentração de poder. Isto pois, o moto contra a corrupção e subversão não são novos e, também, foram os “argumentos principais para deflagrar um golpe e com ele instituir a ditadura” (SCHWARCZ, 2019, p. 110)

13 O termo *ultraliberal* foi utilizado, “pois sintetiza as propostas de um liberalismo acentuado, na era da globalização financeira” (BAGGIO, 2016, p. 01).

14 Tais nomeações são lembradas por Lilia Moritz Schwarcz (2019) para explicar uma certa relação aparentemente próxima, mas que ainda oferecia um distanciamento social, não possibilitando nenhuma proximidade íntima.

problemas políticos extremamente complexos¹⁵. O dissenso é visto como algo a ser evitado ou como um efeito colateral que deve ser assumido diante da participação da sociedade no poder. O povo, nesse sentido, representa instabilidade social, devendo ser *controlado* por algo como uma Constituição. A Constituição dos Estados Unidos da América é um exemplo “desse trabalho de composição de forças e equilíbrio dos mecanismos institucionais destinado a tirar do fato democrático o melhor que se podia tirar dele, mas ao mesmo tempo contê-lo estritamente” com o objetivo de “preservar dois bens considerados sinônimos: o governo dos melhores e a defesa da ordem proprietária” (RANCIÈRE, 2014, p. 09). A pulsão por mudança e transformação não só é arrefecida pelo ordenamento jurídico como também é criada uma percepção de consenso social, como se a produção legislativa e constitucional fosse realmente resultante do *povo* e não houvessem mais dissensos sociais.

Contudo, na perspectiva de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2015) nenhuma formação hegemônica é capaz de aglutinar todos os nuances sociais, sempre haverá *um lado de fora*. Tal prática não se faz necessariamente em razão de uma maquinação autoritária ou maquiavélica, a formação de um *povo* naturalmente irá deixar de lado alguns significantes para se qualificar. O que essas chaves oportunizam é notar que existe algo além de uma mera narrativa autoritária que arregimenta seguidores ressentidos e acrílicos, existe um *significante vazio*¹⁶ capaz de ser o ponto de referência de várias demandas, extrapolando seu significado inicial (LACLAU, 2018). A diferença entre uma formação democrática e autoritária é que esta última pretende a materialização de um povo unitário, perfeitamente homogêneo, desprezando possibilidades de diversidades sociais (MOUFFE, LACLAU, 2015). Diante disto, o consenso de aproxima muito mais de uma ideia autoritária do que da própria democracia, esta é justamente o *locus* do dissenso.

Em meio ao artigo de Vera Karam de Chueiri e Miguel G. Godoy (2010), intitulado por “Constitucionalismo E Democracia – Soberania e Poder Constituinte”, pode-se chegar à consideração de que a democracia não é o modelo de decisões técnicas imunes às críticas ou de tomadas de decisões perfeitas, mas sim o sistema que possibilita abertura para a crítica e a revisão das respostas. Em outras palavras, é um sistema em que o povo possui mecanismos de participar das tomadas de decisão. Uma democracia não é em si mesma um modelo ideal, mas sim o *locus* em que todos possam apresentar o seu modelo ideal.

Nota-se, como já mencionado, as *Jornadas de Junho de 2013* sendo organizadas a

15 Sobre este ponto, pode-se notar uma sociedade contemporânea extremamente instável, dinâmica e com problemas complexos, dependentes de inúmeras influências variáveis. Diversos autores como Beck (2010), Giddens (2002), Sennett (2006) e Bauman (2001) corroboram com este entendimento.

16 O *significante vazio* não importa na ausência de significado, mas sim na insuficiência de palavras para delimitado precisamente, o que possibilita sua ligação com diversas demandas, se colocando na centralidade de uma formação hegemônica (LACLAU, 2018)

princípio em protesto contra o aumento das passagens de ônibus, mas quando tomaram uma proporção maior, deixaram de ser uma demanda particularizada e desaguaram no slogan *não são só 20 centavos*. Elas aglutinaram manifestações contra os escândalos de corrupção e as deficiências nos serviços públicos em geral, ilustrando uma descrença generalizada às instituições nacionais.

A princípio as manifestações não eram de todo bem compreendidas, inclusive pelas grandes mídias. Um exemplo marcante para ilustrar a incompreensão foi a enquete feita por José Luiz Datena no dia 13 de junho de 2013 no programa ao vivo chamado *Brasil Urgente*¹⁷, no qual ele questionava inicialmente “você é a favor deste tipo de protesto?” se referindo às depredações que ocorreram na época. O apresentador, se apresentou abertamente contra, dizendo “então, baderna eu sou contra”, contudo os telespectadores apoiaram veementemente as manifestações. Quando o resultado da enquete chegava em torno de 3000 a favor e 1900 contra, o apresentador alterou a pergunta, imaginando que não estavam entendendo a questão. Com a reformulação para “você é a favor de protesto com baderna?”, o resultado foi ainda mais incisivo resultando em 2346 a favor e 995 contra. A questão é que embora houvessem esforços para compreender as manifestações naquele momento, ainda não se tinha a devida noção da envergadura das mobilizações naquele momento¹⁸, inclusive com relação às reivindicações¹⁹.

Por sua vez, a Revista Veja também se colocou na empreitada de compreensão dos referidos eventos sociais com a manchete “Se não são apenas os 20 centavos, qual a razão das manifestações pelo Brasil?”, na reportagem seguia o pedido “VEJA.com quer saber sua opinião: se não são apenas os 20 centavos, qual a razão para protestar no Brasil de hoje? Use o Twitter para enviar suas respostas indicando-a com a marcação @veja”²⁰. Reportagens como essa ilustram as incompreensões que permeavam as reflexões da época, sem que alguém pudesse delimitar ou

17 O episódio pode ser visto no link: <https://www.youtube.com/watch?v=7cxOK7SOI2k>. Acesso 17 de setembro de 2020

18 É importante destacar que o fato de não haver uma percepção da dimensão daqueles movimentos, não significa que as manifestações eram espontâneas, como se não houvessem influências de *think tanks* internacionais que financiavam e fomentavam as manifestações, conforme já mencionado neste trabalho. A questão central desta pesquisa é que haviam demandas marginalizadas que possibilitaram a articulação de uma narrativa autoritária.

19 É possível perceber uma ampla tentativa midiática de sintetizar as manifestações em palavras para compreendê-las e transmitir suas intenções, mas a tarefa permaneceu permeada por uma incompletude conforme se pode notar nas manchetes: “Não, não são os 20 centavos...” (Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/nao-nao-sao-os-20-centavos/> Acesso em 17 de setembro de 2020); “Não é só sobre 20 centavos, estúpido” (Disponível em: <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/06/nao-e-sobre-20-centavos-estupido.html> Acesso em 17 de setembro de 2020); “‘Revolução dos 20 centavos’ mostra que ‘fantasia acabou’, diz ‘Financial Times’” (Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/06/130620_imprensa_ft_fl Acesso 17 de setembro de 2020); “Revolta dos 20 Centavos: Rebeldia Com Causa” (Disponível em <https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/06/18/revolta-dos-20-centavos-rebeldia-com-causa/> Acesso 17 de setembro de 2020); “A revolta dos 20 centavos e o poder no Brasil” (Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-115/a-revolta-dos-20-centavos-e-o-poder-no-brasil/> Acesso 17 de setembro de 2020)

20 A matéria pode ser acessada na íntegra no site da editora da revista. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/se-nao-sao-apenas-os-20-centavos-qual-a-razao-das-manifestacoes-pelo-brasil/>. Acesso 17 de setembro de 2020

sistematizar as manifestações com completude naquele momento.

Diante deste cenário o governo federal buscou algum meio de institucionalizar as reivindicações por meio do Plano Nacional de Participação Social (PNPS) criado com o Decreto nº 8.243/2014. Cabe pontuar uma certa incoerência de buscar uma maior participação social por meio de um decreto, que ignora a própria participação do legislativo que poderia debater e aprimorar o sistema, além de democratizar a discussão do projeto. Mais do que isso, deve-se destacar a fragilidade de se instituir uma abertura política desta envergadura por este meio, que em 2019 foi revogada pelo Decreto nº 9.759/2019. Mesmo diante da tentativa de institucionalizar um mecanismo de diálogo com a sociedade, a medida parece ter sido tomada tarde demais, quando o descontentamento institucional tomou proporções maiores que a medida pudesse ser capaz de digerir naquele momento. Contudo, isto não tira o mérito da tentativa e nos dá pistas para prosseguir no presente e no futuro.

O mito dos Três Rios, conta a história de uma suposta harmonia nacional, na qual havia “um grande e caudaloso rio, formado pelas populações brancas; outro um pouco menor, nutrido pelos indígenas; e ainda outro, mais diminuto, alimentado pelos negros”, entra em uma contradição patente com a realidade social (SCHWARCZ, 2019, p. 16). Por meio desta analogia, pode-se ressaltar não só a pluralidade nacional, mas também destacar as inúmeras possibilidades de dissenso na sociedade brasileira. Contudo, tal fato não é de todo mal, pois possibilita uma múltipla visão cultural de alguma situação. Na prática, não são vários rios que convergem para um, mas sim um rio que abocanha o espaço dos demais e apaga suas memórias. O que permanece, mesmo após à constituinte, é a ausência de um espaço público para que cada um dos rios possa ter de fato possibilidades para participar das decisões políticas.

Por traz de um discurso autoritário, podem se notar demandas legítimas, dignas de serem ouvidas e debatidas. A ausência de meios institucionais para a manifestação das reivindicações corrobora para o surgimento de equivalências autoritárias e antissistêmicas. O acordo estabelecido em 1988 se apresenta contestado contemporaneamente, de forma que a ausência de espaços públicos para debate se apresenta como um motivador relevante com a descrença institucional atual. É necessária uma abertura política ainda maior, capaz de colocar em debate os dissensos sociais, de forma que eles não fiquem marginalizados. Tal feito facilita a articulação das demandas de forma institucionalizada, evitando de certo modo, a formação de uma cadeia de equivalências autoritárias. Não se pretende por meio dessa institucionalização, propor um consenso nacional, pelo contrário, o que se busca é dar vazão para o dissenso, para que todos possam se manifestar e colocar suas ideias em debate de forma democrática. Para fazer alusão ao discurso já mencionado de Ulysses Guimarães; discordar, sim. Divergir, sim. Consenso nunca!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se desenvolve mediante a preocupação com os amplos questionamentos sociais em relação ao paradigma Democrático Liberal estabelecido no Brasil com a Constituinte de 1988. Para tanto, a questão central se desenvolve da seguinte maneira: *A institucionalização do dissenso é capaz de arrefecer os discursos autoritários?*

Para tanto em um primeiro momento, notou-se que existem algumas continuidades na Constituição Cidadão do próprio período que a antecedeu. Aliás, em uma atenção a este momento é possível destacar que tampouco houve uma ruptura jurídica. Ou seja, a Constituição de 1988 é na realidade resultado de uma flexibilização da ordem jurídica anterior, referendada pelo próprio regime militar. Sendo assim, ao mesmo momento em que se diz que há uma abertura política social, também se nota que isto foi fruto de um acordo, encabeçado pelos próprios militares. Não houve, no Brasil, um acerto de conta com o passado.

Sendo assim, a formação constitucional brasileira não se desprende de sua história marcada por uma estrutura repressiva e autoritária, não só resultante da ditadura militar, mas de toda a biografia nacional que buscou sistematicamente apagar as divergências sociais por meio do mito fundador dos três rios. Este aparente consenso entra em contradição justamente com as condições materiais da sociedade. Em 2013, tem-se um exemplo deste fenômeno, em que diversos grupos sociais, irredimidos com a situação nacional e não contentes com as formas institucionais de participação política, foram às ruas com o mote *não são só 20 centavos*. Contudo, a própria tentativa do governo federal de buscar possibilidades de participação popular se fez por meio de um caminho com déficit democrático, uma vez que se deu por meio de um Decreto sem a participação da própria sociedade. Assim, o atendimento das reivindicações ou a sua canalização em uma forma democrática institucional se fizeram inviáveis.

O dissenso por muitas vezes é visto como um inimigo à democracia, como um elemento que gera instabilidade social e oferece riscos à ordem social. Porém, em uma sociedade plural, o que se pode concluir é que o dissenso não é um desvio do caminho democrático, pelo contrário, pois é a existência dele que se pode evidenciar um sistema democrático. A questão que fica são as formas de institucionalizar esse dissenso, que vai invariavelmente permanecer ativo na sociedade, porém, com uma maior vazão democrática para se manifestar.

Sendo assim, a preocupação democrática não é com o dissenso em si, mas sim com as narrativas autoritárias que colocam em risco um sistema democrático. Por outro lado, nos meandros das articulações discursivas autoritárias, tem-se, também, a existência de demandas sociais plenamente legítimas. Inclusive, pode-se notar as demandas das *Jornadas de Junho de 2013*

desaguando em uma narrativa autoritária em 2018. Diante destes fatos, tem-se que a ausência de meios institucionais para a manifestação do dissenso favorecem para a marginalização das demandas sociais e, por conseguinte, a formação de narrativas antissistêmicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito. LIMA, Jairo Néia. A democratização do sistema representativo por meio dos partidos políticos. *Revista do Direito Público*. Londrina, v.9, n.2, p.135-160, mai./ago. 2014.

ARALDI, Lucas; SVARTMAN, Eduardo Munhoz. Rede Atlas, think tanks e a construção da liberalização econômica no Brasil: uma análise do Instituto Millenium e do Instituto Ludwig Von Mises Brasil. **Conexão-Comunicação e Cultura**, v. 18, n. 35, 2020.

BAGGIO, Kátia Gerab. Conexões ultraliberais nas Américas: o think tank norte-americano Atlas Network e suas vinculações com organizações latinoamericanas. **Anais do XII Encontro Internacional da ANPHLAC**, 2016.

BARBOSA, Jefferson. Protestos da direita no Brasil contemporâneo: think tanks, grupos empresariais, intelectuais e aparelhos orgânicos da burguesia. **Lutas Sociais**, v. 20, n. 36, p. 151-165, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. A constituinte de 1987-1988 e a restauração do Estado de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coordenadores). **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BURITY, Joanildo. A Onda Conservadora na Política Brasileira traz o Fundamento ao Poder? In.: ALMEIDA, Ronaldo de; TONIOL, Rodrigo (org). **Conservadorismos, fascismos e fundamentalismos: análises conjunturais**. Campinas: Editora da Unicamp, 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. República e autodeterminação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coordenadores). **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G.. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, June 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002;

IBOPE. **Pesquisa de Opinião Pública sobre Assuntos Políticos/Administrativos**. Disponível em: https://www.ibopeinteligencia.com/arquivos/JOB_0011-9_BRASIL%20-%20Relat%C3%B3rio

%20de%20tabelas.pdf . Acesso em: 17 de setembro de 2020.

LACLAU, Ernesto. **Razão populista**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

LIMA, Jairo. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: Democracia e Supermaioria**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018

MOUFFE, Chantal; LACLAU, Ernesto. **Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical**. São Paulo: Intermeios, 2015.

PAIXAO, Cristiano; FRISSE, Giovanna Maria. USOS DA MEMÓRIA: AS EXPERIÊNCIAS DO HOLOCAUSTO E DA DITADURA NO BRASIL. **Lua Nova**, São Paulo, n. 97, p. 191-212, Apr. 2016.

PORTA, Lelio La. Crise Orgânica. In: LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale (org). **Dicionário Gramsciano**. São Paulo: Boitempo, 2017.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014;

RICCI, Rudá Guedes. Movimentos e mobilizações sociais no Brasil: de 2013 aos dias atuais. **Saúde em Debate**, v. 42, p. 90-107, 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: qu'est-ce que le Tier État**. 4ª ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão**. São Paulo: Atlas, 2015.

TATAGIBA, Luciana. Os protestos e a crise brasileira, um inventário inicial das direitas em movimento (2011 – 2016) In.: ALMEIDA, Ronaldo de; TONIOL, Rodrigo (org).

Conservadorismos, fascismos e fundamentalismos: análises conjunturais. Campinas: Editora da Unicamp, 2018.

TODOROV, Tzvetan. **Os Inimigos Íntimos da Democracia**. Trad. Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.