

Agosto 2014

REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Adriana de Oliveira Schefer do Nascimento
Aline Langner Dal Ri
Ângela Almeida
Antonio Marcelo Pacheco
Arion Escorsin de Godoy
Aury Lopes Jr.
Barbara Bedin
Caio Paiva
Douglas Fischer
Lúcia Maria Menegaz
Orlando Faccini Neto

Coord. Editorial
Felipe Kirchner



**REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
do Rio Grande do Sul**

**Porto Alegre/RS
2014**



ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [on line]
/ Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 5, V.9
(maio/agosto.2014). – Porto Alegre: DPE, 2014 –

Quadrimestral.

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

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmara Gomes – CRB-10/1367

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Nilton Leonel Arnecke Maria

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Marcelo Dadalt

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Luciana Pereira Kern

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Felipe Kirchner

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Maria de Fátima Zachia Paludo

SUBCORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Rafaela Consalter

COORDENADOR DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Felipe Kirchner

CONSELHO EDITORIAL

Alvaro Roberto Antanavicius Fernandes

Gustavo Lindenmeyer Barbieri

Vivian Rigo

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
DESIGUALDADES DENTRO DAS DESIGUALDADES”: UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR DE “O CORTIÇO” DE ALUÍSIO AZEVEDO...9 <i>Ângela Almeida e Barbara Bedin</i>	
O MEIO AMBIENTE URBANO NO CONTEXTO DA MODERNIDADE.....	27
<i>Arion Escorsin de Godoy</i>	
OCUPAÇÕES COLETIVAS E O DIREITO À MORADIA	48
<i>Adriana de Oliveira Schefer do Nascimento e Lúcia Maria Menegaz</i>	
A VIOLÊNCIA ENQUANTO RESSIGNIFICAÇÃO DO ESPAÇO SOCIAL.....	85
<i>Antonio Marcelo Pacheco</i>	
O QUE É GARANTISMO INTEGRAL	110
<i>Douglas Fischer</i>	
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO AO JUIZ: RUMO A EVOLUÇÃO CIVILIZATÓRIA DO PROCESSO PENAL.....	154
<i>Aury Lopes Jr e Caio Paiva</i>	
O TRATAMENTO DISPENSADO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE AO LONGO DA HISTÓRIA E SUA REPERCUSSÃO NA LEGISLAÇÃO PROTETIVA	175
<i>Aline Langner Dal Ri</i>	
UMA ANÁLISE SOBRE A LEGÍTIMA DEFESA E O CASO DAS MULHERES AGREDIDAS NO AMBIENTE DOMÉSTICO.....	211
<i>Orlando Faccini Neto</i>	

APRESENTAÇÃO

A orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos, nas esferas judicial e extrajudicial, são missões constitucionalmente atribuídas à Defensoria, mas que não se fazem apenas aplicando o direito.

A Defensoria Pública do Rio Grande do Sul tem se dedicado a consolidar sua Revista pensando na importância do estudo, da reflexão e da renovação do direito na interação com outras ciências e discursos sociais para ampliação das condições de efetividade de sua atuação.

Alicerçada em excelentes contribuições científicas, a presente edição aborda diferentes aspectos do uso crítico do direito, seja pela possibilidade de (re)interpretação normativa, seja por seu caráter instrumental no controle social das políticas públicas a serviço da implementação do Estado Democrático de Direito.

Percebendo o direito de forma não isolada, mas em interação com as demais práticas da sociedade, as autoras Barbara Bedin e Ângela Almeida entendem que para se compreender o significado e o alcance das normas jurídicas dentro do contexto social, este deve ser investigado de forma interdisciplinar e o fazem recorrendo à literatura. Neste sentido, abordam o tema do impacto da industrialização e da centralização urbana refletida no mundo do trabalho, do lucro, da competição e da exploração econômica, pelo olhar de Aluísio de Azevedo na obra O Cortiço.

Também refletindo sobre a urbanização e analisando a modernidade como estilo de vida que se implementa a partir do industrialismo e do capitalismo, o Defensor Público Arion Escorsin de

Godoy apresenta a cidade como palco da vida moderna que a influencia e por ela é influenciada, deixando de ser mero espaço de convivência e de reunião ao se transformar em mercadoria. Visando a ilustrar sua análise, o autor relaciona a questão habitacional com as experiências do BNH e do Minha Casa Minha Vida, as quais considera exemplos típicos da afetação que o mercado promove na gestão urbana.

Ainda relacionado ao tema da habitação, a Defensora Pública Adriana de Oliveira Schefer do Nascimento, em co-autoria com Lúcia Maria Menegaz, aborda o direito fundamental de moradia, não sob o enfoque marcadamente individualista, voltado ao direito à propriedade, mas sob o enfoque social. Diante da precariedade habitacional, origem de inúmeras ocupações, o consequente tensionamento entre direitos fundamentais – moradia e propriedade –, segundo as autoras, deve ser solucionado utilizando-se a técnica da ponderação, abrindo espaço para importante atuação da Defensoria Pública, nas esferas judicial e extrajudicial, visando à solução de conflitos sociais e comunitários.

A partir da reflexão sobre relatos de homicídios praticados contra moradores de rua nas cidades brasileiras, o professor Antonio Marcelo Pacheco alude que tal processo irracional de extermínio não observa nenhum padrão de violência, mas ocorre na medida em que os moradores de rua não se enquadram num modelo de cidadãos que “merecem” estar protegidos. Ainda que compreendida como uma violência nova para padrões sociológico-jurídicos, representa uma significativa ameaça à construção da cidadania em nosso país, já que a violência passa a ser condição de totalidade de linguagem, na medida em que a partir dela se pode perceber e se relacionar com o mundo e o ambiente.

Em texto intitulado “o que é garantismo integral” o Procurador da

República Douglas Fischer crítica a visão da teoria de Luigi Ferrajoli. Procurando demonstrar o que denominou “garantismo monocular”, porque reduzido à proteção de direitos de primeira geração, o autor assevera que a leitura mais racional da tese central do *garantismo* está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e também coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. Aqui se trata de importante contribuição que denota o espírito democrático e acadêmico desta publicação.

Os juristas Aury Lopes Jr. e Caio Paiva, por sua vez, discutem o tema da apresentação do réu preso ao juiz e apontam a insuficiência do atual regramento interno previsto no CPP brasileiro, demonstrando que a normativa não satisfaz a exigência da audiência de custódia, à luz do sistema constitucional, do garantismo penal, da legislação e das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Os autores, abordando a discussão legislativa em andamento no Senado, defendem a “superação do receio de se *encontrar* com o jurisdicionado preso” e a aprovação do PLS nº. 554/2011 para uma mudança de *mentalidade judicial* rumo à humanização do processo penal.

Na linha da especificação de sujeitos de direitos, o trabalho da Defensora Pública Aline Langner Dal Ri busca resgatar importantes aspectos históricos para a compreensão e a correta avaliação da proteção dispensada a crianças e adolescentes. Percorrendo a evolução dos instrumentos legislativos que foram legitimando as ações sociais e governamentais, a autora demonstra o avançar de concepções sobre o tema proteção, punição e assistência infantojuvenil, que ressignificaram as crianças e jovens, enquanto sujeitos de direitos.

Orlando Faccini Neto voltou seu olhar para mulheres vítimas de

violência e para a desigualdade de gênero e, à luz da doutrina e do direito comparado, discute os fundamentos da justificação de condutas a partir da invocação de legítima defesa, problematizando, diante de uma alvitrada perspectiva constitucional, a hipótese relativa à atuação de mulheres agredidas em desfavor de seu companheiro ou cônjuge. Analisando um caso concreto, o autor discute a ilicitude, questionando que se possa reduzir a sistematização das causas de justificação a esquemas meramente organizativos, sem subjugar a dogmática da legítima defesa ao espírito do estado democrático de direito e aos direitos fundamentais.

Porto Alegre, 31 de agosto de 2014.

FELIPE KIRCHNER

Subdefensor Público-Geral para Assuntos Jurídicos

Coordenador da Revista da Defensoria

**“DESIGUALDADES DENTRO DAS DESIGUALDADES”: UMA
ANÁLISE INTERDISCIPLINAR DE “O CORTIÇO” DE ALUÍSIO
AZEVEDO**

Ângela Almeida¹

Barbara Bedin²

RESUMO: A reflexão parte do romance *O cortiço*, de Aluísio Azevedo, para analisar o tratamento que o direito, o Estado e a sociedade dispensam às minorias ou grupos oprimidos, nomeadamente, aos negros, mestiços e pobres. No romance, o branco é por excelência, não o que tem cor branca, mas o que pertence ou vai pertencer à classe dominante. Sobretudo o português. E ainda: o negro não é o de cor preta, mas todos os que pertencem às camadas sociais cujos membros são, no limite, tratados como escravos, ou seja, aqueles sobre os quais recai o trabalho produtivo. É a massa de trabalhadores do cortiço, feita de brancos, negros, mulatos, caboclos, cafuzos. Os portugueses que tendem à classe dominada, em vez de tenderem à camada dominante, se equiparam essencialmente ao negro. Um desdobramento jurídico dessa discussão, na sociedade contemporânea, pode ser visto no julgamento no STF da ADPF 186, contra o programa de cotas para afrodescendentes nas universidades.

¹ Ângela Almeida é Analista Tributário da Receita Federal do Brasil, Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - RS, Aluna do Programa de Doutorado em Letras pela Associação Ampla Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Centro Universitário Ritter dos Reis- RS (UniRitter).

² Barbara Bedin é Advogada e Professora do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha- RS, Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul-RS, Aluna do Programa de Doutorado em Letras pela Associação Ampla Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Centro Universitário Ritter dos Reis-RS (UniRitter).

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Literatura. Discriminação Racial. Ações Afirmativas. Justiça Jurídica.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito e Literatura: dois modos de articulação. 3. O cortiço: o retrato de um país. 3.1. A (des)humanização pelo trabalho. 3.2 O drama da indiferença do ser humano para com seu semelhante. 3.3 O preconceito racial e social. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A fonte para esta reflexão será a literatura. Propomo-nos, aqui, a explorar a perspectiva de aproximação interdisciplinar entre Direito e Literatura como instrumento pedagógico no que se refere aos direitos humanos. O nosso ponto de partida é um texto de Robin West em que a autora reconhece como uma das fundamentais potencialidades dos estudos interdisciplinares de Direito e Literatura a de explorar os sentidos humanísticos da justiça jurídica.³ West mostra-se admirada pela ausência de consenso entre os juristas sobre o alcance ou as exigências da chamada justiça jurídica. Sendo que muitos são aqueles que enveredam pelos caminhos do Direito com o propósito de se dedicar à justiça, procurando orientar a sua vida profissional por esta virtude, a autora considera alarmante o fato de não haver, e de não se ensinar, uma teoria padrão de justiça jurídica, ou uma família de teorias alternativas que possam informar o trabalho que desenvolvemos no

³ West acredita que a Literatura, como parte integrante da formação do jurista, tem a capacidade, através da leitura das narrativas, de proporcionar uma melhor compreensão dos outros e, conseqüentemente, de tornar os seres humanos melhores, mais morais, enfim, mais civilizados, tendo em vista o condicionamento de seus sentimentos, simpatias e imaginação. Cf. WEST, Robin. Toward humanistic theories of legal justice. **Cardozo Studies in Law and Literature**, University California Press, v.10, n. 2, p. 147-150, 1998.

contexto da prática judiciária. De tal forma são desprezados os conteúdos desta justiça, que o juiz Holmes, do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, teria um dia comentado que parava de ouvir sempre que os advogados, em Tribunal, apelavam à justiça: era sinal inequívoco de que não tinham nem os fatos nem o direito do seu lado, ou, pior, de que não faziam nem ideia sobre qual o direito pudesse ser relevante para o seu caso.

Apontando a justiça como objetivo fundamental do Direito e da prática judiciária, West vê os estudos de Direito e Literatura como definitivamente comprometidos com a exploração dos sentidos humanísticos da justiça jurídica.

2 DIREITO E LITERATURA: DOIS MODOS DE ARTICULAÇÃO

Os estudos de Direito e Literatura implicam analisar as maneiras pelas quais o direito é representado na literatura, nomeadamente: as recriações literárias de processos jurídicos, o modo de ser e o caráter dos juristas, o uso simbólico do direito e o tratamento que o direito, Estado e a sociedade dispensam às minorias ou grupos oprimidos.⁴

Esse nível de análise tem alimentado, ao longo das últimas décadas, uma das mais relevantes vertentes dos estudos interdisciplinares de Direito e Literatura, precisamente a que nos fala do Direito *na* Literatura (*Law in Literature*). Os primeiros trabalhos deste casamento jurídico-literário ter-se-ão, mesmo, centrado neste domínio, tendencialmente mais atraente e mais sedutor. Mais apto, digamos, a que um movimento, que ia dando seus primeiros passos, nele

⁴ Cf. SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 53-54.

empenhasse a sua criatividade, explorando simultaneamente o seu enorme potencial pedagógico.⁵

Nos últimos anos, com a aproximação da teoria do direito à teoria literária, também se vão incrementando os estudos do chamado Direito *como Literatura (Law as Literature)*, tornando-se esses estudos gradualmente mais sérios e mais profundos. Multiplicam-se os trabalhos que examinam os textos e os discursos jurídicos sob as seguintes perspectivas: (a) o papel da retórica, a partir do *Law and Literature as Language*;⁶ (b) a função da narrativa, com base no *Legal Storytelling Movement*;⁷ e (c) a noção de interpretação, correspondente ao *Legal texts as literary texts*.⁸ O tratamento de tais questões também tem

⁵ É nesse grupo que incluímos os textos ficcionais que propiciam a discussão de problemas jurídicos. Cf. FULLER, Lon. **O caso dos exploradores de cavernas**. Porto Alegre: Fabris, 1976. DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos**: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. Com a tradução de texto de Lon L. Fuller, parte da obra *The morality of law*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. E, uma análise complexa dos resultados alcançados pelas investigações do Direito e Literatura em face de sua potencialidade pedagógica encontra-se em: WARD, Ian. **Law and Literature**: possibilities and perspectives. New York: Cambridge University Press, 1995.

⁶ Sob a perspectiva da retórica, a linguagem aparece como um elemento comum ao Direito e à Literatura, na medida em que ambas as disciplinas operam através do discurso, desde o simples uso persuasivo da linguagem, voltado para o convencimento daquilo que se pretende transmitir, até sua complexa capacidade de afirmação dos valores e interesses da sociedade. Ver, para tanto, WHITE, James Boyd. **Law as rhetoric, rhetoric as law**: the arts of cultural and communal life, *University of Chicago Law Review*, v. 52, n. 3, p. 684-702, 1985.

⁷ A perspectiva da narrativa volta-se para duas temáticas distintas: de um lado, o núcleo da racionalidade jurídica e da prática legal, tendo em vista a importância que a noção de narrativa assume nas argumentações e fundamentações judiciais; de outro, a capacidade da narrativa de dar voz às minorias excluídas da sociedade civil e política, possibilitando uma interação entre aqueles que participam da produção da cultura jurídica e da literatura e aqueles que delas não participam. Cf. CÁRCOVA, Carlos María. *Derecho y narración*. In: TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo; ROSA, Alexandre Morais da. et al (org.). **Direito & literatura**: ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 11-19.

⁸ No que se refere à perspectiva interpretativa, merecem destaque as teses desenvolvidas por Dworkin, no âmbito do direito, e por Fish, no âmbito da literatura. Cf. FISH, Stanley. **Is there a text a text in this class? The authority of interpretative communities**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 43, para quem os intérpretes não fazem a decodificação dos poemas; eles o fazem propriamente.

suscitado importantes reflexões no que diz respeito às relações do direito com o poder, com a autoridade, com a cultura e com a própria constituição da comunidade.⁹

Na medida em que todo o movimento vai adquirindo certa maturidade, também se assiste a uma transformação, no seio daquela primeira vertente referida – a que reflete sobre o direito *na* literatura – da chamada literatura canônica para o efeito. Houve uma alteração dos critérios que permitiam fundamentar as melhores escolhas literárias em função dos resultados que eram tidos em vista. Essas escolhas tradicionalmente incidiam em obras que de modo mais explícito e imediato acusavam a presença do jurídico nos seus enredos ou na vida de suas personagens. Obras em que se retratava diretamente o mundo das relações jurídicas e em que era manifesto o emprego de mecanismos literários por parte dos vários profissionais do direito envolvidos.¹⁰

Mas a verdade é que, prestando bem atenção, toda a literatura tem a ver com o direito. Pelo menos implicitamente, na medida em que essa mesma literatura cresce e se desenvolve à sombra da condição humana. Este é o seu material. As personagens são seres humanos, envolvidos em relações de trabalho, familiares, sociais. Relações que, sobretudo, são relações humanas, as mesmas que constituem a própria matéria-prima de que se nutre o direito. E que são ao mesmo tempo aquilo que reclama o direito, que o torna uma necessidade.¹¹

⁹ Mostrar que a Literatura contribui diretamente para a formulação e a elucidação das principais questões relativas à justiça, à lei e ao poder é o propósito de François Ost em **Contar a lei**. São Leopoldo, RS: Editora UNISINOS, 2004.

¹⁰ Cf. MORAWETZ, Thomas. Law and Literature. In: PATTERSON, Dennis. (ed.). **A companion to philosophy of legal and legal theory**. 2. ed. Malden: Blackwell, 2010, p. 446-456.

¹¹ O Direito também pode ser representado de forma implícita nas obras literárias como, por exemplo, no romance intitulado *Howards End* (publicado em 1911) de E.M. Forster que

Isso significa que a ficção literária relevante para as nossas reflexões não é tanto nem só aquela que incide sobre as questões institucionais de uma ordem jurídica, e sim aquela que se mostra capaz de contribuir para o nosso conhecimento da condição humana, aprofundar a nossa capacidade de compreensão e tolerância empáticas, fomentar a nossa capacidade de nos imaginarmos “na pele do outro”. É aquela que nos consiga tornar capazes de compaixão, nas conhecidas palavras de Martha Nussbaum, pelo reconhecimento de nossa própria vulnerabilidade à desgraça.¹² Todas estas qualidades são fundamentais a um jurista, não só porque trazem humildade, mas também porque nos tornam mais humanos.

Os dilemas éticos com que tantas vezes a literatura e o direito nos confrontam têm que ser resolvidos por pessoas, antes das nossas qualidades de jurista serem convocadas. E uma qualidade que se pretende ver desenvolvida pela entrega à literatura é precisamente a da inteligência imaginativa e crítica.¹³ A literatura descreve-nos o caráter mais universal do direito, o da complexidade da natureza humana que o

gira em torno de um contraste de estilos e valores entre duas irmãs alemãs, mas radicadas na Inglaterra, dentro de um enredo que desenha as classes comerciais da época, traição, romances entre casais de diferentes classes sociais, apesar de estar distante de um cenário jurídico tradicional retrata, sem equívocos, a retórica e o raciocínio jurídicos. Cf. POSNER, Richard. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 497-499.

¹² Cf. NUSSBAUM, Martha. Il giudizio del poeta. *Immaginazione letteraria e vita civile*. Milano: Feltrinelli, 1996. p. 16-17, para quem a imaginação literária desempenha um papel importantíssimo, eis que “un’etica del rispetto imparziale della dignità umana non può prevedere gli esseri umani reali non stanno mettendo in grado di immaginazione per entrare nella vita delle persone e gustare le emozioni associate a tali partecipazioni.”. Da mesma autora, cf. também: *Emoções racionais*. In: TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfred; SIQUEIRA, Ada Boglioto Piancastelli de. et al. **Direito & literatura**: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010. p. 345-377.

¹³ Ver SILVA, Joana Aguiar e. *Visões humanistas da justiça em ensaio sobre a cegueira*. In: TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfred; SIQUEIRA, Ada Boglioto Piancastelli de. et al. **Direito & literatura**: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010. p. 209-236.

sustenta, e constitui, nessa medida, um fundamental veículo para o seu conhecimento.

O direito não atua de forma isolada, mas interage com as demais práticas desta sociedade que também se preocupa com o controle social e sua normatividade. Para compreender o significado e o alcance das normas jurídicas dentro do contexto social, o direito deve ser investigado de forma interdisciplinar. Ele pode socorrer-se da literatura para resolver problemas mais complexos, demonstrando a importância do estudo interdisciplinar na medida em que auxilia na resolução de “problemas pedagógicos e científicos novos e complexos dentro de uma determinada concepção de realidade de conhecimento e de linguagem”.¹⁴

Em vista desses argumentos é que partimos agora para uma aproximação interdisciplinar com uma literatura que visa a descrever e eventualmente a tomar posição em face das iniquidades sociais, as mesmas que alimentam o combate pelos direitos humanos.

3 O CORTIÇO: O RETRATO DE UM PAÍS

Denunciar as mazelas sociais e se afastar da visão fantasiosa da vida, presente no romantismo, estes eram os principais objetivos do movimento literário Naturalismo, no qual *O cortiço* se insere. O romance de Aluísio Azevedo, publicado em 1890, desenha um mural da sociedade do Rio de Janeiro do fim do século XIX e de suas relações sociais.¹⁵

¹⁴ PAVIANI, Jayme. **Interdisciplinaridade**: conceitos e distinções. 2. ed. rev. Caxias do Sul, RS: Educus, 2008. p. 19.

¹⁵ “É [...] como romancista social que melhor se afirmou o talento de Aluísio. É o escritor apaixonado, o artista combativo, pondo a nu os problemas sociais e morais da realidade brasileira do seu tempo: o preconceito de cor, os preconceitos de classe, a ganância de lucro fácil – e todas as injustiças e misérias decorrentes. Mais do que o indivíduo, é a sociedade que lhe interessa. Mais que miniaturista da alma, é o pintor de amplos murais. E é na pintura um verdadeiro impressionista: colorido vivo, tons fortes e quentes. Mostra

O impacto da industrialização, como sabemos, promoveu a centralização urbana em escala nunca vista, criando novas e terríveis formas de miséria – inclusive a da miséria posta diretamente ao lado do bem-estar, com o pobre vendo a cada instante os produtos que não poderia obter. Essa nova situação logo alarmou as consciências mais sensíveis e os observadores lúcidos, gerando uma série de romances que a denunciam. Aluísio foi o primeiro dos nossos romancistas a descrever minuciosamente o mecanismo de acumulação do capital. No seu romance, está presente o mundo do trabalho, do lucro, da competição, da exploração econômica visível, que dissolvem a fábula e sua intemporalidade, como aponta Antonio Candido.¹⁶

A tese de doutoramento do médico Raul Sá Pinto (1907) retrata de forma acadêmica o que Aluísio denunciara através do romance no que diz (des) respeito aos direitos humanos dos trabalhadores brasileiros:

No Brasil, país grande em todos os sentidos – na extensão incalculável de seu território, na opulência esplendorosa de sua natureza, na inteligência pujante de seus filhos – parece incrível mas é verdade, os operários vivem na mais contristadora das misérias – famintos, rotos, desabrigados e esfalfados. E nada se tem feito por eles, que – coitados! – se encontram agora, como sempre, nas mesmas condições lamentabilíssimas.¹⁷

3.1 A (DES)HUMANIZAÇÃO PELO TRABALHO

preferência pelos tipos vulgares e grosseiros, pelos ambientes sujos e situações deprimentes – o artista procurando acordar a consciência do leitor, da sociedade comprometida nas injustiças”. Cf. LUFT, Celso Pedro. **Dicionário da literatura portuguesa e brasileira**. Porto Alegre: Globo, 1967. p. 21.

¹⁶ CANDIDO, Antonio. De cortiço a cortiço. *In*: AZEVEDO, Aluísio. **O cortiço**. 1.ed. São Paulo: Expressão popular, 2011. p. 7-37.

¹⁷ MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de direito operário**. 4 ed. São Paulo:Ltr, 1998. p. XXXI.

Antonio Candido conta que no final do século XIX era corrente no Rio de Janeiro o ditado humorístico: “Para português, negro e burro, três pês: pão para comer, pano para vestir, pau para trabalhar”.¹⁸ O crítico explica que, para o brasileiro livre daquele tempo, com tendência mais ou menos acentuada para o ócio, favorecido pelo regime de escravidão, o português se nivelaria ao escravo porque, de tamanca e camisa de meia, parecia depositar-se (para usar a imagem usual da época) na borra da sociedade, pois “trabalhava como um burro de carga”. A diferença consistia em que: “enquanto o negro escravo e depois liberto era de fato confinado sem remédio às camadas inferiores, o português, falsamente assimilado a ele pela prosápia leviana dos ‘filhos da terra’ podia eventualmente acumular dinheiro, subir e mandar no país meio colonial”.¹⁹

De fato, no romance, o português não se distingue inicialmente pelos hábitos da escrava Bertoleza: “empilhando privações sobre privações, trabalhando e mais a amiga como uma junta de bois”.²⁰ Mas João Romão era o proprietário do cortiço, do qual vai tirando os meios que o elevam no fim do livro ao andar da burguesia, pronto para ser comendador ou visconde.

Bertoleza, apesar de ser explorada até a exaustão por seu companheiro, era feliz, pois vivia iludida na sua falsa liberdade. Ela só compreendeu a sua posição e a sua condição de “animal de trabalho” com a transformação do companheiro:

¹⁸ CANDIDO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹ *Ibidem*, p. 14.

²⁰ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 47

E Bertoleza bem que compreendia tudo isso e bem que estranhava a transformação do amigo. Ele ultimamente mal se chegava para ela e, quando o fazia, era com tal repugnância, que antes não o fizesse. A desgraçada muitas vezes sentia-lhe cheiro de outras mulheres, perfumes de cocotes estrangeiras e chorava em segredo, sem ânimo de reclamar seus direitos. Na sua obscura condição de animal de trabalho, já não era o amor que a mísera desejava, era somente confiança no amparo de sua velhice quando de todo lhe faltassem as forças para ganhar a vida.²¹

No momento em que enriqueceu e foi aceito como futuro marido da filha de Miranda,²² João Romão quis se livrar da escrava Bertoleza.

3.2 O DRAMA DA INDIFERENÇA DO SER HUMANO PARA COM SEU SEMELHANTE

O português sentia-se atrelado à “negra dos diabos, e não conseguia arredar logo de sua vida aquele ponto negro: apagá-lo rapidamente, como quem tira da pele uma nódoa de lama!” Ele se via como alguém que lutara muito e que estava prestes a ver seus sonhos ambiciosos se desfazerem no ar:

Que raiva ter de reunir aos voos mais fulgurosos da sua ambição a ideia mesquinha e ridícula daquela inconfessável concubinação! E não podia deixar de pensar no demônio da negra, porque a maldita ali estava perto, a rondá-lo ameaçadora e sombria; ali estava como o documento vivo das suas misérias, já passadas mas ainda palpitantes. Bertoleza devia ser esmagada, devia ser suprimida, porque era tudo que havia de mau na vida dele!²³

João Romão contou com a ajuda de Botelho para se livrar de Bertoleza. Saudosista, o velho Botelho, na sua juventude, fora um

²¹ *Ibidem*, p. 318

²² Miranda era o negociante português, proprietário do sobrado vizinho ao cortiço, invejado por João Romão.

²³ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 345

comerciante de escravos, profissão da qual muito se orgulhava. Foi com muita decepção e raiva que tomou conhecimento das ideias da época sobre abolição. Sempre que podia vociferava, classificando os abolicionistas e os partidários da *Lei Rio Branco* de “cáfila de salteadores”. O Brasil, em sua opinião, só tinha uma serventia: “enriquecer os portugueses, e que, no entanto, o deixara, a ele, na penúria”.²⁴

O final do romance seguiu uma forma crítica, apontando os “abolicionistas de ocasião”, como refere Marília Conforto.²⁵ João Romão denunciou Bertoleza aos seus antigos donos, que vieram até a venda resgatar a escrava fugida. Ao ver seus antigos donos e pressentir o que estava para lhe acontecer, Bertoleza se suicida. João Romão, então livre da sua “nódoa de lama”, lucrou novamente com a moribunda instituição escravista. Nesse momento (o do suicídio de Bertoleza), parava à porta da rua uma carruagem. Era uma comissão de abolicionistas que vinha de casaca, trazer a João Romão o diploma de sócio benemérito. Ele mandou que os conduzissem para a sala de visitas.²⁶

3.3 O PRECONCEITO RACIAL E SOCIAL

Aluísio não seria um verdadeiro naturalista se não colocasse no centro da sua narrativa a *raça* e o *meio* como termos explicativos privilegiados. O mecanismo do cortiço por ele descrito é regido por um

²⁴ *Ibidem*, p. 69.

²⁵ CONFORTO, Marília. **Faces da personagem escrava**. Caxias do Sul: EDUCS, 2001. p. 129.

²⁶ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 374.

determinismo que mostra a natureza (*meio*) condicionando o grupo (*raça*) e ambos definindo as relações humanas na habitação coletiva.²⁷

Jerônimo é *um*, ou o português honrado e comedido, que viera para o Brasil na esperança de fazer fortuna. Mas ao se apaixonar pela mestiça Rita Baiana e por causa dela abandonar mulher e filha, Jerônimo cedeu à atração da terra, dissolveu-se nela e com isso perdeu a possibilidade de dominá-la, como João Romão. Uma transformação, lenta e profunda, operava-se nele:

A vida americana e a natureza do Brasil patenteavam-lhe agora os aspectos imprevistos e sedutores que o comoviam; esquecia-se dos seus primitivos sonhos de ambição; para idealizar felicidades novas, picantes e violentas; tornava-se liberal, imprevidente e franco, mais amigo de gastar que de guardar; adquiria desejos, tomava gosto aos prazeres, e volvia-se preguiçoso resignando-se, vencido, às imposições do sol e do calor, muralha de fogo com que o espírito eternamente revoltado do último tamoio entrincheirou a pátria contra os conquistadores aventureiros.²⁸

Curioso que: “Quanto mais ia ele [Jerônimo] caindo nos usos e costumes brasileiros, tanto mais os seus sentidos se apuravam, posto que em detrimento das suas forças físicas”.²⁹ Com esta passagem Aluísio ratifica a ideia discutida nos meios científicos da época, de que os trópicos eram lugares “infernais”, onde o desenvolvimento seria praticamente impossível por ser um lugar tão quente e povoado por uma raça de negros e mestiços inferiores.³⁰

²⁷ O determinismo era uma das mais importantes correntes do pensamento da época. Criada por H. Taine, essa teoria parte do princípio de que o comportamento humano é determinado por três aspectos básicos: o meio, a raça e o momento histórico.

²⁸ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 163.

²⁹ *Ibidem*, p. 164.

³⁰ Sobre a introdução das teorias raciais no Brasil e seu acolhimento por intelectuais brasileiros, na virada do século XIX para o XX, ver: TAMANO, Luana Tiekó Omena; SANTOS, Poliana dos; MAGALHÃES, Gildo; MARTINS, Ana Claudia Aymoré. O cientificismo das teorias raciais em O cortiço e Canaã, História, Ciências. **Saúde-**

Mesmo a esposa de Jerônimo que horrorizada presenciou a transformação do marido, não ficara livre da corrupção moral e física que os usos e costumes brasileiros exerciam sobre os estrangeiros. Piedade de Jesus foi matando as saudades da terra natal e se entregando, principalmente à bebida, após a separação do marido.³¹

Jerônimo morava agora com Rita Baiana numa estalagem na Cidade Nova:

O português abraçou-se para sempre; fez-se preguiçoso, amigo das extravagâncias e dos abusos, luxurioso e ciumento; fora-se-lhe de vez o espírito da economia e da ordem; perdeu a esperança de enriquecer, e deu-se todo, todo inteiro, à felicidade de possuir a mulata e ser possuído só por ela, só ela, e mais ninguém.³²

A natureza do País funciona como força perigosa encarnada figuradamente em Rita. Ela é a síntese das impressões que Jerônimo recebera chegando aqui: “ela era a luz ardente do meio-dia; ela era o calor vermelho das sestras da fazenda; era o aroma quente dos trevos e das baunilhas que o atordoava nas matas brasileiras”.³³

Para se livrar e realizar seu projeto de enriquecimento e ascensão social, um português do tipo João Romão precisava despir o sexo de qualquer atrativo, recusar o encanto das Ritas Baianas e ligar-se com a pobre Bertoleza, meio gente, meio bicho.

Esta Bertoleza, aliás, que era cafuza e que serve para surpreender o romancista em pleno racismo: “Ele propôs-lhe morarem juntos e ela concordou de braços abertos, feliz em meter-se de novo com um

Manguinhos, v.18, n.3, Rio de Janeiro, July/Sept, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702011000300009&script=sci_arttext>. Acesso em 15 ago. 2012.

³¹ AZEVEDO, p. 323.

³² *Ibidem*, p. 322.

³³ *Ibidem*, p. 141.

português, porque, como toda cafuza, Bertoleza não queria sujeitar-se a negros e procurava instintivamente o homem numa raça superior à sua”.³⁴

Nada falta como se vê: o *instinto* racial, a raça *inferior*, o desejo de *melhorá-la*, o contato redentor com a raça *superior*... O mesmo ocorre nos amores de Jerônimo e Rita que, “volúvel como toda mestiça”, quando viu que o português a queria, tratou logo de largar o capoeira Firmo, mulato como ela, porque o “sangue da mestiça reclamou os seus direitos de apuração, e Rita preferiu no europeu o macho de raça superior”.³⁵

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aluísio registra n’O *cortiço* os problemas sociais e morais da realidade brasileira do seu tempo: o preconceito de cor, os preconceitos de classe, a ganância de lucro fácil – e todas as injustiças e misérias decorrentes. Mais do que o indivíduo é a sociedade que lhe interessa.

Isso explica o porquê da presença do *trabalho* representado em suas personagens: trabalho escravo (Bertoleza) como base de sustentação da aristocracia urbana e já em decadência à medida que novos paradigmas adentram a sociedade oitocentista; trabalho assalariado como forma de sobrevivência material, mas em condições precárias visto que representativo de uma fase de extrema expropriação do trabalhador livre (Jerônimo); trabalho como forma de ascensão social associado à expropriação do outro (João Romão); trabalho contraposto

³⁴ *Ibidem*, p. 43

³⁵ *Ibidem*, p. 279.

ao ócio (Rita Baiana), para representar as diferenças deterministas mesológicas e raciais.³⁶

Sob a influência de teorias científicas produzidas por intelectuais europeus, Aluísio toma o Brasil essencialmente como natureza (*meio*) que condiciona o grupo (*raça*) e, portanto, o destino de cada um. Mas essa força determinante é contrabalançada e compensada pela exploração do português (João Romão), que rompe as contingências e, a partir do cortiço, domina a raça e supera o meio.

A caracterização étnica inicial é então redefinida segundo critérios sociais e econômicos. No romance, o branco é por excelência, não o que tem cor branca, mas o que pertence ou vai pertencer à camada dominante. Sobretudo o português. E ainda: o negro não é o de cor preta, mas todos os que pertencem às camadas sociais cujos membros são, no limite, tratados como escravos, ou seja, aqueles sobre os quais recai o trabalho produtivo. É a massa de trabalhadores do cortiço, feita de brancos, negros, mulatos, caboclos, cafuzos. Os portugueses que tendem à classe dominada, em vez de tenderem à camada dominante, se equiparam essencialmente ao negro, como Jerônimo.³⁷

Assim, o romance de Aluísio não só se constitui em uma abordagem do tema escravidão, mas também contribui para a discussão sobre a difícil integração do negro ou mestiço e do pobre, na sociedade contemporânea.

Um desdobramento jurídico dessa discussão pode ser visto no julgamento no STF da ADPF n. 186, contra o programa de cotas para afrodescendentes nas universidades. O Tribunal considerou insuficiente

³⁶ FANINI, Ângela Maria Rubel. O universo do trabalho em O Cortiço de Aluísio Azevedo. **Revista de Letras**, v. 13, p. 54-68, 2010.

³⁷ CANDIDO, Antonio. Duas vezes "A passagem do dois ao três". In: CANDIDO, Antonio. **Textos de intervenção**. Seleção, apresentação e notas de Vinicius Dantas. São Paulo: Ed. 34, 2002. p. 51-76.

a utilização de critério social ou de baixa renda para promover a integração de grupos excluídos. A diferença entre as políticas afirmativas sociais e raciais se explicita, segundo o Ministro Ayres Britto, quando se constata “desigualdades dentro das desigualdades”, ou seja, quando uma desigualdade – a econômica, por exemplo – potencializa outra – como a de cor. Daí a necessidade de políticas públicas diferenciadas que reforcem outras políticas públicas e permitam às pessoas transitar em todos os espaços sociais – universidades, inclusive – em igualdade de condições, com o mesmo respeito e desembaraço.³⁸

5 REFERÊNCIAS

CANDIDO, Antonio. **De cortiço a cortiço**. In: AZEVEDO, Aluísio. O cortiço. 1.ed. São Paulo: Expressão popular, 2011. p. 7-37.

CÁRCOVA, Carlos María. **Derecho y narración**. In: TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo; ROSA, Alexandre Morais da. et al (org.). Direito & literatura: ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 11-19.

CONFORTO, Marília. **Faces da personagem escrava**. Caxias do Sul: EDUCS, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça**. Com a tradução de texto de Lon L. Fuller, parte da obra *The morality of law*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FISH, Stanley. **Is there a text a text in this class? The authority of interpretative communities**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FULLER, Lon. **O caso dos exploradores de cavernas**. Porto Alegre: Fabris, 1976.

LUFT, Celso Pedro. **Dicionário da literatura portuguesa e brasileira**. Porto Alegre: Globo, 1967.

³⁸ STF. Voto do ministro Ayres Britto distingue cotas sociais e raciais. **Notícias**, publicado quinta-feira, 26 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206041>>. Acesso em 07 ago. 2012.

NUSSBAUM, Martha. **Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile**. Milano: Feltrinelli, 1996.

_____. **Emoções racionais**. In: TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfred; SIQUEIRA, Ada Boglioto Piancastelli de. et al. **Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010. p. 345-377.

PAVIANI, Jayme. **Interdisciplinaridade: conceitos e distinções**. 2. ed. rev. Caxias do Sul, RS: Educs, 2008.

MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de direito operário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. XXXI.

OST, François. **Contar a lei**. São Leopoldo, RS: Editora UNISINOS, 2004.

MORAWETZ, Thomas. **Law and Literature**. In: PATTERSON, Dennis. (ed.). **A companion to philosophy of legal and legal theory**. 2. ed. Malden: Blackwell, 2010, p. 446-456.

POSNER, Richard. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SILVA, Joana Aguiar e. **Visões humanistas da justiça em ensaio sobre a cegueira**. In: TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI

NETO, Alfred; SIQUEIRA, Ada Boglioto Piancastelli de. et al. **Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010. p. 209-236.

STF. Voto do ministro Ayres Britto distingue cotas sociais e raciais. *Notícias*, publicado quinta-feira, 26 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206041>>. Acesso em 07 ago. 2012.

TAMANO, Luana Tiek Omena; SANTOS, Poliana dos; MAGALHÃES, Gildo; MARTINS, Ana Claudia Aymoré. **O cientificismo das teorias raciais em O cortiço e Canaã, História, Ciências**. Saúde-Manguinhos, v.18, n.3, Rio de Janeiro, July/Sept, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702011000300009&script=scj_arttext>. Acesso em 15 agos. 2012.

WARD, Ian. **Law and Literature: possibilities and perspectives**. New York: Cambridge University Press, 1995.

WEST, Robin. **Toward humanistic theories of legal justice**. *Cardozo Studies in Law and Literature*, University California Press, v.10, n. 2, p. 147-150, 1998.

WHITE, James Boyd. **Law as rhetoric, rhetoric as law: the arts of cultural and communal life**, *University of Chicago Law Review*, v. 52, n. 3, p. 684-702, 1985.

O MEIO AMBIENTE URBANO NO CONTEXTO DA MODERNIDADE

Arion Escorsin de Godoy¹

RESUMO: A modernidade se apresenta como *estilo* de vida tendentemente universal que se implementa a partir do industrialismo e do capitalismo, acentuando suas características na medida em que estes se expandem pelo globo. A cidade, por sua vez, é o palco da vida moderna, firmando a preponderância pelo estabelecimento das relações sociais no cenário do meio ambiente artificial em detrimento do meio ambiente natural – campo. Desse modo, a cidade influencia e, sobretudo, é influenciada pela dinâmica da vida moderna, deixando de ser um mero espaço de convivência ou de reunião para ser colocada como *mercadoria*, já na fase *líquida* da modernidade. Recorte ilustrativo dessa constatação relaciona-se com a questão habitacional, a qual, no contexto brasileiro, teve no BNH e no Minha Casa Minha Vida exemplos típicos da afetação que o mercado promove na gestão urbana.

PALAVRAS-CHAVE: Modernidade. Consumo. Cidade. Habitação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contornos conceituais da modernidade. 3. A ocupação do espaço urbano na modernidade. 4. A moradia como mercadoria na modernidade. 5. Conclusão. 6. Referências.

¹ Arion Escorsin de Godoy é Defensor Público no Rio Grande do Sul. Pós-Graduado pela PUC-Minas.

1 INTRODUÇÃO

A modernidade pode ser definida como o período iniciado a partir do século XVII na Europa, revelando uma tendência de organização social que se espalhou pelo globo nos séculos seguintes, fomentada pelo industrialismo e pelo capitalismo. Contudo, não pode ser entendida como um período único, muito menos estável, tendo passado por diversas modificações e agravamentos de determinadas características que conduziram ao que hoje se entende por uma *segunda fase* moderna ou mesmo uma superação do modelo.

Fato é que a produção ordenada das pesadas e populosas fábricas que simbolizava o início do período foi sucedida pela era dos *chips*. A estabilidade então perseguida nas relações sociais foi substituída pela flexibilização. O foco na produção de bens foi superado pela *necessidade* de consumo. Deixa-se de ser uma sociedade *produtora* para ser essencialmente consumidora.

Por sua vez, a modernidade tem por palco a cidade. A urbanização tem como causa principal justamente as mesmas instituições – industrialismo e capitalismo – que fomentaram, como será abordado, a formação do modelo compreendido como moderno. Logo, a cidade acompanhou a tendência da modernidade caminhando rumo ao consumo, transformando tudo que *tocava* em mercadoria. A dinâmica descrita produziu seus efeitos também na questão habitacional, que, no contexto brasileiro – e tendentemente mundial – deixou de ser tratada, primordialmente, como necessidade social para, também, ser convertida em mercadoria.

São as relações entre modernidade, industrialismo, capitalismo, cidade e habitação que serão articuladas neste breve ensaio.

2 CONTORNOS CONCEITUAIS DA MODERNIDADE

A modernidade pode ser compreendida, conforme Giddens (1991, p. 11), como “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”. A modernidade se caracteriza a partir de relações *multidimensionais* no âmbito das instituições, tendo como cenário o modelo capitalista, como apontado por Marx, e impulsionada pelo industrialismo, como trabalhado por Durkheim (GIDDENS, 1991, pp. 21-22).

De outro lado, a modernidade corresponde e se apresenta como o rompimento das tradicionais relações socialmente estruturadas, resultando na dinamização da sociedade e da vida. A partir de Giddens (1991, pp. 27-55), identificamos três características básicas no processo de *modernização*: a separação de tempo e espaço; a substituição da sabedoria dos velhos pelo conhecimento especializado; a presença do conhecimento reflexivo que rompe com as certezas estabelecidas.

Quanto ao tempo e espaço, Giddens frisa que as sociedades pré-modernas vinculavam a noção de tempo à de espaço. Ilustrativamente, valemo-nos do exemplo de BAUMAN (2001, pp. 127-128):

Quando eu era criança (e isso aconteceu em outro tempo e em outro espaço) não era incomum ouvir a pergunta “Quão longe é daqui até lá?” respondida por um “Mais ou menos uma hora, ou um pouco se você caminhar rápido”. Num tempo ainda anterior à minha infância, suponho que a resposta mais comum teria sido “Se você sair agora, estará lá por volta do meio-dia” ou “Melhor sair agora, se você quiser chegar antes que escureça”. Hoje em dia, pode-se ouvir ocasionalmente essas respostas. Mas serão normalmente procedidas por uma solicitação para ser mais específico: “Você vai de carro ou a pé?. [...]”

Se as pessoas fossem instadas a explicar o que entendiam por “espaço” e “tempo”, poderiam ter dito que “espaço” é o que se pode percorrer em certo tempo, e que “tempo” é o que se precisa para percorrê-lo.

Ocorre que tal vínculo entre tempo e espaço vem progressivamente se esmaecendo. Nesse sentido, vale destacar que, com a modernidade, iniciou-se a padronização dos calendários, facilitando-se o processo de conexão entre pessoas vivendo em tempos e espaços diversos, mas universalmente orientados pela referida padronização.

Percebe-se que esses novos paradigmas permitiram a organização dos processos produtivos, elemento essencial do industrialismo. Fomentaram, ainda, o deslocamento das relações interpessoais que até então se vinculavam a contextos locais para o universo globalizante (GIDDENS, 1991, pp. 27-40).

Já a sabedoria, até então construída no âmbito local a partir da acumulação histórica do conhecimento – tradição –, ganhou não só contornos mais amplos – por conta da já referida ampliação das relações para além do local vivido –, como também restou substituída em sucessão por conhecimentos técnicos especializados. Enfim, o conhecimento progressivamente deixou de se formar a partir do historicamente vivenciado para ser construído de forma técnica e com maior prestígio à razão, traço típico do iluminismo, berço filosófico do que se entende por modernidade (GIDDENS, 1991, pp. 47-55).

Nesse sentido, o questionamento da tradição, a partir da racionalidade – da reflexividade –, acabou por romper com a *certeza* e *segurança* que estruturavam as relações sociais até então, esmaecendo a antes prevalente submissão social e individual a dogmas (GIDDENS, 1991, pp. 47-55).

Estabelecidos, brevemente, os elementos que estruturaram a modernidade em seus processos de superação à pré-modernidade, mostra-se conveniente que agora se proceda à sua caracterização independentemente de seu referencial antecessor.

De pronto, pertinente destacar que os estudos sobre o tema costumam dividi-la em duas fases: uma primeira, que seria a modernidade *pesada* (BAUMAN, 2001, p. 132) e uma segunda fase, que conta com diversas denominações, variáveis conforme o referencial preponderante enfocado.

Como exemplo das variadas denominações cunhadas para identificar essa segunda fase da modernidade segundo padrões sociais, verifica-se o rótulo de *Sociedade pós-moderna*, que lhe é atribuído por Bauman, dentre outros; *Pós-industrial*, como prefere Daniel Bell; *Sociedade programada*, como a define Touraine; *Super-moderna*, em Balandier; *Modernidade tardia e reflexiva*, conforme Giddens; *Sociedade de risco*, como prefere Beck; *Sociedade de acesso*, como denomina Rifkin; *Sociedade da informação*, como frisado por Castells; *Sociedade de consumo*, como prefere Baudrillard; *Sociedade do sonho*, como Everardo Rocha; *Supermodernidade*, conforme Augé; *Sociedade dos indivíduos*, consoante Nibert Elias; *Sociedade do lazer* como denominado por Dumazedier; *Sociedade do Espetáculo*, por Guy Debord (JUNIOR, 2007, p. 26).

Referindo-se à primeira fase da modernidade, BAUMAN (2001, p. 132) afirma que ela se apresenta como a era do “hardware”. O período se configurou pela época das máquinas pesadas e cada vez mais desajeitadas, dos muros de fábricas cada vez mais longos guardando fábricas cada vez maiores que ingerem equipes cada vez maiores, das poderosas locomotivas e dos gigantescos transatlânticos. A conquista do

espaço era o objetivo supremo – agarrar tudo que se pudesse manter, e manter-se nele, marcando-o com todos os sinais tangíveis da posse e tabuletas de “proibida a entrada”.

O foco, portanto, era a produção de bens e a ocupação de espaços. De se observar, ainda, que a “aventura e a felicidade, a riqueza e o poder eram conceitos geográficos ou ‘propriedades territoriais’ - atados a seus lugares, inamovíveis e intransferíveis” (BAUMAN, 2001, p. 133).

Do ponto de vista político, havia certa clareza entre polos, como direita e esquerda. Havia, ainda, um relativo consenso, entre bem e mal. O próprio modelo mecânico de produção de bens – baseado na infinita repetição – repercutia na ordenação social, de forma que permanecia incutida alguma noção de ordem, segurança e estabilidade, o que era necessário, inclusive, para a regulação das fábricas. A propósito:

Organizada a partir de pesadas fábricas e da racionalização do processo de produção, o modelo econômico que marcou a Modernidade acabava por repetir os ideais de ordem, segurança e estabilidade que estruturavam a sociedade de então. Cada indivíduo desempenhava sua específica função ao mover engrenagens fossem da fábrica, fossem do corpo social, reproduzindo bens e relações que deveriam durar para sempre, conforme definiam as leis emanadas de religiões, do Estado, da família ou daquele que lhe fosse, de alguma forma, hierarquicamente superior (COSTA, 2010, p. 96).

Ou seja, não obstante o rompimento da relação tempo/espaço como evidenciado, o *concreto* ainda era o foco das ambições da primeira fase da modernidade.

Já na segunda fase, são estilhaçadas as sólidas bases que sustentaram o início da modernidade, em um processo de *liquefação* das relações. Como destaca BAUMAN (2001, pp. 137-138),

O tempo instantâneo e sem substância do mundo do software é também um tempo sem consequências. “Instantaneidade” significa realização imediata, “no ato” - mas também exaustão e desaparecimento de interesse. A distância em tempo que separa o começo do fim está diminuindo ou mesmo desaparecendo; as duas noções que outrora eram usadas para marcar a passagem do tempo, e portanto para calcular seu “valor perdido”, perderam muito de seu significado – que, como todos os significados, deriva de sua rígida oposição. Há apenas “momentos” - pontos sem dimensões. [...] Teria o tempo, depois de matar o espaço enquanto valor, cometido suicídio?

Esse processo *evolutivo* teve grande impulso a partir das inovações tecnológicas da segunda metade do século XX, período em que o indivíduo passou a ser substituído pelas máquinas, as quais, por permitirem um *excesso* de produção, fomentaram a formação de novos mercados consumidores, que redundaram no processo de globalização. Deixou-se de “focar-se na produção de bens para fundar-se no consumo dos bens produzidos” (COSTA, 2010, p. 96). Como destaca LIPOVETSKI (1989, p. 159):

Pode-se caracterizar empiricamente a “sociedade de consumo” por diferentes traços: elevação do nível de vida, abundância das mercadorias e dos serviços, culto dos objetos e dos lazeres, moral hedonista e materialista, etc. Mas, estruturalmente, é a generalização do processo de moda que a define propriamente. A sociedade centrada na expansão das necessidades é, antes de tudo, aquela que reordena a produção e o consumo de massa sob a lei da obsolescência, da sedução e da diversificação, aquela que faz passar o econômico para a órbita da forma moda. (LIPOVETSKY, 1989, p. 159).

Merece ênfase, outrossim, o fato de que o rompimento com a *rigidez* que configurava a *primeira fase* da modernidade – ilustrado pela repetição mecânica das operações nas fábricas – foi sucedido pela *pouca densidade* dos sistemas informáticos, o que repercutiu na *flexibilização* das relações humanas e na ordenação social como um todo.

3 A OCUPAÇÃO DO ESPAÇO URBANO NA MODERNIDADE

Como observado por Marx e Durkheim, respectivamente, a modernidade se estrutura a partir da sociedade capitalista e do industrialismo (GIDDENS, 1991, pp. 21-22), modificando-se no mesmo ritmo com que o sistema capitalista e industrial se expandiam. Ou seja, quando se alcançou a fase *avançada* do capitalismo e do industrialismo – com foco na expansão das fronteiras a partir do consumo –, a modernidade deixou sua fase rígida para se *liquefazer*, consoante observado por Bauman (2001, p. 137).

De forma semelhante, afirmou-se, baseado em Giddens (1991, p. 11), que a modernidade se constitui em um *estilo* nascido na Europa e tendentemente mundial. Esse *estilo*, contudo, tem por cenário o meio ambiente urbano, a partir do deslocamento de grandes massas da população campesina – onde preponderava o meio ambiente natural – para a cidade, marcadamente caracterizada por se constituir a partir de um meio ambiente artificial.

Conseqüentemente, ao se apresentar como palco da modernidade, é evidente que a cidade acompanhou o ritmo de mudanças por ela trazidas, influenciando e sendo influenciada pelo contexto social, político e econômico. A propósito dessas alterações, pontua Rolnik (1988, p. 12):

No início da história americana, quem se dirigia a Nova Iorque deparava-se com seus portões. Hoje esta possibilidade não existe mais: não se está nunca diante da cidade, mas quase sempre dentro dela.

O espaço urbano deixou assim de se restringir a um conjunto denso e definido de edificações para significar, de maneira mais ampla, a predominância da cidade sobre o campo. Periferias, subúrbios, distritos industriais, estradas e vias expressas recobrem e absorvem zonas agrícolas num movimento incessante de urbanização. No limite, este

movimento tende a devorar todo o esboço, transformando em urbana a sociedade como um todo.

Nesse ponto, conveniente destacar que a cidade nem sempre foi como a vemos na contemporaneidade. Destaca Santos (2013, p. 19) que ela, antes, era “uma emanção do poder longínquo, uma vontade de marcar presença num país distante”. Para Rolnik (1988, p. 9), a cidade na antiguidade era estruturada a partir do desejo de proteção, o que levava a ser murada e vigiada, com finalidade de evitar os inimigos, principalmente, externos.

Contudo, a partir da modernidade, se mercantiliza o espaço, bem como se orienta a ocupação a partir de critérios de classe. Assim, a cidade, no contexto do capitalismo e do industrialismo, acaba por reproduzir as bases que os estruturam, influenciando de forma decisiva na organização do espaço urbano. Observa Bello (2013, p. 217):

A definição do urbano no paradigma da Modernidade está intrínseca ao desenvolvimento social do capitalismo; logo, seus fundamentos são a divisão social do trabalho e a apropriação privada dos meios de produção e bens de consumo, matrizes que redundarão em formas específicas de compreensão e funcionamento do território, consideradas as classes sociais existentes e o conjunto de fenômenos, como a alienação do espaço, que explicam as desigualdades na distribuição do espaço e a segregação social no seu uso, bem como no acesso a serviços públicos.

Nesse passo, a dimensão pública inerente à noção de cidade, compreendida como espaço urbano de convivência, moradia e trabalho, passa a ser sucedida por uma vertente privatística, orientada pelo capital e pelo consumo.

Tal quadro é evidentemente agravado quando da passagem da fase *dura* da modernidade para a fase *líquida*. A esse respeito, Carlos Vainer (2012, p. 83-91) cunhou a nomenclatura “cidade-mercadoria: a

cidade-objeto de luxo”, visando expressar o padrão sobre o qual se estrutura a política urbana atual. Milton Santos (2013, p. 109-128) denomina o mesmo fenômeno de “urbanização corporativa”, que, por sua vez, conduz à “cidade corporativa”. Grifa-se, nesse ponto, que muito embora os grandes exemplos de tais modelos sejam metrópoles como São Paulo ou Rio de Janeiro, no plano nacional, ou Barcelona, no internacional, de fato é um croqui que se reproduz, dentro de cada realidade, inclusive para cidades pequenas e médias, as quais se espelham naquelas.

Desse modo, as *cidades-mercadorias* ou *cidades corporativas* se estruturariam como uma empresa que, peculiarmente, teria como produto a urbe. Assim, os economicamente aptos a pagarem mais teriam acesso aos *melhores* espaços (inclusive públicos) aos melhores serviços, aos melhores aparelhos. Ao revés, os menos aptos (os pobres) teriam acesso aos *produtos do fundo da gôndola*. Milton Santos salienta que:

As cidades e, sobretudo, as metrópoles são corporativas, mas não apenas pelas facilidades que criam ou representam para a operação das grandes empresas, das corporações econômicas. A palavra corporação, aliás, foi primeiro aplicada para nomear o sistema produtivo que, na Idade Média, reunia artesões e comerciantes, em torno de determinados ofícios, atribuindo-lhes o privilégio de um ofício ou de uma atividade. [...] A cidade atual presta-se à recriação desse tipo de segmentação, com a emergência de grupos mais ou menos organizados, lutando de maneira difusa ou com o apoio de lobbies mais ou menos agressivos e mais ou menos aparelhados, através de discursos, marketing, alianças duráveis ou colúmbias ocasionais, estratégias e táticas pela prevalência de suas reivindicações setoriais (SANTOS, 2013, p. 120).

A aparência atrativa constitui-se em ponto fundamental dessa cidade-mercadoria. Assim, determinados bairros ou setores da cidade

são moldados de forma elegante, com forte atuação estatal, a fim de atender ao *mercado de luxo*. Observa Milton Santos que:

O papel do Estado é decisivo.

Há, de um lado, premeditada escolha das infraestruturas a instalar e de sua localização, com a criação de equipamentos do interesse específico de certas atividades. De outro lado, tomam-se disposições para facilitar o intercâmbio internacional e interno, mediante incentivos tanto genéricos como particulares a cada caso, que vão desde as tarifas de favor nos Correios e Telecomunicações, ao estabelecimento de linhas de crédito (SANTOS, 2013, p. 118).

Todavia, por óbvio, nem todo território receberá idêntico tratamento. Coexistirão, muitas vezes, literalmente, lado a lado, avenidas, casas e condomínios *pós-modernos* e moradias que remetem ao período pré-moderno. Importante observar, porém, que nem se pretende que todo espaço receba o tratamento *vip*. Isso porque o consumismo se assenta na diferenciação da mercadoria. Ora, o *camarote* antes de ser um simples local ocupado pela *realiza*, é um símbolo. Símbolo da *diferenciação* de quem o ocupa. Além do mais, a famigerada figura do *rei do camarote* deseja escolher os integrantes da corte entre seus *semelhantes*. E lá o pobre só será bem-vindo para repor o gelo.

Ponto fundamental, também, para a venda da cidade é a *sensação de segurança*, embora o *mercado do medo* não seja menos atrativo, como observa Bauman (2009, p. 13). Conforme o sociólogo polonês, paradoxalmente, embora as pessoas jamais tenham contado com tanta segurança *objetiva*, nunca houve, *subjetivamente*, tanto medo. Como solução, o Deus-mercado oferece condomínios fechados, expulsa, muitas vezes por *acidentes involuntários*, favelas que se situem em áreas de interesse especulativo imobiliário; da mesma forma, acaba com

espaços públicos e cria figuras ambíguas, como os *shoppings centers* que se constituem como espaços públicos-privados. A narrada ambivalência resulta, conforme Vainer (2012, p. 91), na negação da cidade como espaço político, sucumbindo frente ao capital:

A instauração da cidade-empresa constitui, em tudo e por tudo, uma negação radical da cidade enquanto espaço político – enquanto polis [...]. Aqui não se elegem dirigentes, nem se discutem objetivos; tampouco há tempo e condições de refletir sobre valores, filosofias ou utopias. Na empresa reina o pragmatismo, o realismo, o sentido prático; e a produtivização é a única lei. [...] Talvez nada seja mais consistente e reiteradamente enfatizado nos textos aqui analisados que a necessidade do consenso. Sem consenso não há qualquer possibilidade de estratégias vitoriosas.

Ou seja, os mesmos paradigmas que orientam a produção de bens – voltados ao consumo na modernidade *líquida* – conduzem a construção da cidade. Logo, a urbe deixa de ser, preponderantemente, um local público onde se estabelecem as relações humanas para ser mais um item à disposição do mercado.

4 A MORADIA COMO MERCADORIA NA MODERNIDADE

Ponto interessante que destaca o vínculo entre cidade, modernidade, capitalismo e industrialismo refere-se à questão habitacional. Isso porque a temática da moradia começa a receber maior ênfase a partir do surto de urbanização, o qual tem como causa, por sua vez, a industrialização.

A ilustrar o que se afirma, observa-se que nos idos de 1720, não passava de dezesseis o número de vilas e cidades criadas (REIS FILHO, 1968, p. 84-88 *apud* SANTOS, 2013, p. 21). De forma semelhante, noticia o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2007) que, em

1950, apenas 36% da população era urbana, enquanto em 2007 a proporção superava 83%. Ou seja, há evidente vínculo entre a aceleração da urbanização, o avanço do industrialismo e do capitalismo e a *liquefação* da modernidade. A respeito da crise de habitação no início do período industrial inglês, destaca Engels (1979, p. 1):

O que se entende hoje por crise do alojamento é o agravamento particular das más condições de habitação dos trabalhadores como resultado do brusco afluxo da população rural rumo às grandes cidades; é um enorme aumento dos aluguéis, um amontoamento mais acrescido de locatários em cada casa e para alguns a impossibilidade de encontrar mesmo onde se alojar. E se essa crise de habitação provoca tantas discussões, é que ela não está limitada à classe operária, mas atinge igualmente a pequena burguesia.

Na realidade brasileira, à população *menos apta* economicamente, a partir da industrialização nacional, no século XX, restou a ocupação de cortiços. Tal modalidade de habitação, por exemplo, chegou a abrigar cerca de 66% da população paulistana em 1920. Sobre eles, Kovarick atribui, no âmbito de São Paulo, o surgimento da escassez no que diz de residências para as famílias mais pobres (2009, p. 113-114). Precisamente, fornecer “uma habitação unifamiliar, digna, higiênica e confortável para as classes mais pobres esbarrava no preço da terra e dos aluguéis nas áreas já ocupadas e no empecilho de distanciar o operário da fábrica” (KOVARICK, 2009, p. 113).

Os cortiços, entretanto, conquanto não assumissem formatação única, tinham, em geral, os seguintes elementos: unidade de moradia coletiva multifamiliar, normalmente subdivididos em diversos cômodos sublocados; multiplicidade de funções no mesmo cômodo; acesso e uso comum de espaços sanitários; infraestrutura precária; superlotação. Ilustrativamente, dados de 1993 revelam que cada habitação dispunha

de menos de 12 metros quadrados, vivendo normalmente 3 pessoas em cada; constatou-se a proporção de 6,3 pessoas por chuveiro e 9,3 por pia de banheiro; 34% dos cômodos não tinham sequer janela externa. Mesmo em 2002, os cortiços da rua João Teodoro, no Pari, apresentavam uma média de um banheiro para cada 15 pessoas, um chuveiro para cada 31 pessoas, uma pia para cada 51 e 25% dos cômodos sem ventilação (KOVARICK, 2009, p. 114-124).

Outro traço marcante diz respeito à informalidade na locação, sendo o contrato, usualmente, verbal, o que se justifica, inclusive, pelo público-alvo que não tem condições econômicas de prestar garantias. Uma das poucas vantagens de se habitar os cortiços é a possibilidade de se residir próximo ao trabalho, seja ele formal ou informal, evitando gastos e tempo dispendido com deslocamentos. Dados de 1991 revelam ainda que 6% da população paulistana, naquele período, residiam em cortiços, movimentando, em 1993, 5,5 milhões de dólares mensais, apenas na capital paulistana, de modo que ainda hoje se modelam e se constroem habitações com essa finalidade e estrutura (KOVARICK, 2009, p. 114-116).

Sobre os atrativos do cortiço, pontua Kovarick:

Novamente, as periferias são distantes disto tudo: empregos formais significam horas de ônibus, mais o trajeto a pé, e, quando chove, é aquela lama, que não pode ser vista do local de emprego. A escola é longe e, na medida em que as crianças crescem, fica cada vez mais longe. E aí o perigo também aumenta, com presença de drogas e de um código de honra que mata por motivos aparentemente banais. Esta é a grande distância vista pelos moradores de cortiços: a favela ou a casa de periferia é local de assalto, onde ninguém pode andar sozinho, lugar de banditagem e muitos homicídios. Lá falta emprego, serviços e equipamentos públicos de saúde e de educação e não há o borbulhar prazeroso que o Centro oferece para as pessoas que querem se distrair longe do aparelho de televisão (KOVARICK, 2009, p. 122).

Veja-se, portanto, que os cortiços revelam os efeitos, no plano habitacional, da sociedade capitalista e industrialista a contar do início do século XX no Brasil, com consequências que se estendem até os dias de hoje.

De outro lado, ao avançar da modernidade – com sua *liquefação* –, acompanhada da ampliação do capitalismo e da alteração do modelo industrial, como já enfatizado, passa-se também a se transformar a moradia em item de produção a ser consumido em larga escala.

Examinemos, portanto, os maiores programas habitacionais brasileiros: o protagonizado pelo Banco Nacional de Habitação (*BNH*) e o *Minha Casa Minha Vida*.

O BNH se insere no contexto da criação do Sistema Financeiro de Habitação, moldado pela Lei 4380, em 1964, com vistas a criar condições de que a população realizasse *o sonho da casa própria*. O ambicioso projeto pretendia construir mais de 140 mil casas por ano. O novo formato implicou na centralização da gestão da política de moradia no governo federal, redundando na criação de diversas companhias estaduais e municipais que, ao fim e ao cabo, se limitavam a manejar os recursos repassados pelo BNH.

Na prática, o Banco Nacional de Habitação focou seus investimentos em diversas espécies de obras, tanto de grande porte, quanto de saneamento e de outros melhoramentos focalizados.

Porém, revelou-se que a população realmente carente pouco foi beneficiada, sendo a maior parte dos recursos dirigidos à classe média e média alta, em virtude da *necessidade* de alcançar rentabilidade nos investimentos (ALFONSIN, 2000, p. 136-141). De forma semelhante, Romagnoli (2012, p. 51) destaca que a

Lógica privada de funcionamento que fundamentava as ações do Banco, além da noção de auto-sustentação, em muito dificultou o pleno sucesso da Política, que foi até eficaz quando nos lembramos da considerável produção de moradias, porém muito pouco efetiva com relação àqueles que mais necessitavam.

Milton Santos, por sua vez, observa que

O poder público, entretanto, não age apenas de forma indireta. Ele também atua de forma direta na geração de problemas urbanos, ainda que prometendo resolvê-los. O caso do Banco Nacional de Habitação é o exemplo mais típico. Na verdade, esse Banco tornou-se, em primeiro lugar, o banco da cidade, a instituição financeira estatal destinada a preparar as cidades para melhor exercer seu papel na fase do capital monopolista que se estava implantando. Ele iria realizar essa tarefa mediante utilização de recursos arrecadados junto a todos os trabalhadores através de suas poupanças voluntárias e também de um Fundo, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço [...] (SANTOS, 2013, p. 123).

E prossegue:

Os conjuntos residenciais, levantados com dinheiro público – mas por firmas privadas – para as classes médias baixas e os pobres, situavam-se quase invariavelmente nas periferias urbanas, a pretexto dos preços mais acessíveis dos terrenos, levando, quando havia pressões, a extensões de serviços públicos como luz, água, às vezes esgoto, pavimentação e transportes, custeados, também, com os mesmos recursos. É desse modo que o BNH contribui para agravar a tendência ao espraiamento das cidades e para estimular a especulação imobiliária. A construção de um conjunto residencial e a consecutiva dotação de infraestruturas, valoriza os terrenos ao redor, estimulando os proprietários a uma espera especulativa. Produzem-se novos vazios urbanos, ao passo que a população necessitada de habitação, mas sem poder pagar pelo seu preço nas áreas mais equipadas, deve deslocar-se para mais longe, ampliando o processo de periferização (SANTOS, 2013, p. 124)

O BNH, contudo, sucumbiu ao final do regime militar, tanto pela ligação simbólica com o regime, quanto em razão da crise econômica

suportada na década de 80 que inviabilizou a sequência de investimentos (SANTOS, 2013, p. 68).

Com o fim do Banco Nacional de Habitação, o Estado brasileiro deixou de lado o protagonismo no investimento em moradias novas, o que só foi retomado a partir de 2002, com o Minha Casa Minha Vida.

Avançando para o exame do programa Minha Casa Minha Vida, é, de início, fundamental contextualizar o cenário político e econômico de seu surgimento. Lançado no ano 2009, para além dos escopos imediatos – habitacionais – tratou-se de medida *anticíclica* de enfrentamento à crise econômica mundial que eclodiu no final de 2008. Sobre o ponto, Mara Nogueira (2012) enfatiza:

Dessa forma, conclui-se que o PMCMV foi elaborado antes como um pacote de ações para recuperar a construção civil, gerando renda e emprego num contexto de crise econômica, do que como uma solução para a questão habitacional brasileira. Seu foco em regiões de maior dinamismo e a baixa aderência dos projetos ao perfil do déficit demonstram que a preocupação central não é solucionar a carência de moradias e, sim, movimentar a construção civil com a ampliação da demanda por imóveis, notadamente entre os mutuários de renda média.

Sob o enfoque jurídico, Maricato (2010, p. 59) recorda que o programa só foi viabilizado por reformas promovidas entre 2004 e 2005, por meio das Leis Federais 10.931, 11.033 e 11.196, que permitiram o manejo de instrumentos que conferiam maior agilidade na cobrança ou retomada do imóvel pelo financiador, nas hipóteses de atraso ou não pagamento, como é exemplo a alienação fiduciária ou a imposição do dever de depósito das parcelas incontroversas, acaso existente ação judicial proposta pelo adquirente que questione o método de cobrança. Além disso, passou a haver pressão do governo federal para que os bancos privados investissem 65% dos recursos arrecadados pelo

Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo no financiamento imobiliário, conforme previsão das Resoluções 1.980 de 1993 e 3.005 de 2002 do Conselho Monetário Nacional. Ou seja, fica claro o esforço político do governo federal para canalização de recursos públicos e privados para a construção de moradias, nos moldes propostos pelo PMCMV. Ilustrando o desfecho de tais medidas, verifica-se que em 2002 havia ocorrido o aporte de cerca de 1,77 bilhões de reais no financiamento imobiliário, passando para 33 bilhões em 2009.

Fundamental grifar que a legislação vigente oferece instrumentos jurídicos que permitiriam viabilizar, se fosse do interesse político, maior centralidade dos empreendimentos habitacionais, tanto por meio da Constituição Federal, quanto do Estatuto da Cidade e de outras leis esparsas. A consequência, todavia, da opção política preponderante tem sido a valorização desmensurada de terrenos, inclusive nas periferias, sendo exemplo o ocorrido em Salvador, Brasília, Fortaleza, São Paulo e Rio de Janeiro, que, em menos de um ano, suportou um incremento da ordem de 100%, entre 2009 e 2010 (MARICATO, 2010, p. 71).

Outro ponto fundamental relativo ao PMCMV vincula-se aos destinatários ou beneficiários do programa. Muito embora o déficit habitacional, de números sempre imprecisos, atinja em maior medida – cerca de 90% – as famílias com renda de 0 a 3 salários mínimos, afirma-se que mais de 60% das moradias seriam destinadas à população com renda superior a 3 salários mínimos e com teto de 10, o que se faria em prestígio ao mercado, repetindo anteriores equívocos do BNH. Percebe-se, ainda, certa perversidade na relação, eis que os recursos destinados a amparar as construções para famílias com renda entre 6 a 10 salários mínimos são provenientes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, de modo que muitos trabalhadores de renda inferior acabam financiando,

ainda que indiretamente, a construção de moradias para pessoas com renda superior. Do mesmo modo, o modelo adotado não tem qualquer condição de atender famílias com renda inferior a um salário mínimo (MARICATO, 2010, p. 72-73).

Enfim, o que se percebe é que tanto o *BNH*, quanto o *Minha Casa Minha Vida*, apesar do discurso de atendimento ao direito social à moradia, situam-se na fase da modernidade *líquida* e se transformam em mero item de consumo.

5 CONCLUSÃO

O avanço da modernidade, especialmente em sua fase de *liquefação*, afeta toda a ordenação social e, de forma notável, a ocupação do espaço urbano, o qual se apresenta como cenário da vida moderna.

De forma específica, na modernidade a cidade e a habitação deixaram de ser orientadas pelas necessidades de vida humana em sociedade para atenderem a interesses e humores do mercado, convertendo de elementos essenciais da vida – espaço público e moradia – em itens valorados a partir de *necessidades* econômicas e não sociais.

6 REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betania de Moraes. **Da invisibilidade à regularização fundiária: a trajetória legal da moradia de baixa renda em Porto Alegre – Século XX**. 2000. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. 1ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BELLO, Enzo. **A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos**. Caxias do Sul: EDUCS, 2013.

BRASIL. Constituição da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 07 out. 2013.

BRESCIANI, Maria Stella Martins Bresciani. **Londres e Paris no século XIX: o espetáculo da pobreza**. Brasília: brasiliense, 2013.

COSTA, Domingos Barroso da. **A Crise do supereu e o caráter criminoso da sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A questão da habitação**. Belo Horizonte: Aldeia Global, 1979.

FREITAG, Barbara. **Cidade dos homens**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

IBGE. Série Estatísticas 2007. Disponível em <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP122>. Acesso em: 07 jan. 2014.

JUNIOR, Fred Augusto Tavares. **Natureza S.A.: o consumo verde na lógica do Ecopoder**. Tese de Doutorado do Programa de Pós Graduação em Psicossociologia de Comunidades e Ecologia Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em <https://www.yumpu.com/pt/document/view/23131802/universidade-federal-do-rio-de-janeiro-cfch-instituto-de-/27>. Acesso em 19 de jul.

KOWARICK, Lúcio. **Viver em risco**. São Paulo: editora 34, 2009.

LEFEBVRE, Henri. **A cidade do capital**. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

LENZI, Cristiano Luis. **Sociologia Ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade**. São Paulo: EDUSC, 2006.

LOJKINE, Jean. **O estado capitalista e a questão urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

MARICATO, Ermínia. **O impasse da política urbana no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2011.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. **Relações de consumo: consumismo**. Caxias do Sul: EDUCS, 2010.

ROLNIK, Raquel. **O que é cidade?**. Brasília: brasiliense, 1994.

ROMAGNOLI, Alexandre José. **O Programa Minha Casa Minha Vida na política habitacional brasileira: continuidade, inovações e retrocessos**. Dissertação. 2012. Universidade Federal de São Carlos. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. 5ª Ed., 2ª reimp., São Paulo: EdUSP, 2013.

VAINER, Carlos. **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. Petrópolis: Vozes, 2002.

OCUPAÇÕES COLETIVAS E O DIREITO À MORADIA

Adriana de Oliveira Scheffer do Nascimento¹

Lúcia Maria Menegaz²

RESUMO: O direito à moradia foi incluído pela Constituição Federal de 1988, por meio da EC nº 26 de 2000. A moradia abrange o direito a viver, onde quer que seja, com segurança, paz e dignidade. A precariedade habitacional pode originar o fato ocupação. Esta, por sua vez, pode originar a reação do proprietário, e, como consequência a remoção da família ou comunidade. A retirada pode ocorrer, também, em virtude de obras de infraestrutura e urbanização. Verifica-se, assim, uma tensão entre direitos fundamentais – moradia e propriedade - utilizando-se da ponderação, deverá se verificar qual preservará a dignidade da pessoa humana em seu maior conteúdo. A Defensoria Pública tem fundamental importância neste cenário. Diante desse quadro, são apresentados alguns instrumentos que procuram solucionar os conflitos, bem como, ao final, apresentadas atuações do Núcleo de Defesa Agrária e Moradia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia. Despejos forçados. Dignidade da Pessoa Humana. Defensoria Pública.

¹ Adriana de Oliveira Scheffer do Nascimento é Defensora Pública; Dirigente do Núcleo de Defesa Agrária e Moradia da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul; Conselheira Estadual das Cidades; Coordenadora da Comissão Especial de Direito Social à Moradia e Questões Fundiária do CONDEGE.

² Lúcia Maria Menegaz é Estagiária voluntária do Núcleo de Defesa Agrária e Moradia da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela UNIASSELVI.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito à moradia. 3. Ocupações coletivas. 4. Despejos forçados e o direito fundamental à moradia. 5. A atuação da Defensoria Pública e os instrumentos utilizados para resolução dos conflitos fundiários. 5.1. Mediação. 5.2. Legitimação de posse. 5.3. Usucapião. 5.4. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia (CUEM). 5.5. Desapropriação. 6. Procedimentos para apuração de danos coletivos - PADAC'S - instaurados pelo Núcleo de Defesa Agrária e da Moradia na Defensoria Pública – RS. 6.1. PADAC nº 001.2013.007 - Vila Tronco. 6.2. PADAC nº 3418-30000/13-1 – Duplicação da ERS 118 (Estado do RS). 6.3. PADAC - Ocupação Leonardo Ilha (Passo Fundo - RS). 6.4. PADAC nº 1070-3000/14-1- Ocupação Saraí. 6.5. PADAC nº 446.30.00/14-8 - Ocupação Fernando Wagner (Porto Alegre - RS). 6.6. PADAC nº 3276-3000/13-0 – Comunidade Quinta do Portal. 6.7 PADAC nº 3700-3000/13-2 – Companhia de Habitação do Estado do RS (COHAB). 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O direito à moradia, reconhecido no plano interno de forma expressa pelo texto constitucional de 1988, em seu artigo 6º, e, no plano internacional, em diversos documentos, é mais do que o direito a um local físico que proporcione proteção, é o direito à moradia adequada em um lugar em que se possa viver em paz, com dignidade, saúde e sem o receio de sofrer remoção, ameaças indevidas ou inesperadas.

O presente artigo procura, de forma sucinta, apresentar o direito à moradia, não sob o enfoque marcadamente individualista, voltado ao direito à propriedade, mas sob o enfoque social, enfatizando tratar-se o direito à moradia de direito fundamental social, que se liga diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Serão apresentados alguns instrumentos previstos no ordenamento jurídico que visam à solução de conflitos que envolvam o direito à moradia, demonstrando o importante papel que Defensoria Pública pode desempenhar na busca pela pacificação dos conflitos fundiários.

Por fim, foram colacionados alguns Procedimentos para Apuração de Danos Coletivos (PADAC's) em que houve a ativa participação do Núcleo da Defesa Agrária e Moradia da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

2 DIREITO À MORADIA

O direito à moradia foi alçado à condição de direito fundamental de forma expressa na Constituição Federal de 1988, no ano de 2000, por meio da Emenda Constitucional n. 26.

Entretanto, verifica-se que não se trata de um “novo direito”, pois, no próprio texto constitucional já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos. No artigo 5º, inciso XXIII, quando menciona que a propriedade atenderá a sua função social; no artigo 7º, inciso IV, ao dispor que o salário mínimo, direito do trabalhador, deve ser capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e as de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social; no artigo 23, inciso, IX ao dispor que é

competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; no artigo 170, inciso III, quando menciona que a ordem econômica observará o princípio da função social da propriedade; no artigo 182, parágrafo 2º, ao referir acerca da função social da propriedade urbana; nos artigos 183 e 191 que tratam, respectivamente, da usucapião especial constitucional urbana e rural ao exigir como um dos requisitos a moradia.³

Importa mencionar a observação de Ingo Sarlet⁴, para quem:

Sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade.

Há que se ter presente que o direito à moradia se entrelaça, de forma íntima e indissociável, à dignidade da pessoa humana. De fato, não há como assegurar dignidade a alguém, sem um lugar adequado para se proteger contra as intempéries, sem um local para desfrutar de sua privacidade e intimidade, sem um espaço com um mínimo de saúde e bem-estar.⁵

Conforme Sarlet⁶, em definição ímpar, tem-se por dignidade da pessoa humana:

³SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, 20 ed., out./dez., ano 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/o-direito-fundamental-a-moradia-na-constituicao-algumas-anotacoes-a-respeito-de-seu-contexto-conteudo-e-possivel-eficacia>. Acesso em 19 de julho de 2014.

⁴*Ibidem*.

⁵SARLET, O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, 2009.

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste 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 propiciar 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.

Destarte, a moradia integra a essência do ser humano - para que possa ser o que é; sobreviver; e, se adaptar ao ambiente que o circunda - sem ela o exercício de outros direitos, como o direito à vida e à liberdade, não será de forma plena.⁷

Importante referir que o direito à moradia – direito social fundamental - caracteriza-se por sua aplicabilidade imediata, por força do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Cabe referir que se adota a posição segundo a qual o direito à moradia vincula de forma direta não apenas órgãos estatais, mas também particulares.

No tocante ao conteúdo mínimo do direito fundamental à moradia, diante do silêncio constitucional, devem ser observados os tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil.⁸

Ressalta-se que o presente artigo adota a posição doutrinária⁹, e também, institucional, adotada pela Defensoria Pública do Estado do Rio

⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73.

⁷SOUZA, Sergio Iglesias N. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade**. 3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013, p. 130-133.

⁸SARLET, *op.cit.*, 2009.

⁹PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.108.

Grande do Sul¹⁰, hoje minoritária, segundo a qual os direitos previstos em tratados e documentos internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil faça parte têm natureza de norma constitucional, forte no artigo 5º, parágrafo segundo, do texto constitucional.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), internalizado pelo Brasil no ano de 1992, dispõe em seu artigo 11.1:

Artigo 11 – 1. Os Estados-parte no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-parte tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Em que pese o artigo 2.1, do PIDESC dispor que os Estados-Partes se comprometem a assegurar, progressivamente, o exercício dos direitos reconhecidos no Pacto, registre-se a proibição do retrocesso social e da inação ou omissão estatal. Nesse sentido, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem enfatizado o dever dos Estados-Partes assegurar, ao menos o núcleo essencial mínimo, relativamente a cada direito econômico, social e cultural enunciado no Pacto.¹¹

O Comentário Geral n. 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais procura interpretar o artigo 11.1, do PIDESC. Destacam-se os seguintes itens¹²:

¹⁰**Enunciado n.05 do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos:** “Os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n.45/2009 possuem hierarquia constitucional, ainda que não aprovados nos moldes do §3º do art.5º da Constituição Federal/88”.

¹¹PIOVESAN, 2012, p.245-246.

7. Segundo o ponto de vista do Comitê, o direito à habitação não deveria ser interpretado em um sentido estreito ou restrito que equipara com, por exemplo, o abrigo provido meramente de um teto sobre a cabeça dos indivíduos, ou julga o abrigo exclusivamente como uma mercadoria. Diferentemente, isso deveria ser visto mais propriamente como um direito a viver, onde quer que seja, com segurança, paz e dignidade. (...) A referência no artigo 11(1) deve ser lida referindo-se não apenas à habitação, mas à habitação adequada. (...)

8. Assim, a concepção de adequação é particularmente significativa em relação ao direito à habitação, desde que sirva para realçar um número de fatores que devem ser levados em consideração para constituir 'habitação adequada', pelos propósitos da Convenção. Enquanto a adequação é determinada em parte por fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos e outros fatores, o Comitê acredita, contudo, que é possível identificar certos aspectos do direito que devem ser levados em consideração para este propósito em qualquer contexto particular. Eles incluem os seguintes:

Segurança legal de posse. (...).

Disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura. (...).

Custo acessível. (...).

Habitabilidade. (...).

Acessibilidade. (...).

Localização. (...).

Adequação cultural. (...).

Referidas diretrizes, não são exaustivas e acabam por afastar qualquer interpretação restritiva no sentido de que um direito à moradia digna seria apenas um “teto sobre a cabeça” ou “espaço físico” para viver.¹³

¹²BRASIL. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República. Por uma cultura de direitos humanos: direito à moradia adequada. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos e Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225430por.pdf>. Acesso em 19 de julho de 2014.

¹³SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do supremo tribunal federal. **Revista Eletrônica Anima**, v.1., p. 291-335, ano 2009. Disponível em: http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf. Acesso em 19 de julho de 2014.

Do exposto, tem-se que o conceito de moradia abrange o direito a viver, onde quer que seja, com segurança, paz e dignidade, sendo dever do Estado assegurar, respeitar e proteger o direito à moradia digna.

3 OCUPAÇÕES COLETIVAS

Invasão e ocupação são vocábulos com significados diversos. Invasão é o esbulho possessório através do ilícito recurso à força como forma de acesso a bens jurídicos. Por sua vez, a ocupação ocorre com o ingresso em bens abandonados pelo proprietário, destituídos de função social.¹⁴

Os fatos ocupação ou invasão podem dar origem aos assentamentos precários, que são o conjunto de assentamentos urbanos inadequados ocupados por moradores de baixa renda, caracterizados pela precariedade das condições de moradia (irregularidade fundiária, ausência de infraestrutura de saneamento ambiental; localização em áreas mal servidas por sistema de transporte e equipamentos sociais; insalubridades...). São exemplos: cortiços, loteamentos irregulares de periferia, favelas, conjuntos habitacionais degradados.¹⁵

A precariedade habitacional tem origem, em especial, na segunda metade do século XIX, com a definição das garantias legais para a propriedade privada da terra (1850), abolição da escravatura (1888) e início do primeiro movimento migratório de trabalhadores rurais para as cidades.¹⁶

¹⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.75.

¹⁵BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional das Cidades. **Guia para o mapeamento e caracterização de assentamentos precários**. Brasília, 2010.

¹⁶*Ibidem*.

Até 1930 predominava a ideia de que, numa economia de mercado, a provisão habitacional deveria resolver-se no âmbito da iniciativa privada. O cortiço surgiu como a principal resposta às demandas habitacionais do proletariado. O superadensamento e insalubridade – vistos como ameaça de epidemias – levaram às primeiras ações de remoção maciça de moradias populares das áreas urbanas centrais.¹⁷

Surgiram, assim, as primeiras favelas, nas cidades do Rio de Janeiro e Recife, associadas à destruição de grande número de cortiços. O termo “favela” passou a designar habitação popular na qual a precariedade estrutural associa-se à precariedade da posse, decorrente da ocupação de terrenos públicos ou privados e de áreas inadequadas à urbanização.¹⁸

Na década de 40, diante do crescimento das reivindicações pelo aumento da oferta de moradias, o governo passou a interferir no mercado de alugueis, por meio do tabelamento de preços e controle de despejos. O efeito foi o desaparecimento dos empreendimentos privados destinados ao aluguel residencial e o agravamento da crise habitacional, ao mesmo tempo em que se afirmava o modelo da casa própria. Quanto às famílias de baixa renda, o modelo adotado resultou em loteamentos irregulares de periferia e na autoconstrução da casa própria, sem qualquer infraestrutura. Por sua vez, os municípios editavam leis urbanísticas não aplicáveis aos loteamentos irregulares e o estado omitia-se quanto à situação.¹⁹

Em 1964, com a criação do Banco Nacional da Habitação (BNH) e do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), surgiu a primeira iniciativa do

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

governo brasileiro destinado a enfrentar a questão habitacional por meio de uma política nacional. Os objetivos eram: oferecer resposta às reivindicações e criar uma política permanente de financiamento.²⁰

Entretanto, os financiamentos não alcançavam os grupos de menor renda, que continuavam promovendo o crescimento de favelas e de loteamentos precários.²¹

Os programas populares financiados por meio das Companhias de Habitação (COHAB's) – que foram criadas para atuar como agentes promotores para o segmento de baixa renda – além de insuficientes e inadequados – caracterizaram-se pela produção de enormes conjuntos nas periferias das grandes cidades não dotados de infraestrutura urbana.

22

Em 1979 foi aprovada a Lei n. 6.766, que disciplina o parcelamento do solo urbano. A prática que vigorava - anistia da irregularidade urbanística e gradual urbanização das áreas loteadas - foi substituída pela necessidade de atendimento para fins de regularização das mesmas condições estabelecidas para a aprovação de loteamentos urbanos. Considerando que, na maioria dos casos, os loteamentos irregulares não atendiam às exigências da nova lei, seus efeitos foram os de prolongar a situação de precariedade e contribuir para o crescimento das favelas.²³

No ano de 1984, iniciou-se uma articulação nacional das lutas por moradia e pelo direito à cidade, que convergiu para a organização do Movimento Nacional de Reforma Urbana. O que resultou, em 1988, na

²⁰BRASIL, **Guia para o mapeamento e caracterização de assentamentos precários**, 2010.

²¹*Ibidem*.

²²*Ibidem*.

²³*Ibidem*.

aprovação do capítulo de política urbana da Constituição de 1988. A maior parte dos instrumentos, todavia, exigia regulamentação.²⁴

A aprovação do Estatuto das Cidades (Lei n.10.257), da Medida Provisória 2.220, em 2001, e da Lei n. 11.977, em 2009, definiu importantes avanços para a institucionalização de uma política nacional de urbanização e regularização fundiária dos assentamentos precários.²⁵

Por fim, importante observar os dados constantes no recente “Censo Demográfico 2010: aglomerados subnormais”, confeccionado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE)²⁶:



Tabela 1 - Domicílios particulares ocupados e população residente em domicílios particulares ocupados, total e em aglomerados subnormais, e número de aglomerados subnormais, segundo as Grandes Regiões, as Unidades da Federação e os municípios - 2010

(continua)

Grandes Regiões, Unidades da Federação e municípios	Domicílios particulares ocupados		População residente em domicílios particulares ocupados		Número de aglomerados subnormais
	Total	Em aglomerados subnormais	Total	Em aglomerados subnormais	
Brasil	57 427 999	3 224 529	190 072 903	11 425 644	6 329

Segundo o IBGE²⁷, aglomerado subnormal é um conjunto constituído de, no mínimo, cinquenta e uma unidades habitacionais (barracos, casas, etc.) carentes, em sua maioria de serviços públicos essenciais, ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular) e estando dispostas, em geral, de forma desordenada e/ou densa.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). **Censo demográfico 2010: aglomerados subnormais**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/552/cd_2010_agsn_if.pdf Acesso em 19 de julho de 2014.

²⁷ *Ibidem*.

Por conseguinte, constata-se, conforme apontam os dados, que o acesso à moradia continua sendo um dos grandes problemas no Brasil, que merece especial atenção na busca por soluções que o assegurem e façam prevalecer a dignidade da pessoa humana.

4 DESPEJOS FORÇADOS E O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Segundo o Comentário Geral n. 7 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁸, que trata sobre o direito à moradia adequada e os despejos forçados:

El término 'desalojos forzosos' se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Inicialmente, tem-se que o despejo forçado de famílias ou comunidades do espaço que ocupam sem disponibilizar formas adequadas de proteção constitui grave violação dos direitos humanos. Cabe ao Estado assumir a responsabilidade e assegurar o efetivo acesso à moradia, conforme determina o texto constitucional em seu artigo 6º. A retirada pode ocorrer em virtude de obras de infraestrutura e urbanização que, em geral, têm como consequência o desalojamento e a transferência de pessoas, famílias e comunidades.²⁹

²⁸ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Alto Comissariado para os Direitos Humanos. **Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos**. v.1. Genebra, 2008. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement>. Acesso em 19 de julho de 2014.

²⁹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatoria Especial da ONU para a

Da mesma forma, pode fundar-se na defesa do direito de propriedade, sem uma vinculação específica, como ocorre na hipótese anterior.

Importa referir que, tradicionalmente, a propriedade era classificada como um direito subjetivo perpétuo e, conseqüentemente, só se constatava a perda da pretensão do proprietário em recuperar o bem pela própria perda do direito subjetivo de propriedade, em razão da aquisição de domínio pelo usucapiente.³⁰

Eventualmente, o ato de invasão ou de ocupação culmina por despertar a reação do proprietário, titular do direito real oponível *erga omnes*, que tem a seu favor duas pretensões: ou ajuizará a ação reivindicatória ou optará pela via possessória.³¹

Para Humberto Theodoro Júnior³², os requisitos para concessão da liminar nos interditos possessórios são os seguintes: a posse do autor, a turbação ou o esbulho atribuído aos réus e a data em que se deu a moléstia à posse (intentados dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho), nos termos do artigo 927 do Código de Processo Civil. Assim, reunidos os pressupostos da medida, todos de caráter objetivo, não haveria escolha ao juiz, vinculando-se o magistrado à lei e aos fatos provados.

Entretanto, conforme a doutrina de Cristiano Chaves de Farias³³, nas ocupações: “(...) o conflito é social e a ordem normativa processual é insuficiente, pois, atrás do litígio, há uma tensão entre direitos

moradia adequada. [Guia: como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções?](#). 2010. Disponível em: <http://direitoamoradia.org/?cat=539&lang=pt&temas=remocoes-forcadas>. Acesso em 19 de julho de 2014.

³⁰FARIAS, 2011, p.76.

³¹*Ibidem*, p.75.

³²THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: procedimentos especiais**. v.3. 45. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 121-122.

³³FARIAS, 2011, p.75.

fundamentais existenciais (acesso à moradia e ao trabalho) e patrimoniais (valor econômico do bem para o proprietário)”.³⁴

Dessarte, não há como se furtar, no caso, à ponderação de direitos fundamentais. Inexistem direitos absolutos, o conflito se resolve no caso concreto se utilizando do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é um instrumento de controle de atos comissivos ou omissivos por parte dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de particulares. Segundo a doutrina, apresenta duas faces: a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente.³⁴

Uma das hipóteses mais correntes da aplicação desse princípio é na proibição do excesso, que ocorre nos casos em que o Estado atua de forma positiva, intervindo tanto de forma preventiva quanto repressiva, inclusive nos casos de agressões oriundas de particulares, afetando de forma desproporcional outro direito fundamental de quaisquer titulares – inclusive daquele que viola direito fundamental de outrem. Desdobra-se em três elementos: adequação ou conformidade; necessidade ou exigibilidade; e, proporcionalidade em sentido estrito.³⁵

A adequação ou conformidade é vista no sentido de um controle de viabilidade, exige a demonstração de que é possível alcançar o fim almejado por aquele determinado meio. Quanto à necessidade ou exigibilidade, esta exige que a opção acolhida represente o meio restritivo menos gravoso para o direito objeto de restrição. Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito exige a manutenção de um equilíbrio, analisando-se de forma comparativa os meios utilizados e os fins colimados.³⁶

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Leopoldo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

A outra hipótese de aplicação do princípio da proporcionalidade, denominada exigência da proibição de insuficiência, verifica-se quando o Estado se omite ou atua de forma insuficiente no cumprimento de seus deveres de proteção. Aplica-se, em termos gerais, a mesma análise trifásica aplicada no âmbito da proibição do excesso.³⁷

Por todo o exposto, constata-se que no conflito entre a propriedade – de caráter patrimonial e de ordem privada – e o direito de acesso à moradia e à subsistência de caráter extrapatrimonial e de ordem pública, prevalecerá este último, em homenagem à dignidade da pessoa humana.³⁸

Dessa forma, conforme dispõe a Organização das Nações Unidas, em seu “Guia: Como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções?”³⁹, não importa a forma legal da ocupação, as pessoas devem receber proteção mesmo que a casa ou terra onde vivam não lhes pertença.

Logo, o Estado, em obediência ao princípio da proporcionalidade, tem o dever de evitar remoções desnecessárias e de respeitar os direitos das comunidades que tiverem que ser removidas, bem como a responsabilidade de proteger a comunidade contra despejos forçados que sejam realizados por terceiros.

Por conseguinte, somente se admite remoções caso comprovadamente necessárias, como, por exemplo, na hipótese de indivíduos que vivam em área sujeita a desabamentos e inundações iminentes, desde que seja assegurado integralmente pelo poder público o direito à moradia digna em local diverso.

³⁷MARINONI, 2014.

³⁸FARIAS, 2011, p.75.

³⁹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), Guia: como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções?, 2010.

5 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA E OS INSTRUMENTOS UTILIZADOS PARA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS

Saule e Cardoso⁴⁰ destacam as principais diretrizes contidas nas normas internacionais, que devem ser adotadas pelas autoridades brasileiras para assegurar o direito à moradia, visando, principalmente, a solução pacífica das situações de conflito:

- a) Reconhecer os grupos vulneráveis como titulares do direito à moradia (sem quaisquer discriminações) e do direito a políticas públicas específicas, bem como serem incluídos como beneficiários e agentes de qualquer projeto de desenvolvimento;
- b) Democratizar o acesso à terra e à propriedade, regulando as atividades do setor privado e criando instrumentos jurídicos e urbanísticos de regularização fundiária;
- c) Assegurar o direito à participação efetiva da população atingida, o que abrange o direito à informação e à consulta;
- d) Disponibilizar proteção legal às pessoas afetadas pelas ações de despejo forçado, a fim de que possam resguardar os seus direitos como a vida, integridade física e preservação de seus bens e valores pessoais;
- e) Adotar as seguintes medidas na hipótese excepcional de ocorrência de despejos forçados, forte no item 14 do Comentário Geral n. 7 do Comitê dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais das Nações Unidas:
 - I. Antes de realizar qualquer despejo forçado explorar todas as alternativas possíveis, consultando as pessoas afetadas, a

⁴⁰SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O direito à moradia no Brasil: violações, práticas positivas e recomendações ao governo brasileiro**. São Paulo: Instituto Pólis, 2005. Disponível em: <http://www.polis.org.br/uploads/911/911.pdf>
Acesso em 19 de julho de 2014.

fim de evitar ou de minimizar o uso da força ou ainda impedir o despejo;

- II. Assegurar às pessoas afetadas pelo despejo a utilização dos remédios legais como o direito de defesa e recurso das decisões judiciais;
 - III. Assegurar o direito à indenização adequada, referente aos bens pessoais ou reais de que foram privados;
 - IV. Garantir a proteção processual das pessoas afetadas – possibilitando o direito de defesa; a concessão de um prazo razoável para notificar as pessoas afetadas quanto à data prevista para o despejo; identificação exata de todas as pessoas que serão atingidas; a oferta de remédios jurídicos; a prestação de assistência jurídica sempre que possível às pessoas que necessitem; ter locais apropriados para a guarda dos bens e utensílios pessoais das pessoas que serão despejadas; oferta de abrigos.
- f) Respeitar as populações tradicionais e seus modos de vida.

Nesse cenário, a Defensoria Pública tem fundamental importância. Trata-se de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, conforme o texto constitucional em seu artigo 134, alterado em razão da Emenda Constitucional n. 80 de 2014.

Segundo o artigo 4º, da Lei Complementar 84 de 1990, são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os

graus; promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor; promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Verifica-se, pois, que a assistência integral não abrange apenas o esgotamento das instâncias administrativas e judiciais, em caráter reativo e atomizado, quando o dano já ocorreu ou está na iminência de acontecer; mas também, através da atuação preventiva, por meio da educação em direitos, difundindo o conceito de direito à moradia adequada, e, na elaboração, monitoramento e avaliação das políticas públicas.⁴¹

A seguir, destacam-se alguns instrumentos que têm por objetivo assegurar o efetivo direito à moradia.

5.1 MEDIAÇÃO

Primeiramente, é importante estabelecer um conceito de conflitos fundiários. Estes se caracterizam na disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano ou rural e nos casos de impacto de empreendimentos

⁴¹SOUZA, Jairo Salvador. Direito à Moradia, remoções forçadas e a atuação da Defensoria Pública na construção de esferas de defesa. In: RÉ, Aluísio Lunes M.R. (Org.). **Temas aprofundados**: Defensoria Pública. Salvador: Juspodwm, 2013.

públicos e privados, abrangendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado.⁴²

A mediação, por sua vez, conforme Didier⁴³:

(...) É uma técnica não-estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contentores e tenta conduzi-los à solução autocomposta. O mediador é um profissional qualificado que tenta fazer com que os próprios litigantes descubram as causas do problema e tentem resolvê-las.

Trata-se, pois, de um meio de resolução de conflitos fundiários que busca a solução pacífica, envolvendo as partes afetadas no conflito, instituições e órgãos públicos e entidades da sociedade civil, a fim de assegurar o direito à moradia digna e adequada, sem que haja a violação dos direitos humanos.⁴⁴

Além disso, a mediação permite a participação direta da comunidade envolvida, evita a judicialização, reduz custos e o tempo na resolução dos conflitos.

Segundo o artigo 4º, da Lei Complementar 80 de 1994, é função institucional da Defensoria Pública promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando a composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos.

Importante referir, a fim de demonstrar a relevância da resolução extrajudicial de conflitos fundiários, que, em junho de 2014, foi publicada a Portaria Interministerial n. 17 que instituiu a Comissão Intersetorial de

⁴²BRASIL. Ministério da Justiça. Secretária de Reforma do Judiciário. **Estudo sobre atuação da justiça nos conflitos fundiários urbanos**. Brasília, 2013.

⁴³DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1. 12. ed. Salvador: Jus Podwin, 2011, p.94.

⁴⁴BRASIL, *op.cit.*

Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos, integrada por representantes do Ministério das Cidades; Ministério da Justiça; Secretaria-Geral da Presidência da República; e Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que tem por objetivo construir soluções pacíficas para conflitos urbanos que envolvam famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis ou que envolvam a garantia da gestão democrática da cidade, visando assegurar o direito à moradia digna e adequada, o acesso à terra urbanizada regularizada e a promoção dos direitos humanos.

A competência da Comissão abrange manter o diálogo com as comunidades envolvidas e os movimentos sociais de moradia nas negociações; estimular o diálogo e a negociação entre os órgãos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal e a sociedade civil organizada, com o objetivo de alcançar soluções pacíficas nos conflitos fundiários urbanos; sugerir medidas para assegurar que, no cumprimento das decisões judiciais, sejam respeitados os direitos humanos e sociais dos envolvidos nos conflitos fundiários.

Com o mesmo objetivo a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul criou em 2013, por intermédio da Resolução DPGE n. 12/2013, a Câmara de Autocomposição (CAU-DPE), que tem por competência solucionar conflitos de forma alternativa à judicialização, assistindo as negociações a fim de afastar as partes envolvidas da concepção de oponentes, colocando-as na posição de contribuintes para a solução pacífica da lide. No desempenho de suas atribuições, a Câmara poderá utilizar técnicas de composição e de administração de conflitos, como por exemplo, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

5.2 LEGITIMAÇÃO DE POSSE

Conforme dispõe o artigo 46 da Lei n. 11.977 de 2009:

A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A regularização enfrenta questões que envolvem, normalmente, dois tipos de irregularidade fundiária: a dominial, que ocorre quando o possuidor ocupa uma terra pública ou privada, sem qualquer título; e, urbanística e ambiental, quando o parcelamento não estiver de acordo com a legislação urbanística e ambiental, bem como não houve o devido licenciamento.⁴⁵

A Lei n. 11.977 de 2009 apresenta três modalidades de regularização fundiária: a) regularização fundiária de interesse social; b) regularização fundiária de interesse específico; e, c) regularização fundiária inominada ou de antigos loteamentos.⁴⁶

A regularização fundiária de interesse social, conforme o artigo 47, inciso VII, abrange assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos seguintes casos: área ocupada, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos; em imóveis situados em Zonas Especiais de Interesse Social - ZEIS; ou de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

⁴⁵BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação e Secretaria Nacional de Programas Urbanos. **Regularização fundiária urbana**: como aplicar a Lei federal nº 11.977/2009. Brasília, 2010.

⁴⁶PAIVA, João Pedro Lamana. **Coleção de cadernos nº 5: Regularização Fundiária de Interesse Social**. 1.ed. IRIB: São Paulo. 2012. Disponível em: http://www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/Regularizacao_Fundiaria_IRIB.pdf. Acesso em 19 de julho de 2014.

Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

Conforme João Pedro Lamana Paiva⁴⁷:

O processo de regularização fundiária, visando à regularização jurídica da propriedade imobiliária informal, é recentíssimo e sui generis na ordem jurídica do País, porque é a única hipótese, fora da via judicial, de formação de um título de propriedade para imóveis, fundado na posse prolongada, culminando com a aquisição da propriedade imobiliária por meio do usucapião. Para isso, opera-se a conversão do título de posse em título de propriedade. Assim, há, inicialmente, a formação de um título de posse, chamado de título de legitimação de posse, emitido pelo poder público (constituído a partir da averbação inicial do auto de demarcação urbanística e demais providências previstas em lei), o qual, depois de registrado e de transcorrido o prazo do usucapião, será convertido em título de propriedade plena, por ato do oficial do Registro de Imóveis, a requerimento do interessado, que deverá produzir a prova exigida em lei para a concessão da conversão.

A legitimação de posse é, pois, um instrumento que reconhece a situação fática - posse mansa e pacífica de uma área por moradores que não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural - de áreas objeto de demarcação urbanística. Um dos objetivos é conceder publicidade à posse identificada e qualificada através de um título de legitimação de posse, emitido pelo poder público, aos moradores cadastrados.⁴⁸

Em áreas públicas, a legitimação pode facilitar a instrução de pedidos de concessão de uso para fins de moradia ou de outros instrumentos. Se realizada em áreas privadas, possibilita a aquisição da propriedade por meio da usucapião administrativa.⁴⁹

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ BRASIL, **Regularização fundiária urbana**: como aplicar a Lei federal nº 11.977/2009, 2010.

⁴⁹ *Ibidem*.

Importante mencionar que a Lei n. 11.977 de 2009, em seu artigo 54, parágrafo 1º, estabelece a relevante hipótese de regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente (APP), por meio de decisão fundamentada do órgão ambiental competente.

Dispõe o artigo 60 que, sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do artigo 183 da Constituição Federal.

Por sua vez, a regularização fundiária de interesse específico, cujos requisitos encontram-se no artigo 51 da Lei n. 11.977 de 2009, envolve assentamentos irregulares não enquadrados como de interesse social. Assim, não podem ser utilizados os instrumentos e mecanismos definidos para os casos de regularização fundiária de interesse social, como a demarcação urbanística e a legitimação de posse.⁵⁰

Já a regularização fundiária inominada ou de antigos loteamentos, prevista no artigo 71, destina-se à regularização do registro de parcelamento de loteamentos implantados de acordo com a legislação anterior à atual Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766 de 1979).

5.3 USUCAPIÃO

Segundo a doutrina, a usucapião é modo de aquisição originário da propriedade, bem como de outros direitos reais, decorrente da posse prolongada, preenchidos os demais requisitos legais. O proprietário

⁵⁰ *Ibidem*.

desidioso deve ser privado da coisa em favor de quem, tendo a posse prolongada do bem, deseja consolidar e pacificar a sua situação⁵¹

Existem várias modalidades de usucapião previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

A usucapião extraordinária está prevista no artigo 1.238 do Código Civil, estabelecendo que a posse exercida com *animus domini*, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, faz com que o possuidor adquira a propriedade, independentemente de título e boa-fé. O parágrafo único do artigo menciona que o prazo é reduzido para dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

A usucapião ordinária definida no artigo 1.242 do Código Civil é aquela que o possuidor adquire a propriedade do imóvel quando contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir com *animus domini* pelo prazo de dez anos ou de cinco anos, exigindo-se neste último que o imóvel tenha sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente e que os possuidores nele tenham estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Para o reconhecimento da usucapião especial urbana, prevista no texto constitucional no artigo 183 e no artigo 1.240 do Código Civil, exige-se que o possuidor tenha como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O artigo 1.240-A, inserido no Código Civil pela Lei n. 12.424 de 2011, acrescentou uma nova modalidade de usucapião, segundo a qual

⁵¹FARIAS, 2011, p.321-322.

aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquire o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Importante mencionar que a interpretação do referido artigo é objeto de intensa discussão doutrinária e jurisprudência quanto ao seu alcance.

A usucapião urbana coletiva encontra-se disciplinada no artigo 10 do Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/2001), segundo o qual as áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, podem ser usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho⁵², esta espécie de usucapião representa um mecanismo de política urbana que proporciona a regularização fundiária da propriedade urbana e beneficia comunidades de baixa renda. Em suas palavras: “(...) tem natureza de usucapião especial instituído como instrumento de política urbana e de justiça social”.

Por fim, a usucapião rural encontra-se disposta no texto constitucional, no artigo 191, configurando-se quando o possuidor, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, tenha como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou

⁵²CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 170.

de sua família, tendo nela sua moradia.

5.4 CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA (CUEM)

A Medida Provisória n. 2.220, de 2001, regulamentando o artigo 183, parágrafo 1º, da Constituição Federal, dispõe acerca da concessão de uso especial.

Trata-se de instrumento que se relaciona diretamente ao cumprimento da função social da propriedade, reconhecendo direito subjetivo ao particular, mediante ato administrativo vinculado. Assim, preenchidos os requisitos não há margem de escolha quanto aos critérios de oportunidade e conveniência.⁵³

Conforme o artigo 1º da Medida Provisória, aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Além disso, a concessão também pode ser concedida de forma coletiva, conforme dispõe o artigo 2º.

Adota-se o entendimento, encampado, inclusive, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Tese Institucional n. 01 de 2008, segundo o qual é inconstitucional o limite temporal estabelecido para Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, pois, injustificadamente restringe o acesso à moradia, o texto constitucional

⁵³FARIAS, 2011, p. 668-669.

não faz essa restrição, e, acaba por admitir o descumprimento da função social da propriedade.

5.5 DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação é uma forma de intervenção do Estado na propriedade, que resulta na transferência do patrimônio particular para o estatal. Está prevista no texto constitucional, no artigo 5º, inciso XXIV. Trata-se, pois, de um processo em que são praticados atos e exercidas atividades cuja finalidade é transferir o bem privado para o patrimônio do expropriante. Apresenta várias modalidades: a desapropriação comum, a sancionatória e a confiscatória.⁵⁴

No artigo 5º, inciso XXIV, encontra-se a modalidade de desapropriação comum, que terá por fundamento: a necessidade, a utilidade pública, reguladas pela Lei n. 3.365 de 1941, e, o interesse social, regulado pela Lei n. 4.132 de 1962. Ressalta-se que a indenização deverá ser prévia, justa e em dinheiro.

Por sua vez, a desapropriação sancionatória está prevista no artigo 182, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, que faculta ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e, desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos.

⁵⁴CARVALHO FILHO, 2013, p.133.

Já o artigo 184 do texto constitucional prevê a desapropriação rural que visa promover a reforma agrária, através de imóvel rural que não cumpra sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária.

Por fim, a Constituição prevê a desapropriação confiscatória no artigo 243, alterado recentemente por meio da Emenda Constitucional n. 81 de 2014, segundo o qual as propriedades rurais e urbanas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

6 PROCEDIMENTOS PARA APURAÇÃO DE DANOS COLETIVOS - PADAC'S - INSTAURADOS PELO NÚCLEO DE DEFESA AGRÁRIA E DA MORADIA NA DEFENSORIA PÚBLICA – RS⁵⁵

6.1 PADAC Nº 001.2013.007 - VILA TRONCO

Instaurado em 18.11.2013. Em 03.05.2013 em visita *in loco* o NUDEAM passou a acompanhar o caso. Trata-se de remoção de mais de seis mil pessoas, 1.589 famílias, em razão de obras na Avenida Tronco, em Porto Alegre – RS. Algumas com título de propriedade, cujos imóveis foram declarados, pelo Município, de utilidade pública, para fins de desapropriação, visando à execução do projeto viário Eixo/Divisa/Tronco/Teresópolis. Mas, a maioria delas, apenas com direito

⁵⁵Criado pela Resolução CSDPE n. 08/2013, com competência para ações e atividades relativas ao âmbito material e processual do direito no tocante a conflitos agrários e à moradia.

de posse, decorrendo daí os mais gravosos problemas. O Município apresentou o seguinte planejamento, dependendo da opção do morador: reassentamento, através da outorga de moradias em unidades habitacionais promovidas pelo Programa Minha Casa Minha Vida, sendo que até a conclusão da obra o morador receberia aluguel social; bônus moradia, consistente no pagamento pelo Município de um valor previamente fixado; e, indenização, caso o valor atribuído ao imóvel ultrapasse o do bônus moradia. O NUDEAM foi procurado por diversas pessoas, que alegaram falta de orientação; demora nos procedimentos administrativos, que ficaram a cargo do DEMHAB (Departamento Municipal de Habitação); bem como, o atraso no pagamento do aluguel social e do bônus moradia. Realizadas articulações a fim de que houvesse maiores esclarecimentos aos moradores, inclusive através da distribuição de boletins informativos, enfatizando que o bônus social é opcional. A Defensoria acompanha o caso, com foco no atendimento individual.

6.2 PADAC nº 3418-30000/13-1 – DUPLICAÇÃO DA ERS 118 (ESTADO DO RS)

Instaurado em 03.10.2013. Trata-se de faixa de domínio pertencente ao Departamento Autônomo de Estradas e Rodagem (DAER), ocupada por mais de mil pessoas. O DAER ajuizou ação de reintegração de posse, cuja alegação consistia no fato da ocupação se localizar em área de domínio da ERS 118, sendo necessária a remoção das famílias para o prosseguimento da duplicação. O acompanhamento do caso pelo NUDEAM se deu a partir do dia 25.04.2013, quando tomou conhecimento da ação de reintegração de posse, cuja liminar havia sido

deferida, fixando o prazo de vinte dias para que as famílias, que ali moravam há vários anos, desocupassem o local. A partir de então o NUDEAM tem participado ativamente das discussões, bem como fiscalizado o cumprimento do termo de cooperação firmado entre o Estado e os municípios (Cachoeirinha, Esteio, Gravataí e Sapucaia do Sul), o qual prevê a outorga de moradia aos habitantes das margens da rodovia, em unidades habitacionais promovidas pelo Programa Minha Casa Minha Vida, sendo que aqueles, cujas casas ainda não estiverem prontas, receberão inicialmente aluguel social. A Defensoria acompanha o caso, havendo compromisso do Estado de que o benefício do aluguel social será prorrogado enquanto persistirem as condições sob as quais foi deferido.

6.3 EXPEDIENTE - OCUPAÇÃO LEONARDO ILHA (PASSO FUNDO)

Área privada, ocupada desde 2012, por cento e oitenta famílias, aproximadamente quinhentas pessoas. A Defensoria passou a atuar no caso com o objetivo de dilatar o prazo para desocupação, o que foi obtido por meio de sua legitimação extraordinária. Com a suspensão do cumprimento da reintegração, foi possível a mediação do conflito quanto à realocação da comunidade em áreas do município. Após vários meses de mediação e diversos pedidos de suspensão da ordem de reintegração, foi obtido acordo pelo qual o Município disponibilizou área para realocação, concluídos, posteriormente, serviços de extensão de redes de água e luz, na nova área, denominada “Loteamento Parque do Sol”.

6.4 PADAC nº 001.2014.013 - OCUPAÇÃO SARAÍ

Instaurado em 31.03.2014. O imóvel se localiza na região central de Porto Alegre, ocupado por trinta e duas famílias. A Defensoria Pública passou a acompanhar o caso a partir de convite para audiência pública, realizada na Assembleia Legislativa, que tratou, dentre outros temas, o da ocupação. Afirmou-se na Audiência que o imóvel não cumpre sua função social, pois se trata de objeto de especulação imobiliária. Além de viverem em imóvel em péssimas condições, referiu-se que os moradores sofrem constantes ações invasivas por parte da Polícia Militar. Os proprietários moveram ação de reintegração de posse contra o Movimento Nacional de Lutas pela Moradia (MNLM), cuja liminar foi deferida. Posteriormente, após diversas articulações, bem como a criação de um Grupo de Trabalho com participação da Defensoria Pública, PGE, OAB, CCDH, SEHABS, foi concedido o prazo para a construção de alternativas que garantissem o acesso à moradia das pessoas. No dia 04 de julho de 2014, foi publicado o Decreto n. 51.613, que declarou o imóvel Saraf – entre a Rua Caldas Junior e a Avenida Mauá, no centro de Porto Alegre – como bem de interesse social para fins de desapropriação, inserindo-o nas políticas de habitação social do Estado.

6.5 PADAC nº 001.2014.010 – OCUPAÇÃO FERNANDO WAGNER (PORTO ALEGRE - RS)

Instaurado em 11.02.2014. Refere-se à área pública, ocupada por 104 famílias, em torno de 312 pessoas. Proposta ação de reintegração de posse pelo Departamento Municipal de Habitação (DEMHAB), alegando, em síntese, que a área é destinada à construção de escola e

de posto de saúde. O pedido de liminar foi deferido, entretanto, a decisão suspensa, ante a firmação de acordo, no qual ficou estabelecida a desocupação no prazo de quatorze meses, a necessidade de constituição de uma cooperativa e posterior inclusão dos ocupantes em projetos para aquisição da moradia. A área foi instituída por AEIS (Área Especial de Interesse Social). Em 24.09.2013, o NUDEAM passa a acompanhar o caso. Foram realizadas diversas tratativas entre o Poder Público, moradores, Ministério Público, com a participação da Defensoria Pública, avançou-se no sentido de um futuro acordo com a desafetação da área ocupada com permuta por outra ou a realocação dessas pessoas para área que se encontra próxima do local ocupado. Em razão disso, em 16.05.2014 o processo foi suspenso novamente.

6.6 PADAC nº001.2013.001 – COMUNIDADE QUINTA DO PORTAL

Trata-se de área localizada no município de Porto Alegre, ocupada por aproximadamente seis mil pessoas, sendo mil em área de risco, desde a década de 90. No local, havia somente uma creche. A Defensoria foi convidada por representantes da comunidade para participar das reuniões. Foram realizadas tratativas entre a Defensoria, Ministério Público, DEMHAB, SMAM, PGM, SPM, topógrafo e representante da comunidade, com os seguintes objetivos: regularização fundiária, por meio da legitimação da posse, para o caso das pessoas que não estiverem em Área de Preservação Permanente (APP); a remoção para nova área para aqueles que estiverem em APP; e, instalação de creche, escola e posto de saúde. A Defensoria acompanha o caso.

6.7 EXPEDIENTE – COMPANHIA DE HABITAÇÃO DO ESTADO DO RS (COHAB)

Em 2013, foi firmado termo de cooperação e parceria entre a Defensoria e a Secretaria de Habitação e Saneamento do Estado (SEHABS) para regularização das unidades habitacionais da extinta COHAB. À Defensoria cabe ajuizar as ações necessárias e ao Estado, o atendimento à comunidade local para esclarecimento quanto à forma de regularização dos imóveis ocupados e remeter à Defensoria a documentação necessária para a instrução das ações judiciais. São 56.729 imóveis a regularizar. Estão sendo realizados mutirões em diversos municípios com a participação da Defensoria Pública. Até 21.07.2014 a SEHABS encaminhou 652 moradores à Defensoria.

7 CONCLUSÃO

A crônica de Rubem Braga, escritor e jornalista, citado por Viana⁵⁶, bem apresenta o significado do direito à moradia: *“Pode haver uma janela alta de onde eu veja o céu e o mar, mas deve haver um canto bem sossegado em que eu possa ficar sozinho, quieto, pensando minhas coisas, um canto sossegado onde um dia eu possa morrer.”*

A moradia é, pois, direito humano fundamental, essencial para uma vida digna. Afinal, assegurar dignidade a alguém, inclui protegê-lo e possibilitar-lhe viver em um local de forma saudável.

Assim, em caso de conflitos que envolvam o direito à moradia, deve-se tratar com igual importância este direito ao de propriedade,

⁵⁶VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. **Revista de Direito da USP**, v.95, ano 2000. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67487/70097>. Acesso em 29 de julho de 2014.

assim havendo colisão de direitos fundamentais, adota-se o princípio da proporcionalidade para solucionar o caso concreto, devendo prevalecer aquele que mantiver maior conteúdo concreto, na maioria das vezes o direito social à moradia.

De forma sucinta, foram apresentados alguns instrumentos que podem auxiliar na solução de conflitos, foram destacados: a mediação, a legitimação de posse, a usucapião, a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM) e a desapropriação.

Referiu-se acerca da importância fundamental da Defensoria Pública na pacificação desses conflitos, nesse sentido o próprio texto constitucional, em seu artigo 134, recentemente alterado, dispõe tratar-se de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Por fim, foram apresentadas, resumidamente, algumas atuações do Núcleo de Defesa Agrária e Moradia da Defensoria, com foco, principalmente, na solução extrajudicial dos conflitos, que demonstram os amplos benefícios que a atuação da Instituição poderá trazer aos seus assistidos.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional das Cidades. **Guia para o mapeamento e caracterização de assentamentos precários.** Brasília, 2010.

_____. Ministério da Justiça. Secretária de Reforma do Judiciário. **Estudo sobre atuação da justiça nos conflitos fundiários urbanos**. Brasília, 2013.

_____. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República. **Por uma cultura de direitos humanos: direito à moradia adequada**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos e Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225430por.pdf>. Acesso em 19 de julho de 2014.

_____. Secretaria Nacional de Habitação e Secretaria Nacional de Programas Urbanos. **Regularização fundiária urbana: como aplicar a Lei federal nº 11.977/2009**. Brasília, 2010. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v.1. 12. ed. Salvador: Jus Podwin, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). **Censo demográfico 2010: aglomerados subnormais**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/552/cd_2010_agrn_if.pdf Acesso em 19 de julho de 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Leopoldo: Revista dos Tribunais, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Alto Comissariado para os Direitos Humanos. **Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos**. v.1. Genebra, 2008. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement>. Acesso em 19 de julho de 2014.

_____. Relatoria Especial da ONU para a moradia adequada. **Guia:**

[como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções?](#). 2010. Disponível em: <http://direitoamoradia.org/?cat=539&lang=pt&temas=remocoes-forçadas>. Acesso em 19 de julho de 2014.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Coleção de cadernos nº 5: Regularização Fundiária de Interesse Social**. 1.ed. IRIB: São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/Regularizacao_Fundiaria_IRIB.pdf. Acesso em 19 de julho de 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do supremo tribunal federal. **Revista Eletrônica Anima**, v.1., p. 291-335, ano 2009. Disponível em: http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf. Acesso em 19 de julho de 2014.

_____. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, 20 ed., out./dez., ano 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/o-direito-fundamental-a-moradia-na-constituicao-algumas-annotacoes-a-respeito-de-seu-contexto-conteudo-e-possivel-eficacia>. Acesso em 19 de julho de 2014.

SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O direito à moradia no Brasil: violações, práticas positivas e recomendações ao governo brasileiro**. São Paulo: Instituto Pólis, 2005. Disponível em: <http://www.polis.org.br/uploads/911/911.pdf>. Acesso em 19 de julho de 2014.

SOUZA, Jairo Salvador. Direito à Moradia, remoções forçadas e a atuação da Defensoria Pública na construção de esferas de defesa. In:

RÉ, Aluísio Iunes M.R. (Org.). **Temas aprofundados:** Defensoria Pública. Salvador: Juspodwm, 2013.

SOUZA, Sergio Iglesias N. **Direito à moradia e de habitação:** análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade. 3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: procedimentos especiais.** v.3. 45. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. **Revista de Direito da USP**, v.95, ano 2000. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67487/70097>. Acesso em 29 de julho de 2014.

A VIOLÊNCIA ENQUANTO RESSIGNIFICAÇÃO DO ESPAÇO SOCIAL: NEM EMANCIPAÇÃO, NEM REGULAÇÃO. SISTEMÁTICA DE VIOLÊNCIA CONTRA A CIDADANIA DOS ESQUECIDOS

Antonio Marcelo Pacheco¹

Resumo: O texto é resultado de uma primeira aproximação ao tema da violência urbana que se realiza no âmbito do grupo de pesquisa Violência e Cidadania da UFRGS tendo como objeto de investigação os relatos sobre homicídios praticados contra moradores de rua nas cidades brasileiras através de retratos dessa violência na mídia escrita e em dados oficiais das secretarias de segurança. Em uma primeira observação tal processo irracional de extermínio não observa nenhum padrão de violência, mas sim ocorre na medida em que os moradores de rua não se enquadram num modelo de cidadãos que “merecem” estar protegidos. Ainda que compreendida como uma violência nova para padrões sociológico-jurídicos representa uma significativa ameaça à construção da cidadania em nosso país.

Palavras-Chave: Violência. Cidadania. Mídia. Espaço Urbano. Morador de Rua.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Quando a violência é o acerto além do não pagamento. 3. O pessoal quer sentir a experiência e dizer: ‘Estou na favela’. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

¹ Antonio Marcelo Pacheco é Mestre em Ciência Política pela UFRGS, Mestre em Direito pela UNISINOS, Doutorando em Sociologia pela UFRGS, Graduado em História, Filosofia, Sociologia e Ciências Jurídicas e membro do grupo de pesquisa ‘Violência, Criminalização, Cidadania e Direito da UFRGS. Trabalha com moradores de rua há 03 anos.

O objeto da Sociologia não pode ser indicado por uma definição, mas pela ação crítica e pela recusa de acreditar em todas as interpretações, desde a racionalização com que um ator recobre seus atos até o sentido encarnado nas categorias administrativas que parecem mais distantes de estarem carregadas de intenções. (Touraine, 1982:21)

O sociólogo é um ser que sente, mas não necessariamente um ser que acredita. O sentir é uma condição espacial na qual o observador pode se inserir e ser inserido pelo fato social. Tal sentimento é alguma forma de intervenção do sociólogo sobre o espaço social permitindo-lhe que, nessas intencionalidades históricas ao qual aquele fato se metamorfoseia, o seu olhar interessado busque justificativas e significados para aquilo que, no empírico que observa, ele mesmo se observe enquanto sujeito sujeitado.

A violência é também sentimento, nesse sentido, ela é um todo cultural de significados e de significação. Articulada com a cultura enquanto representação simbólica de um imaginário ela é mais do que o estigma ao qual um discurso oficial busca engessar.

Articulada com a cultura ela é elemento constitutivo do social e não somente resultado de comportamentos '*desviantes*', ou seja, é mais do que práticas repetidas dos sujeitos às quais o grupo confere uma polaridade negativa. A violência é um elemento, na plenitude de todos os efeitos que isso confere, de tradição.

A '*fala*' da violência é a realidade da violência. É reconhecimento de uma condição substantiva da própria condição do ser, quer dizer, de um aspecto que permite, paradoxalmente (re)conhecer a sua condição de homem e humanidade.

A violência não pode ser totalmente definida fora do campo aonde emerge, ou seja, ela acontece no espaço social, ali, no cadinho de tensões que se estabelecem na existencialidade da alteridade, isto é, no e com o outro.

Este não é compreendido apenas enquanto ser humano, mas como todos aqueles que estabelecem com os sujeitos relações de significação ao qual o sociólogo precisa arqueologicamente escavar. Assim, família, escola, igreja, trabalho e o Estado também são campos de antagonismos, de oposições e de complementações em que a violência emerge física e simbolicamente. São tensões históricas as quais o sociólogo vem sendo chamado a compreender na sua própria historicidade.

Social, a violência é um discurso histórico. Sua condição de assujeitamento ao *devoir* permite afirmar que a '*novidade*' em torno da sua presença e intensidade é sempre determinada pelo conjunto nocional que cada sociedade a partir da emergência do campo histórico em que ela se funda confere aos significados que a constituem. Ela é (re)conceitualizada constantemente, o que permite na descontinuidade da '*novidade*' uma certa continuidade, pois "*os conceitos formam um sistema essencialmente descontínuo e transpõem o processo de nossas percepções sensíveis que é um fluxo, para uma série de termos imóveis e petrificados*". (Bachelard, 2004: 30)

Quer dizer: a violência recebe, historicamente, camadas e camadas de significados historicizados socialmente na medida em que a sua presença abandona a condição subsidiária do construto social para a de protagonista. Tem sido a modernidade e as suas rupturas e crises o cenário simbólico ao qual a violência tem participado nesta última condição: ela é, fundamentalmente, protagonista. A crise desta crise em

torno da modernidade não tem mais força para sufocar num sobrestamento conceitual a significação autopoiética da violência, capaz de se produzir e de formar-se em um epicentro comportamental.

Foucault destaca a passagem da *épistémè* (tradicional, clássica e pós-clássica) para compreender genealogicamente a relação das palavras (linguagem) e as coisas (a mundanidade). De certa forma, a crise dessa sociedade pós-clássica ou pós-tradicional, como afirma Giddens, pode ser nominada como de uma *épistémè* da violência.

A sociedade globalizada (o mundo), paradoxalmente conflituosa encontra na dimensão dessa historicidade da violência (a linguagem) a sua própria condição de *épistémè*, ou seja, a substancialidade do risco e da complexidade tão observadas pelos cientistas sociais. A violência transcende a condição de fenômeno para se constituir em forma de conhecimento.

Essa *épistémè* da violência não se dá apenas num espaço de mais fácil apreensão que é o espaço macro-social, mas consideravelmente é no espaço micro-social que se pode perceber a presença desse conjunto de significados fundados na violência. É no campo de comportamento do indivíduo que ela se insere de forma porosa, instituindo-se na própria condição de existir do ser.

A compressão do tempo e do espaço altera a condição do sujeito na medida em que subvertem um conjunto de tradições que informavam esses mesmos sujeitos da sua condição de ser e da sua relação com o outro. A compulsão ao qual o sujeito se vê submetido é consequência dessa instantaneidade que o submete a novos e absolutamente velozes significados, velocidade que não permite consolidar significados, mas que nem por isso deixam de constituir significação. Esta compressão que

produz uma condição de compulsão social é, em muitos sentidos, violência.

A violência se dá na medida em que as formas de acumulação da tradição, compreendidas aqui como acumulação do trabalho, da cultura e do conhecimento deixam de se realizar para se instrumentalizarem a partir de uma instantaneidade que produz desconforto, estranhamento e perdimento do sujeito em relação aos institutos formados na tradição racionalista do iluminismo. Inevitável ao sujeito e à sociedade reagirem em espirais de conflitualidade a essa opacidade da tradição em tal grau e intensidade que a violência passa a ser condição de totalidade de linguagem. Totalidade na medida em que a partir dela se pode perceber e se relacionar com o mundo, o ambiente.

Em tal cenário como estabelecer uma teoria crítica? Uma teoria crítica não tem como objetivo a redução da realidade social, uma vez que não se propõe a uma explicação teleológica e redentora, pois se quer possível enquanto alternativa ao que é criticável no que existe de mundanidade no social.

Uma proposição de redução da realidade tramada por teorias teleológicas urde uma resposta intensa que transforma tais perspectivas teóricas em meras pretensões ideologizantes, as quais as teias da historicidade se encarregaram de revelar. Como lembra Bourdieu,

A vingança do real é impiedosa com a boa vontade mal esclarecida ou com o voluntarismo utopista; e o destino trágico dos empreendimentos políticos que se pretenderam uma ciência social presunçosa está aí para lembrar que a ambição mágica de transformar o mundo social sem conhecer os mecanismos que o movem corre o risco de substituir por uma outra violência, às vezes mais desumana, a

'violência inerte' dos mecanismos que a ignorância pretenciosa destruiu. (Bourdieu, 1988: 36)

É Foucault em sua crítica ao *Aufklärung* kantiano que observa que a condição do poder panóptico da ciência moderna não estabelece a possibilidade de uma saída dentro do sistema, já que a própria resistência torna-se disciplinar, isto é, uma opressão consentida na mesma medida em que se faz numa crítica permitida.

Igualmente buscando evitar essa sedução da crítica pela crítica, Boaventura de Souza Santos viabiliza na sua obra "*A Crítica da Razão Indolente – Contra o desperdício da experiência*", a possibilidade de alternativas que fundadas na multiculturalidade permitem uma *hermenêutica de suspeição* contra os *universalismos ou totalidades* do conhecimento.

Essa *hermenêutica da suspeição* é um caminho à construção de uma teoria pós-moderna de oposição, pois que ela busca enfrentar os problemas da modernidade a partir do reconhecimento da impossibilidade de soluções modernas. A violência com a sua figura de Janos é uma condição que, ampliada a partir do século XIX, dois séculos depois surpreende o próprio reflexo por ser distinta daquela na medida em que a sociedade moderna é algo além da própria modernidade e a violência se insere indistintamente a própria condição de transição dessa modernidade em crise.

A violência é um estrangeiro estranho à perspectiva de Boaventura. É assim na medida em que ela tem força para subverter o conhecimento emancipação mesmo quando esse se busca constituir a partir de uma reinvenção da comunidade que, exprimida pela ainda forte presença do conhecimento regulação, corre o risco de soçobrar em um

fundamentalismo qualquer, ou seja, em uma outra forma de violência desagregadora.

A razão é indolente porque tem medo e a experiência se realiza numa fragmentação constante do sujeito que, entre a primeira épistémè da emancipação e a segunda, a da regulação, opta por esta, agarrando-se no regulamento lato senso como legítimo simulacro de segurança e sobrevivência não somente física, mas especialmente simbólica.

A regulação se mostra ainda gramática capaz de ajustamento desse mundo pós '*Torres Gêmeas*' e na qual o terrorismo se faz presente num imenso campo de imaginário. Contudo, ela parece se tornar reivindicação popular na medida do crescente medo que frutifica no espaço social, ainda mais quando qualquer um é passível de ser sujeito ativo e passivo do agir violento. Na cultura do medo e do terror a violência corrompe a tradição maniqueísta do bem e do mal, ou seja, cada um carrega a possibilidade de se tornar agente de qualquer forma de agressão.

Como agir frente à violência que parece se transformar em intensidade e espacialidade? Como compreender as formas sociais de uma violência que acontece no seio do próprio espaço da sociedade civil a partir de uma banalização da banalidade do mal? Como aceitar a construção de um dogma de segurança em uma sociedade insegura?

Tais questões não podem ser aqui respondidas, inclusive porque não são questões cartesianas. São vetores que conduzem o olhar para um tipo de violência que acontece diariamente e num espaço de vizinhança que subverte clássicas teorias do conflito, ampliando o espaço deste ao universo da conflitualidade.

Muito da violência que acontece hoje tem uma emergência difusa (por falta de outro conceito se utiliza este) e traz novas motivações tais

como o prazer, o tédio e a indiferença em torno da própria ação violenta e na relação do agente-agressor em relação à vítima que parece ser fetichizada e reduzida à condição de objeto de uma pulsão.

São agentes agressores tradicionalmente jovens, em ações compartilhadas contra indivíduos anônimos e insignificantes para o senso comum social. São vandalizações do corpo do outro, da condição de ser do outro, do direito ao direito do outro, justificadas por um '*nada existencial*' ao qual a vítima é identificada ao mesmo tempo em que nenhuma redução normativo-jurídico consegue alcançar-tipificar. É um estímulo que nasce e se presentifica *do nada* enquanto satisfação do sujeito em si que age contra qualquer outro.

Importa destacar uma advertência que se faz a partir de uma observação de Bachelard: "*O estado lógico é um estado simples, até simplista. Não pode servir de prova diante de uma realidade psicológica, e não podemos nos afastar do 'conceito composto'... Empregar o conceito é precisamente fazê-lo intervir numa experiência nova. Isso equivale a dizer que a conceitualização só pode prosseguir por composição.*" (Bachelard, 2004: 31) Em outras palavras: a violência que leva a esta intervenção é nova na medida em que emerge enquanto novidade que transcende os próprios elementos significantes, mas que a falta de uma '*novalíngua*' só podemos nomear ainda como violência naquilo que o significado tradicional propõe. Sua presença é marcada pela sua condição histórica, mas sempre reinventada a partir de novas condições que se fazem quando da emergência discursiva que a (re)conhece. Portanto,

(...) a violência é tanto um recurso de expressão quanto uma estratégia de obtenção de visibilidade. Trata-se, assim, de uma violência ressimbolizada, a qual se afirma como elemento de estilo, como traço identificatório e um

dos emblemas diferenciadores de territórios, de grupos sociais, fazendo com que novos sujeitos ganhem visibilidade no espaço público. (Pereira, Rondelli, Schollammer e Herschamann, 2000: 16)

Mapear a essencialidade da violência é um exercício que leva o sociólogo a sentir o desafio de sentir uma fenomenologia do desespero, do desencanto, mas ao mesmo tempo buscar a compreensão em nome de uma substancialidade que ela ameaça e que vai além da vida individual daquele que sofre. A violência revela um esgotamento das redes capilares da cidadania, numa quebra da homeostase social.

O que se busca com essa aproximação, através de alguns exemplos é a aproximação sociológica em torno dessa perspectiva da violência em uma irradiação diacrônica, assimétrica, mas como se colocou mais acima, articulada na cultura de uma sociedade em transformação constante e que foi marcada por uma significativa transformação de suas condições sócio-culturais e econômicas como a nossa, mas mais ainda, sociedade abalada nas possibilidades de se explicar, compreender e reconhecer.

Dessa forma, os casos escolhidos como ilustração dessa ideia complexa da violência falam por si, mas precisam igualmente falar pela linguagem do sociólogo, o qual percebe na violência uma condição de sociabilidade que longe está daquela proposta pelos valores da tradição. Conforme José Vicente Tavares,

Adicionalmente, não estaria nascendo um código de sociabilidade, orientado pela violência? Qual o sentido social da violência? Por um lado, a violência aparece como o excesso, o sem sentido, as incivildades, o extremo ou a margem. Por outro lado, talvez se devesse deixar aberta a possibilidade de um sentido oculto, de uma terceira margem reveladora: não estaria nascendo (surgindo), a partir da

linguagem da violência uma nova norma social, talvez alimentada pelas lutas sociais contra a violência? (Tavares, 2011: 14)

É, assim, importante tentar perceber na violência, mais ainda em uma sociedade complexa como a nossa, uma condição, dentro do possível, pedagógica e, apesar de tudo que ela representa enquanto crítica que a rejeita, homeopaticamente ela é um instrumento de sociologização na medida em que é fenômeno e mundanidade do agir de sujeitos em seu próprio espaço e não somente como acaso de quebra ou ruptura daquilo que se espera a priori do sujeito sujeitado.

2 QUANDO A VIOLÊNCIA É O ACERTO ALÉM DO NÃO PAGAMENTO.

“A gente tinha acabado de sair do Sonique Bar, na Rua Bela Cintra. Eles nos seguiram até um posto de gasolina, que fica perto e, na loja de conveniência, começaram a nos chamar de ‘viados’ e dizer que tínhamos de morrer. Depois, do outro lado da rua, um dos agressores partiu para cima de mim e o outro começou a bater no meu namorado, que caiu desacordado depois de tomar um chute na cabeça. Fiquei desesperado, achei que ele tinha morrido”.²

A violência não é precedida do ritual tradicional de confrontação, ameaça e desafio. Não há uma condição situacional de estratégias e escolhas como estudadas por Randal Collins. Ela é a própria ação por não ser outra existencialidade social. As vítimas são ‘*escolhidas*’ em um amplo leque de categorias: homossexuais, mulheres, moradores de rua, drogados. Desviantes e anônimos, essas duas características unem

² Relato do analista fiscal Marcos Paulo Villa, de 32 anos que juntamente com o namorado, o supervisor financeiro J.P., de 30 anos, foram agredidos com socos e pontapés na madrugada do dia 02/10/2011, na região da Avenida Paulista, no centro da capital. Jornal Estado de São Paulo, página 17.

estes sujeitos reduzidos a certa condição de uma cidadania de segunda classe. É esse estranhamento cidadão que pode se constituir como única condição cognitiva a unir agressores e vítimas.

Ela começa dessacralizada, tradicionalmente encoberta pela noite e pela sensação de impunidade social. Acontece ao fim de festas, ou antes, mesmo dessas, como numa necessária dose de adrenalina para espantar o tédio de uma existência mundana previsível e anônima. A violência parece se confundir em espetáculo de ascensão do sujeito.

No caso acima, o casal Marcos e JP cometeram o equívoco de andar de mãos dadas pela via pública. Surpreende o fato apurado pela polícia de que os dois foram surrados à frente de um restaurante, o Mestiço, que apesar do horário ainda tinha clientes que presenciaram o fato, assistiram a toda a cena, mas nada fizeram. J.P. teve a perna direita fraturada em dois pontos, além de hematomas na nuca e nas pernas.

Em outro cenário, agora Rio de Janeiro, em 29/02/2012, um morador de rua foi morto a pedradas na madrugada, na Avenida Lobo Júnior, na Penha, zona norte. Curiosamente, num primeiro momento a Polícia Militar identificou outro morador de rua como suspeito de assassinar a vítima. Ele teria sido contido por populares. O que a imprensa descobriu depois foi surpreendente: dois jovens, brancos, bem vestidos teriam sido os autores das pedradas e o outro morador foi preso quando tentava ajudar o companheiro. O que era para ser descrito como mais um caso de violência entre miseráveis e descartáveis sociais, tomou um outro rumo quando a mídia desmascarou o preconceito.

O mesmo ocorreu em 03/02/2012, no Rio de Janeiro, antes da morte do morador de rua descrito acima, com a experiência absurda do estudante de desenho industrial Vitor Suarez Cunha, de 21 anos, que foi espancado por dois outros suspeitos, jovens como ele e também de

classe média. O espancamento teria ocorrido porque Vitor tentou impedir que um grupo de cinco jovens agredisse um morador de rua na Praça Jerusalém, no Jardim Guanabara, na Ilha do Governador, zona norte do Rio, por volta da 1h. Os jovens que agrediam ao morador de rua não gostaram de serem interrompidos pelo estudante *“quando apenas se divertiam”*.

Em Maceió, no ano passado, outro morador de rua, Genivaldo Ferreira dos Santos, de 32 anos, foi encontrado morto, com várias marcas de pedradas na cabeça, dentro de um banheiro de um clube de veraneio desativado na praia de Ponta Verde. Com a morte dele, a polícia divulgou que subia, até então, para 16 o número de moradores de rua assassinados em 2011 em Alagoas. Em 2010 tinham sido 34 os assassinatos, apenas de moradores de rua, registrados no Estado. O rosto dele estava irreconhecível por causa dos ferimentos provocados pelos golpes. *“Foi uma cena de horror”*, disse o chefe de serviço do 2.º Distrito Policial (DP), Ariel Almeida, quando chegou ao local do crime. *“Próximo ao corpo havia uma pedra ensangüentada, possivelmente a arma do crime”*, afirmou o policial. Segundo ele, o morador de rua trabalhava como guardador de carros na orla de Ponta Verde. Foi descoberto depois que o assassinato se deu por um grupo de jovens que não se conformou com a cobrança que ele exigiu por estar guardando o carro. O valor do serviço: R\$ 5,00 (cinco reais).

Em Campinas, na data de 04/12/2011, outro morador de rua foi encontrado morto. Ele estava na Rua Cônego Cipião, região central da cidade, segundo informou o Corpo de Bombeiros, que disse, ainda, que ele teria tido traumatismo craniano. Segundo testemunhas, jovens em um automóvel primeiro jogaram uma garrafa de cerveja, derrubando-o e após, parando o carro, desceram e cercado-o iniciaram as agressões.

Os casos acima são apenas um grão de areia no universo de ocorrências que diariamente se reproduzem nas cidades brasileiras. Como se apurou através da pesquisa em jornais e nos fóruns, este *'modus operandi'* tem se reproduzido cotidianamente, o que já não surpreende mais nem a mídia, nem a polícia e, muito menos, a população em geral.

Os exemplos que se multiplicam formam um painel que é revelador: os agressores são homens, na faixa dos 16 aos 30 anos, geralmente estão em dupla ou em grupos maiores e as vítimas são escolhidas sem uma motivação clara ou que pudesse estar em antagonismo com os agressores em momento anterior a violência. Estes jovens identificados nos boletins de ocorrência ou mesmo qualificados em processos que estão se desenvolvendo não representam os grupos sociais que tradicionalmente são associados com a violência: não moram na periferia, não precisam trabalhar, são estudantes universitários e não estão disputando territórios ou distribuição de drogas. A violência é *'apenas'* um instante de adrenalina associado não a uma condição de rebeldia, mas de impunidade ou mesmo satisfação.

São exemplos que confrontam as questões que antes se destacou e que agora se (re)apresentam como vetores do olhar: como agir frente à violência que parece se transformar em intensidade e espacialidade? Como compreender as formas sociais de uma violência que acontece no seio do próprio espaço da sociedade civil a partir de uma banalização da banalidade do mal? Como aceitar a construção de um dogma de segurança em uma sociedade insegura?

O espaço da violência é multifacetado. Ela não está mais limitada à periferia, mas estende sua presença em todo o cenário social. Ela é intensa na medida em que não há uma motivação tradicional que a

justifique, ou seja, acontece na mesma medida em que se dá a compulsão ao prazer. Esta busca pela compulsão ao prazer alcança em uma sociedade hedonista e individualista, como a nossa, uma potencialidade imensurável que, envolvida pela sensação de uma cultura da impunidade, permite o extravasamento de qualquer pulsão, por mais atentatória que seja ao grupo social.

A presença dessa cotidianidade não se dá em doses homeopáticas, ao contrário, estão em um processo assimétrico, uma vez que não são orquestradas por nenhum movimento social determinado, mas por uma conjunção de fatores aleatórios e contingenciais que dificultam a sua compreensão tanto pelo senso comum, quanto pelas condições normativas do Estado. A sociedade se fragiliza ao julgar os representantes de uma geração que está fadada a suceder a geração que a precede.

É a condição de contingência uma condição importante, na medida em que a violência se dá aonde não se espera que ela se dê, pelo menos não da forma em que está aparecendo e se constituindo. Ou seja: não são os membros das tradicionais classes proletárias ou do lumproletariado que engendram os sujeitos da violência a partir de uma linguagem que lhes permite um certo reconhecimento para uma certa ideologia preconceituosa o único reconhecimento que lhes é facultado, mas jovens de classes mais abastadas que extravasam a sua percepção do outro que é uma total exclusão deste, pelo simples fato de serem o outro, qualquer outro.

Inevitável para a surpresa com tal processo ascendente de violência está no fato de que os dados socioeconômicos do Brasil apontem que nos últimos anos um maior número de indivíduos teve um aumento de renda, permitindo-lhes adentrar no espaço antes restrito da classe B.

A pobreza parece não semear mais com exclusividade o agente da violência, mas parece ter se constituído num campo de vítimas mais amplo que se somam aos conflitos ainda presentes em grande medida nas periferias, no sentido em que o 'centro' a percebe ou por aquilo que é compreendido pelo senso comum, em outras palavras, como únicas áreas de instabilidade e marginalidade preferenciais. A pesquisa tem demonstrado que tal percepção ou senso comum não é mais verdadeiro, uma vez que a produção da violência se diversifica e se desterritorializa.

A construção de uma cultura de segurança é então possível frente a essa violência que por falta de um conceito mais adequado é nomeada de difusa? É possível tal dogma de segurança pública?

A violência está, como já se afirmou, amarrada à cultura. Ela é um substantivo cultural de uma sociedade. Desta mesma forma, a ideia de segurança, apesar da sua normatividade, é também um substantivo cultural. Aceitando-se esta referência à violência e à segurança, se pode observar que políticas de segurança se mostram mais aptas a reeducar a relação do Estado com a sociedade, mas se mostram inaptas para reeducar as relações sujeito-sujeito.

É preciso ter uma postura crítica a essa relação violência/segurança-cultura, uma vez que a sociedade parece se mostrar muito mais arredia a qualquer implementação de novos valores morais éticos, até porque experimenta, de forma multicultural e caótica, a crise

de um conjunto de valores sociais a partir disso que se chama crise do paradigma moderno.

A crise desse paradigma se faz ainda mais assimétrica em uma sociedade que vive uma transição constante como a nossa, tradicionalmente autoritária e personalista, em que uma série de experiências definitivas em torno da cidadania e da democracia ainda não foram experimentadas e que pelos efeitos dessa globalização e compressão do tempo e espaço não parecem ser mais possíveis de o serem.

Esta postura crítica é compreendida conforme o que destaca Boaventura de Souza Santos, isto é, *“por teoria crítica entendo toda a teoria que não reduz a ‘realidade’ ao que existe. A realidade (...) é considerada pela teoria crítica como um campo de possibilidades e a tarefa da teoria consiste precisamente em definir e avaliar a natureza e o âmbito das alternativas ao que está empiricamente dado”* (Boaventura, 2011: 23).

Desta maneira, o pressuposto de toda teoria crítica está na convicção de que é possível de se superar aquilo que é criticável no que existe, isto é, naquilo que é social, naquilo que se faz presente em um certo campo de historicidade, aquilo que causa desconforto, inconformismo ou indignação.

Tal desconforto, inconformismo ou indignação com o que existe obriga-nos a uma constante interrogação das condições críticas da sociedade na qual nos inserimos, ao mesmo tempo em que permite que busquemos alternativas fundadas nas respostas que dermos a essas interrogações.

Tais interrogações críticas e a conseqüente busca por alternativas sempre estiveram na base de toda a teoria crítica moderna e foram

formuladas com precisão (por exemplo, pelos teóricos da escola de Frankfurt, tais como Horkheimer e Adorno), e como destaca precisamente Boaventura, tal crítica carregaria uma condenação das categorias que governam a vida social e a “*a luta por objetivos emancipatórios é intrínseca à teoria crítica*” (Boaventura, 2011: 25).

Eis aí o paradoxo: na mesma medida em que a violência se mostra como sujeito da teoria crítica que confronta o paradigma da modernidade em crise, ela não é enquadrada por esta mesma teoria crítica na medida em que alcança uma condição de ascender à condição de *épistémè*, para além da própria possibilidade da teoria e, nesse sentido, sendo muito mais diversificada e ramificada do que qualquer reconstrução de uma ideia de segurança possa pretender submeter.

As palavras e as coisas se desencontram até porque não haviam se encontrado antes. A violência é conceito polissêmico, agora, na crise da modernidade dos significados, está liberta daqueles axiomas que a reduzem a um campo institucional determinado e a condições psíquicas delimitadas pela tradição freudiana. Ela transcendeu na medida em que se alçou a condição de *épistémè*. Conforme Foucault,

Assim, na orla exterior da nossa cultura e na proximidade maior de suas divisões essenciais, estão ambos nessa situação de ‘limite’ – postura marginal e silhueta profundamente arcaica – onde as palavras encontram incessantemente seu poder de estranheza e o recurso de sua contestação. Entre eles abriu-se um espaço de um saber, por uma ruptura essencial no mundo ocidental, a questão não será mais a das similitudes, mas a das identidades e das diferenças. (Foucault, 1987: 65)

A violência que se origina nesse agir despretensioso da pulsão, sob o signo de uma ideia de alteridade borrada pela impunidade não traz similitude com quase nenhuma outra forma de violência realizada a partir

daqueles campos de historicidades tradicionais. A sua identidade está na força da sua presença cotidiana e mundana, mas substantivamente formada na diferença que a permeia enquanto irracionalidade desorganizada que foge aos limites territoriais de uma compreensão formal de segurança. Ela é extensão de uma ideia de sujeito que não encontra no conceito de sujeito referencial semântico, na medida em que representa com este a diferença de um novo sujeito, de uma nova forma de sociedade.

3 O PESSOAL QUER SENTIR A EXPERIÊNCIA E DIZER: 'ESTOU NA FAVELA'.

O primeiro morro a receber uma Unidade de Polícia Pacificadora (UPP), em 2008, foi o Dona Marta, em Botafogo. E a ladeira agora é caminho para um dos 'points' do momento, uma quadra na parte baixa da favela, onde acontecem as festas 'dos bacanas'. Contada no asfalto, a história da festa poderia se confundir como uma celebração de dois universos – morro e asfalto unidos nas noites de sábado. Mas a subida até a bilheteria não deixa dúvida: a confraternização no morro é reservada a quem vem de fora, e o estrangeiro agora é o próprio morador.³

A favela não é mais o território subversivo, marginal, pelo menos para um segmento social que acostumado a compreendê-la como cenário de drogas e violência, hoje, parece buscar ali um novo campo de ressignificação de uma forma de estar em sociedade. O mundo da favela antes linguagem de uma representação discriminada é agora linguagem

³ Reportagem de capa do Jornal 'O GLOBO' de 03/03/2012.

de identificação que apesar de tudo não consegue afastar a máxima '*todos iguais, todos diferentes*'.

É assim porque a condição requerida para reaparecer, para abandonar a (in)diferença e o isolamento se dá próxima aos produtores da imagem na sociedade do espetáculo, ou seja, a identidade-diferença não é a singularidade, porém é antes o inverso: a semelhança é a busca do protótipo instantâneo com o qual se identificarão os novos sujeitos da cultura da periferia que são os consumidores privilegiados de uma multifacetada indústria do divertimento que se reproduz num eficiente império do efêmero que ao fim e ao cabo, de alguma maneira, os excluem.

Tal império do efêmero (entendido aqui como a determinação do sujeito a partir de uma 'marca', de uma imagem que célere subverte a condição de reflexividade defendida por teóricos como Boaventura, Giddens, Beck) representa por si a condição de dissolução da tradição do sujeito mesmo e do outro, num rearranjo simbólico que desvaloriza referenciais culturais que antes serviam de referência e controle. Nesse processo de dissolução, a violência deixa de estar contextualizada para, na condição de épistémè volátil, reencantar o grupo social a partir de uma condição de conectar sujeitos aos sujeitos e ao mundo. A violência se constitui também em 'marca' de uma forma de re(a)presentar-se.

Essa espetacularização da favela não se faz sem uma apropriação daquilo que os novos moradores-consumidores conseguem traduzir, e toda a tradução é uma forma de traição de significantes.

Isso não quer dizer que a espetacularização da favela é responsável pela ampliação do território da violência e pela sua incerta substancialidade social, o que seria por demais maniqueísta concluir. Contudo, uma sociedade comprimida na sua tradição tempo-espaço e

determinada pela dromologia que torna o simulacro elemento de conhecimento, importa aquilo que pode compreender ou mesmo importa aquilo que não compreende, mas que nem mesmo assim impede o consumo. É o que se percebe com a violência que é traduzida como uma forma de expressão que permite a muitos sujeitos romper com a condição de perdimento no anonimato social.

O morro e a periferia já foram somente territórios do malandro, do traficante, do crime organizado e das milícias, hoje, é também um espaço de manifestação cultural de um contingente social que necessariamente não tem raízes naquele espaço social. Da mesma forma, os 'valores' dessa periferia são transportados para outros espaços, fetichizando comportamentos e hábitos que se desterritorializam. Aos moradores tradicionais se percebe uma reclassificação social na medida em que não têm uma mesma importância na escala de produção-consumo dos valores que antes representavam, mas que agora são, igualmente, estranhos estrangeiros.

Todo este processo de aproximação ajuda também a dessacralizar a violência, permitindo-lhe alcançar uma representatividade social que antes se buscava ideologicamente associar apenas aos pobres, aos drogados e aos favelados, enfim, aos que se podiam rotular como tradicionalmente excluídos. Se ainda não a queda, mas sim a porosidade das fronteiras sociais permit(e)iu ao grupo social reconhecer, dentro do seu possível, o que não inventou, mas agregou. A violência é forma de ser e estar numa sociedade em que são raras as possibilidades de se re(a)presentar para além do grupo.

Nessa perspectiva de objeto de consumo, a violência se reordena, renormatiza-se como um código de sociabilidade a uma sociedade constantemente carente de fenômenos midiáticos, ao mesmo tempo em

que ela ganha um sentido vital: ela expressa a expressão de perdimento do sujeito em uma realidade de imagens que sufocam os indivíduos, levando-os a uma linguagem de compulsão, numa esquizofrenia amplificada para fugir do isolamento do anonimato, seja no grupo ao qual se insere, seja em relação ao espaço social mais amplo e que pode por uma variável de condições permitir um tipo qualquer de inserção.

O excesso nela percebido se dá também e, principalmente, nos espaços generosos da mídia que apenas a identificam, mas não operam espaços de discussão sobre as condições de sua emergência difusa e disseminada. O produto ao qual se nega a devida reflexão não tem ainda valor significativo de capital simbólico para atrair a construção midiática.

Ela (re)organiza a moda, a marca do entrechoque de culturas que buscam subverter a ausência do sujeito contemporâneo, estimulado por vários impactos da força que ela representa sobre o papel que o indivíduo pode alcançar na sociedade que conspira contra a emancipação apesar de subverter a regulação.

Diluída no comportamento de novos objetos de consumo, no encontro do morro e da periferia com o centro, ela mesma se vê como síntese de uma nova épistémè, como linguagem de uma nova e paradoxal norma social que, talvez, contingente e incerta signifique a derrota das lutas sociais contra ela, mesmo que tal derrota signifique reagrupar sujeitos e permitir surpreender o espaço social com uma novalingua e um novo tipo de agir socialmente.

4 A GUIA DE CONCLUSÃO

As propriedades que se formam sobre o tema da contemporaneidade da violência, capaz de constituí-la como uma

amarga épistémè que emerge da atual crise do sujeito e da sociedade é tanto na ordem da quantidade, quanto na ordem da qualidade, um breve instantâneo tirado arbitrariamente desse fenômeno contundente que produz uma sociedade refém do medo e da insegurança, o que para alguns inclusive alcança uma condição substancial em risco.

Os exemplos que se destacou são mínimos quando se observa o cenário atual. A representação é meramente ilustrativa das ideias centrais que se buscou destacar aqui. Representam uma ordem na desordem. O que se quis com eles foi buscar um flash de uma antropofagia social que serve para aproximar o empírico do teórico.

A violência é muito maior do que a pronúncia oficial sobre ela. É aquela que acontece contra os perdidos ao exercício de uma plena cidadania, significa uma simbolização no próprio conceito que transcende ao olhar que busca encontrar naquela praticada pelo Estado a sua principal matriz.

A violência está entranhada na cultura social, ela alimenta e é alimentada pelo imaginário social na medida em que mobiliza um enorme contingente de discursos em torno dela, de signos que se desenvolvem dela e para ela, e que a tornam como uma condição de ascensão de anônimos que se vêem perdidos na crise da tradição e na fragmentação e estranhamento dos valores constitutivos em uma certa forma de ser sujeito, ser sociedade.

Ao mesmo tempo ela faz parte do 'pacote' de produtos que aproximam os espaços antes periféricos dos espaços antes centrais, numa fragmentação dos territórios sociais que em muito contribuem para que ela seja compreendida a partir de uma certa opacidade e liquidez, no sentido em que penetra todos os grupos, todos os campos e todos os capitais simbólicos sem que isso resulte em um enfraquecimento de sua

potência e de sua importância social. É uma condição sem herança que carrega a força de instituir sentidos ainda insensíveis de conceitos que não estão capazes em fundar alguma regra e ou conclusão.

Se para Foucault o poeta e o louco representavam dissidentes na épistémè clássica, na nova épistémè, ainda em construção na medida mesmo em que ela é reconhecida, a violência rompe aqueles espaços encarcerados pela razão e torna a tradição civilizacional em um dissidente frente a sua força discursiva. É fundamental um método para se enfrentá-la, para que através de uma constante repetição se possa revelar a sua real significação nessa era de intensa fragmentação e conflitualidade. Como reafirma Bachelard,

Um conhecimento movido por métodos de aproximação poderá seguir o fenômeno até em sua individualidade e em seu movimento próprio. Pode aspirar, pelo menos, a transcender a generalidade. A repetição monótona de procedimentos simples é, no mínimo, uma repetição – isto é, um movimento. Quando se pensa que essa repetição, que é a base da aproximação, obedece por definição a um princípio de ordenamento, percebe-se que aí está um método que, em sua aparente modéstia, pode substituir a ambiciosa intuição imediata dos grandes filósofos por uma intuição progressivamente organizada, apta a alargar os conceitos. (Bachelard, 2004: 32)

A violência, mais do que outras tantas funções sociais não é uma ficção social. Compreendida enquanto épistémè dessa sociedade de conflitualidade globalizada é uma condição constitutiva da realidade social. Ela traz, nesse sentido, um conjunto de atos que formam um rito de instituição-passagem que permite ao grupo social realizar não o reconhecimento de uma condição de sujeito de direitos, mas uma identidade que define, institui, constitui e intima o sujeito a tornar-se, por

um lado, aquilo que não quer ser, ou seja, o que ele tem de ser, obrigando-o a cumprir uma função social que o iluminismo buscou esconder, mas que na crise dessa forma de razão emergiu enquanto irracionalidade razoavelmente possível. O sujeito social entrou no jogo de uma nova racionalidade antropofágica; por outro lado, aquilo que ele busca crer que é, uma vez que a angústia da sua diluição num espaço social cada vez mais amplo na medida de sua liquidez sufoca as possibilidades nele de um reconhecimento em torno de outros tipos de manifestação que não através de um potencial conflitualidade que não raro desagua em uma crescente e fértil violência.

5 REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. **Ensaio sobre o conhecimento aproximado**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **Lições de Aula. Aula inaugural proferida no Collège de France em 23 de abril de 1982**. São Paulo: Editora Ática, 1988.

FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas. Uma arqueologia das Ciências Humanas**. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da Razão Indolente. Contra o desperdício da experiência**. 8ª Edição. São Paulo: Cortez, 2011.

TAVARES, José Vicente, TEIXEIRA, Alex Niche e RUSSO, Maurício. Orgs. **Violência e Cidadania: práticas sociológicas e compromissos sociais**. Porto Alegre: Sulina; Editora UFRGS, 2011.

TOURAINÉ, Alain. **Em defesa da sociologia**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1982.

JORNAIS PESQUISADOS:
Jornal Estado de São Paulo
Jornal Folha de São Paulo

Jornal O Globo
Jornal Zero Hora

O QUE É GARANTISMO INTEGRAL?

Douglas Fischer¹

RESUMO: O presente texto procura demonstrar que, na análise do autor, há equívocos na difusão da doutrina de garantias, notadamente a partir das concepções defendidas na íntegra por Luigi Ferrajoli. Apresenta-se uma proposta de leitura constitucional e consideração de todos os valores e princípios constitucionais, não apenas os de primeira geração, ligados diretamente aos direitos individuais de primeira geração e vinculados a uma concepção iluminista. Faz-se uma crítica à visão de que também no processo penal deveriam ser considerados apenas direitos individuais à luz do sistema garantista.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional. Penal. Processo Penal. Garantismo. Análise crítica da visão difundida no Brasil. Concepção. Consideração de todos os valores e normas insertos na Constituição da República.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As concepções fundantes e os pilares da *teoria garantista*. 3. “Garantismo”: da teoria (integral) da doutrina de Ferrajoli para a fragmentação que denominamos *de garantismo monocular*. 4. Alguns exemplos de *fragmentação* da teoria garantista. 4.1. Possibilidade (ou não) de o Ministério Público realizar procedimentos investigatórios. 4.2. Limitação ao prazo de 30 dias das interceptações

¹ Douglas Fischer é Procurador Regional da República na 4ª Região, Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal, Coordenador da Assessoria Criminal do Procurador-Geral da República no Supremo Tribunal Federal.

telefônicas. 4.3. Da (im)possibilidade da execução de penas na pendência de recursos de natureza extraordinária. A impunidade pela prescrição em razão da interpretação isolada (tópica), e não sistêmica, que vem sendo conferida ao tema pelos tribunais. 5. Conclusões. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O texto em tela é apresentado a partir de outro que originou - e inaugura - a obra "Garantismo Penal Integral", hoje em segunda edição², sendo ora trazido, com ajustes, acréscimos e atualizações, para debate dialético em obra publicada pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

A finalidade é tentar demonstrar que a proposta de Luigi Ferrajoli está tendo "leituras equivocadas" especialmente em terras brasileiras, enfatizando exclusivamente apenas um dos vetores do que propugnado pelo autor italiano. Não se está defendendo ser equivocado fazer a devida adaptação ao que consta na teoria original ao sistema brasileiro. O que se procura criticar - com dados e elementos concretos - é uma distorção efetiva da *gênese* e *essência* da teoria.

O texto originário tem título de "O que é garantismo penal (integral)?", mas hoje alteramos propositadamente, excluindo a palavra "penal", referindo-se apenas à "garantismo integral".

A razão da alteração é preciso ser esclarecida já agora.

Primeiro, porque, como se verá no texto (inclusive no original), no Brasil (e aí uma das distorções iniciais) sempre se analisa o pensamento

² FISCHER, Douglas. CALABRICH, Bruno. PELELLA, Eduardo (org). **Garantismo Penal integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.** 2ed. 2013, Salvador: Juspodivm.

de Ferrajoli como sendo uma "teoria de Direito Penal", quando, basta ler os originais, não é *apenas isso*. Se fosse possível fazer uma síntese, a teoria tem em seu âmago temas da jusfilosofia e do direito constitucional, que irradiam - aí sim - efeitos não só sobre a seara penal, mas sobre todas as demais que integram o patrimônio jurídico.

Em segundo lugar, porque em honroso debate pessoal com Luigi Ferrajoli em Brasília no final do ano de 2013, o professor italiano - que já tinha em mãos a primeira edição da obra -, ao receber a segunda indagou-me com seu jeito peculiar e humilde: no caso, não achas melhor excluir a palavra "penal" ? Embora se possa encontrar na vasta bibliografia do mestre italiano a referência a *garantismo penal*, a ponderação era de todo procedente, pois estamos falando - e defendendo - a leitura da teoria como um todo, e não apenas numa de suas vertentes. Mas, na verdade, explicamos - e prontamente compreendidos - que a inclusão da palavra "penal" se dava porque, aqui no Brasil, havia essa difusão de que a teoria seria de Direito Penal. Assim, a inclusão era para chamar a atenção - ao menos no início da crítica - acerca da necessidade da melhor compreensão do tema.

E terceiro, porque reafirmou o professor Luigi Ferrajoli a importância sim de um garantismo com *todas* as suas bases filosóficas, referindo - e referendando - a importância da expressão *integral*, cunhada por nós para alertar acerca dos equívocos doutrinários que estavam ocorrendo em face do que também denominamos de *garantismo monocular* (adiante melhor especificado).

Feitas essas considerações introdutórias da adaptação do texto (e em parte reproduzido *ipsis literis*), é preciso agora reafirmar que, entre tantos países em que violações de direitos fundamentais individuais

foram a tônica durante determinados períodos notadamente *autoritários*³, tal como – e apenas exemplificativamente – ocorrido na Itália, na Espanha, em Portugal, na Alemanha, na Argentina e no Chile, a democratização iniciada na metade da década de 1980 no Brasil foi e ainda é comemorada, pois não podia mais haver conformidade com um sistema político, social e jurídico que não se amoldava a princípios gerais de convivência almejada entre os pares em sociedade. O movimento de redemocratização do país culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, argutamente denominada *Constituição Cidadã* pelo então presidente do Congresso Nacional, Ulysses Guimarães.

Estabelecidos então novos marcos *teóricos* sociais, políticos e também jurídicos, a partir da metade da década de 1990 começaram a surgir manifestações doutrinárias mais enfáticas fazendo coro à necessidade de aplicação, também no Brasil, da *doutrina de garantias*.

Fizemos outro corte para deixar claro: somos integralmente favoráveis à doutrina de garantias, mas devidamente aplicada e sopesada. Aliás, apenas para destacar, é de nossa lavra, como membro do Ministério Público, o primeiro *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal pedindo o afastamento da Súmula 691, STF, em prol de réu condenado sem o devido processo legal⁴.

³ “El garantismo se opone, pues, al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad [...]” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 22.

⁴ Vide HC n. 86.824, distribuído em 29.9.2005. In <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2326392>. Referido *writ* perdeu o objeto em razão da concessão do *habeas corpus*, também de nossa lavra, impetrado perante o STJ e autuado sob o número 37.581. Acesso em 29 jul 2014. Anota-se que a *relativização* da Súmula 691 ocorreu pouco tempo depois, mas no julgamento do HC 86.864-9. Conforme anotamos na nota de rodapé n. 755 (em parte ora reproduzida) da obra de nossa autoria *Delinquência Econômica - Estado Social e Democrático de Direito*, “O primeiro, em favor de pessoa notoriamente pobre, presa indevidamente há mais de 2 anos por incompetência absoluta do juízo que o condenara por tráfico de entorpecentes (no caso, atuara como “mula”). Tentada a liberdade mediante Habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, no

Prosseguindo: impende destacar também que o *desenvolvimento* mais destacado da *doutrina de garantias* esteve diretamente relacionado a determinado momento de *recrudescimento da legislação penal* na Itália, como adiante também será mais detalhado.

Em síntese inicial, procurou-se defender que não mais poderiam ser aplicáveis inúmeros dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais que se apresentassem completamente incompatíveis com as *garantias* fundamentais dos cidadãos e que estivessem estampadas numa Constituição democrática. Essa era a preocupação central, mas não a única, segundo cremos e interpretamos.

É importante pontuar *claramente* que *garantismo não é* simplesmente *legalismo*, pois a teoria está calcada numa visão teórica de um direito próprio de um Estado Social e Democrático.

É dizer: sob a ótica penal, ao tempo em que o investigado ou réu não pode ser mais visto como *um objeto* na instrução processual, e sim

writ nº 37.581-PR, com distribuição havida em 17/08/2004, a liminar foi indeferida em 20/08/2004. Com parecer favorável da Procuradoria-Geral da República anexado aos autos em 27/09/2004, o feito restou paralisado por aproximadamente um ano, até 04/10/2005. Nada obstante quatro pedidos de preferência tenham sido formulados, o réu-paciente continuava preso. Em 29/09/2005, impetrou-se o Habeas Corpus nº 86.824 perante o Supremo Tribunal Federal, reiterando-se a ilegalidade da prisão, bem assim a necessidade de se afastar o óbice imposto pela Súmula 691 do STF (Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar), pois não se tratava de hipótese de ataque direto e simultâneo à decisão monocrática de ministro de tribunal superior, mas sim em face de verdadeira negativa da prestação jurisdicional. Sem liminar, foram solicitadas informações ao impetrado, que as prestou somente após reiteração. Em 29/11/2005, o Superior Tribunal de Justiça deferiu o habeas corpus, e determinou a liberdade do paciente. O Habeas Corpus ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal ainda não havia sido apreciado até então, quando perdeu seu objeto. O segundo, Habeas Corpus nº 86.864-9, foi impetrado em 05/10/2005 a favor de filho de conhecido empresário e político de grande influência nacional (que com ele se encontrava preso pelos mesmos motivos), contra o indeferimento de liminar em outro writ perante o Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus nº 47.482-SP, distribuído em 19/09/1995), que ocorrera no dia 21/09/2005 (15 dias antes). Em 20/10/2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, afastando o óbice da referida Súmula, em decisão inédita após sua edição, por maioria (vencidos os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, ausentes os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cezar Peluzzo), deferiu a liminar e libertou o paciente [...]."

como um *sujeito de* direitos (referido aqui unicamente por esse prisma *inicial* do *garantismo*), a submissão do juiz à lei não mais é – como sempre foi pela visão *positivista* tradicional e *ilustrada* – à letra da lei (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acríptico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição (validade) vista como um todo. Sem exarar considerações críticas ou valorativas de nossa parte, ressalta-se que talvez por isso é que Prieto Sanchís defenda que a justiça constitucional verdadeiramente indispensável (especialmente em sede penal) não é do tribunal constitucional, mas da jurisdição ordinária ⁵.

Na senda de Gascón Abellán, é importante visualizar "*como primera aproximación que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte de poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas*"⁶.

Concordamos plenamente que, *como uma primeira aproximação*, a teoria garantista – cujo marco histórico fundamental *inicial* foi, efetivamente, a obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli – tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais *individuais* (denominados *direitos de primeira geração*) estabelecidos precipuamente na Constituição da República.

⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 170. Apud ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 62.

⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 21.

Todavia, “*garantismo*” – pelo menos em nossa ótica e, segundo compreendemos, também na de Ferrajoli, notadamente em dias atuais, com a evolução do pensamento – não é e não pode ser (mais) um marco teórico calcado *exclusivamente* na premissa sintetizada acima. Louvamos e defendemos abertamente a proteção dos *direitos* fundamentais *individuais*, mas a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos *coletivos e sociais*), também deveres (que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil), e está calcada em inúmeros princípios e valores que *não* podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão *sistêmica e integral* dos comandos da Carta Maior.

Quiçá pela preocupação de que fossem protegidos de forma urgente e imediata *apenas* os direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos (e havia na gênese do movimento razões plausíveis para uma *maior* proteção de tais direitos em embates na seara penal), não raro vemos hodiernamente um certo desvirtuamento dos *integrais postulados garantistas*, na medida em que a ênfase única continua recaindo *exclusivamente* sobre direitos fundamentais *individuais* (como se houvesse apenas a exigência de um *não-fazer* por parte do Estado como forma de garantir unicamente os direitos de primeira geração).

Também são correntes situações típicas de *decisionismos* (criticadas veementemente por Ferrajoli, mas em polo inverso de aplicação – antes *contra* os réus) embasadas em *doutrinas garantistas* sem que se diga, científica e/ou dogmaticamente, qual a fundamentação *coerente* para a tomada de tal ou qual posição.

Exemplificativamente, não é incomum encontrar decisões judiciais e posicionamentos doutrinários defendendo que, *modernamente*, o Direito Penal somente poderia incidir de forma *subsidiária*, verdadeira

ultima ratio, a ele ocorrendo-se quando todos os demais ramos do Direito não cumpriram seus desideratos de proteção do bem jurídico. A assertiva é verdadeira, mas quando utilizada sem uma mínima fundamentação racional, de forma indiscriminada e como verdadeira frase-pronta (hipótese modernamente conhecida como *copiar-colar*) para situações em que não poderia incidir referido princípio (vide adiante o terceiro pilar fundante do garantismo), acaba gerando verdadeira *desproteção sistêmica*. É dizer: sem racionalidade (para não dizer *sem fundamentação*), protegem-se exclusivamente direitos individuais fundamentais sem que se note (preferimos pensar assim, um equívoco no modo de compreensão da doutrina aplicada) uma desproporcionalidade em relação aos demais direitos fundamentais que formam a complexa teia de bens e valores que possuem proteção constitucional.

A questão central do presente e modesto trabalho está exatamente aí: em doutrina e jurisprudência, têm-se difundido os *ideais garantistas* sem que se analise pelo menos de um modo minimamente dogmático o que, efetivamente, significa *garantismo*. É a *Íntegra* de seus postulados (devidamente concatenados) que pretendemos seja aplicada (porque assim a Constituição determina), e não o que tem havido em muitas situações (valorizando-se *unicamente* direitos *individuais* fundamentais) e que temos denominado de *garantismo monocular*⁷, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli (ao menos na leitura que fizemos de seu *integral* pensamento). Daí que, em texto de algum tempo, ousamos *criar* a expressão *garantismo penal integral* -

⁷ FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 29 jul 2014.

hoje referido apenas como *garantismo integral* - como forma de demonstrar que, sendo o garantismo nada mais do que a visão atual do *constitucionalismo*, há se considerar na hermenêutica constitucional (sobretudo com reflexos nas searas penal e processual penal) a valoração de *todos os direitos e deveres* existentes no corpo da Carta Maior, e não apenas os direitos fundamentais *individuais* (e de primeira geração) dos investigados e/ou processados criminalmente.

Que fique bem claro: temos a plena consciência de que a compreensão do sistema jurídico e das doutrinas que o circundam (e o *garantismo* com reflexos na área *penal* é uma delas) requer a humildade de se admitir que há antinomias e proposições contrárias ao pensamento que se desenvolve. Repristinando nossas premissas assentadas noutro momento⁸, pretender uma única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação (inclusive do teor de uma *doutrina*). Se é certo que diferentes intérpretes podem produzir, a partir do mesmo texto, distintas normas jurídicas, não se pode afastar que, a partir de uma mesma *doutrina*, também podem defluir posicionamentos interpretativos pouco diversos. É o caso em voga. O que se pretende é buscar a compreensão do *garantismo* que se considera *mais adequada*, pois, na senda de Larenz, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao Direito, em que existe apenas o aceitável (justificável). Como diz, em complemento, Recaséns Siches, "*las tesis y los juicios en el Derecho son formulados dentro de determinados márgenes de posibilidad, con pretensiones de probabilidad y nunca de un modo exacto, antes bien, sólo de un modo aproximadamente adecuado*"⁹.

⁸ FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 37-38.

⁹ RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973. p. 120.

O que se deve perseguir, então, é o que se denomina de *melhor resposta*, aquela que se apresenta de forma mais *racional, mais razoável* para a solução do impasse.

A questão que se põe em discussão então é: o que é garantismo na *íntegra* das proposições de Ferrajoli? Tentaremos trazer a resposta que consideramos *a mais consentânea* com a doutrina retromencionada, devidamente concatenada com a realidade jurídica brasileira.

2 AS CONCEPÇÕES FUNDANTES E OS PILARES DA TEORIA GARANTISTA

Numa *primeira aceção*, garantismo designa *um modelo normativo de direito*. Num plano político, revela-se como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e num plano jurídico “como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos”. Em consequência, é garantista “todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efetiva”¹⁰.

Já numa *segunda aceção*, o garantismo designa uma teoria jurídica de *validade e efetividade* como categorias distintas não somente entre si, mas também acerca da *existência* e *vigência* das normas. Sob esse espectro, garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o *ser* e o *dever ser* em Direito¹¹. Numa frase: o juiz não tem obrigação jurídica de aplicar as leis inválidas (incompatíveis com o ordenamento constitucional), ainda que vigentes. E isso se revela extremamente importante no Brasil, onde o denominado controle difuso é

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 851-852.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 852.

consentâneo ao sistema jurídico vigente e pode ser realizado em todas as instâncias (observadas, por evidente, as limitações das decisões constitucionais com efeitos vinculantes exaradas pelo Supremo Tribunal Federal).

E, pelo prisma de uma *terceira* acepção, garantismo designa uma *filosofia política* que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos (todos!) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos¹².

Essas três acepções de *garantismo*, diz Ferrajoli¹³, delineam uma *teoria geral do garantismo*: o caráter vinculado do poder público ao estado de direito; a separação entre validade e vigência; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade.

Gascón Abellán¹⁴ enceta com precisão: num verdadeiro Estado garantista, o legislador (dizemos nós, em complemento: não só o legislador, mas todos os *poderes* do Estado e também os particulares) não tem um poder de disposição, pois está limitado pelos bens e valores constitucionais (donde se enquadram, repise-se, *não apenas* os direitos fundamentais *individuais*).

Como salienta Prieto Sanchís¹⁵, Ferrajoli sempre insistiu que o paradigma garantista "*es uno y el mismo que el actual Estado constitucional de derecho, o en que representa la outra cara del*

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 853.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 854.

¹⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 30.

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y garantismo**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 41.

constitucionalismo, concretamente aquella que se encarga de formular las técnicas de garantías idoneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos [...] [todos os direitos, explicitamos] [...] reconocidos constitucionalmente".

Com efeito, o *Sistema Garantista* (denominado por Ferrajoli como SG) tem pilares firmados sobre dez axiomas fundamentais, que, ordenados, conectados e harmonizados *sistemicamente*, determinam as “regras do jogo fundamental” de que se incumbe (também) o Direito Penal e o Direito Processual Penal¹⁶. Não há se esquecer: são proposições assertivas e não prescritivas.

Nas exatas palavras de Ferrajoli, *"el modelo garantista [...] presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminal, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos"*¹⁷.

Numa síntese, os princípios fundantes do *garantismo* (agora sob o *prisma*) penal são os seguintes¹⁸: 1) princípio da *retributividade* ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido (que demonstra o

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 93.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 103-104.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 93.

expresso reconhecimento de Ferrajoli da *necessidade* do Direito Penal, contrariamente a visões *abolicionistas*. Aliás, Ferrajoli reiteradamente tem dito que o garantismo penal é a *negação* do abolicionismo¹⁹); 2) princípio da *legalidade*: inviável se cogitar a condenação de alguém e a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, guardando esta a devida compatibilidade com o sistema constitucional vigente; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do Direito Penal: somente se deve acorrer ao Direito Penal quando absolutamente necessário, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução dos conflitos por outros meios. É a *ultima ratio* do Direito Penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do ato: além de típico, o ato deve causar efetiva lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido, desde que deflua da Constituição (direta ou indiretamente) mandato que ordene sua criminalização²⁰; 5) princípio da *materialidade*; 6) princípio da *culpabilidade*: a responsabilidade *criminal* é do agente que praticou o ato, sendo necessária a devida e segura comprovação da culpabilidade do autor; remanescendo dúvidas razoáveis, há se aplicar o aforisma *in dubio pro reu*; 7) princípio da *jurisdicionalidade*: o devido processo legal está relacionado diretamente também com a estrita obediência de que as penas de natureza criminal sejam impostas por quem investido de jurisdição à luz das competências estipuladas na Constituição; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação: numa frase significa *unicamente* que o julgador deve ser pessoa distinta da do acusador; 9) princípio do *encargo da*

¹⁹ Vide palestra proferida por Luigi Ferrajoli no dia 1º de maio de 2007, na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, com tradução de Sandra Dall'Onder.

²⁰ A propósito, vide GONÇALVES, Luiz Carlos dos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Fórum, 2008.

prova: ao réu não se deve impor o ônus de que é inocente, pois é a acusação quem tem a obrigação de provar a responsabilidade criminal do imputado; 10) princípio do *contraditório*: sendo inadmissíveis procedimentos kafkianos, deflui do devido processo legal que o réu tem o direito fundamental de saber do que está sendo acusado e que lhe seja propiciada a mais ampla possibilidade de, se quiser, rebater (ampla defesa) as acusações que lhe são feitas.

Reportando-se a Ferrajoli, anota Miguel Carbonell que, para o mestre italiano, garantia “es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un *derecho subjetivo*” [atente-se que não se destaca que, necessariamente, seja um direito subjetivo individual]. Podem haver “*garantías positivas y garantías negativas; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algun derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algun derecho*”²¹.

A equação pode parecer complexa, mas na raiz é bastante simples: para a (e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivas) e (também, segundo defendemos) na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há se observar que os princípios elencados funcionam como guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente.

²¹ CARBONELL, Miguel. **La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p.182. Na verdade, o livro é GARANTISMO – ESTUDOS SOBRE O PENSAMENTO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI.

3 “GARANTISMO”: DA TEORIA (INTEGRAL) DA DOCTRINA DE FERRAJOLI PARA A FRAGMENTAÇÃO QUE DENOMINAMOS DE *GARANTISMO MONOCULAR*

Compreendemos que a leitura mais racional da tese central do *garantismo* está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e *também* coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição.

Normas de hierarquia inferior (e até em alterações constitucionais) ou então interpretações judiciais não podem solapar ou restringir o que já está (e bem) delineado constitucionalmente na seara dos direitos (e deveres) fundamentais. Embora eles não estejam previstos única e topicamente ali, convém acentuar que o art. 5º da Constituição está inserto em capítulo que trata “*dos **direitos e deveres individuais e coletivos***”. Assim, como forma de maximizar os fundamentos garantistas, a função do hermeneuta está em buscar quais os valores e critérios que possam *limitar ou conformar constitucionalmente* o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Não temos dúvidas, a Constituição Federal brasileira é *garantista* e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, mas insistimos: a teoria garantista não existe *apenas* para proteção de interesses e direitos fundamentais individuais. Como bem salienta José Luis Martí Mármol, “*el paradigma constitucional incluye asimismo, según Ferrajoli, los siguientes grupos de derechos fundamentales: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos*

civiles (o de autonomía privada), derechos liberales (o de libertad) y derechos sociales^{22 23} [grifos nossos].

Se a Constituição é o ponto de partida para (também) a análise (vertical²⁴) do influxo dos princípios fundamentais de natureza penal e processual penal, decorre daí que o processo hermenêutico não poderá assentar-se sobre fórmulas rígidas e pela simples análise *pura* (muito menos literal) dos textos dos dispositivos legais (inclusive da própria Constituição).

Na linha dos próprios fundamentos basilares do *garantismo*, não se afigura difícil compreender que a Constituição ocupa uma função central no sistema vigente (sem gerar um *panconstitucionalismo*), podendo-se dizer que seus comandos traduzem-se como *ordenadores* e

²² MARTÍ MÁRMOL, José Luis. **El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 384.

²³ José Casalta Nabais (**Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007) defende que os deveres fundamentais constituem-se em categoria jurídica constitucional específica. Nessa senda, abordando o tema relativo aos *custos dos direitos*, ensina que uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até o momento, na forma de estado moderno, está necessariamente ancorada em deveres fundamentais, que são justamente os custos *lato sensu* ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade. Comunidade cuja organização visa justamente realizar um determinado nível de direitos fundamentais, *sejam os clássicos direitos e liberdades, sejam os mais modernos direitos sociais*. Nada obstante suas reservas acerca da premissa de que haveria uma necessária correlação entre direitos e deveres fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 548) reconhece explicitamente que “ao lado de deveres conexos com direitos fundamentais existem também deveres autónomos (exs: art. 106º, dever de pagar impostos)”.

²⁴ Como diz Maria Fernanda Palma (**Direito constitucional penal. Coimbra: Almedina, 2006. p. 16**), “a Constituição pode conformar o Direito Penal porque funciona como uma espécie de norma fundamental autorizadora do Direito ordinário, assumindo um papel hierarquicamente superior”.

*dirigentes*²⁵ aos criadores e aos aplicadores (intérpretes) das leis (aí incluída a própria Constituição, por evidente).

Como se vê da doutrina de Maria Fernanda Palma, é "*a Constituição quem define as obrigações essenciais do legislador*²⁶ *perante a sociedade. Ora, esta função de protecção activa da Sociedade configura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores*²⁷."

Nessa linha, entendemos também deva ser a interpretação do próprio conteúdo dos dispositivos constitucionais.

Para nós, significa que a compreensão e a defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma

²⁵ Ao abordar os problemas decorrentes das relações entre a Constituição e a lei em sua obra intitulada **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, Canotilho [2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 11] reconhece que o núcleo essencial do debate que propõe está no "que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais". Em razão do conteúdo conclusivo do mestre de Coimbra no prefácio da segunda edição de sua obra, interpretações doutrinárias – notadamente no Brasil – começaram a apontar no sentido de que, hodiernamente, não mais permaneceriam hígidas suas proposições acerca da vinculação do legislador a uma Constituição dirigente. O cerne do pensamento permanece. A assertiva é do próprio Canotilho, que apenas admite que as condições sociopolíticas que inspiraram a edição da obra no ano de 1982 se modificaram. Contudo, ratificando que uma Constituição dirigente representa um projeto de limitação do legislador, da liberdade de conformação do legislador, e de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional, enfatiza que "continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição sirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15). O que se deve apreender da noção de Constituição dirigente "é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas". Compreendendo-se certo grau de dirigismo da Constituição, é necessário haver o "cumprimento dos preceitos e princípios insíntos aos Direitos Fundamentais-Sociais e ao núcleo político do Estado Social imanente ao paradigma do Estado Democrático de Direito" (STRECK, Lênio. **Teoria da constituição e jurisdição constitucional**. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 40).

²⁶ Insistimos: também todos os demais Poderes e órgãos do Estado.

²⁷ PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 106-107.

interpretação *sistemática* dos princípios, das regras e dos valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988 (o *novo marco teórico* que referimos inicialmente), há também *novos paradigmas* influentes *também* (ao que interesse precipuamente aqui) em matéria penal e processual penal. Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos *integrals* do sistema garantista.

Com efeito, e na linha do que já foi dito, têm-se encontrado reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais em que há simples *referência* aos ditames do *garantismo (penal)* ou da *doutrina de garantias*, sem que se veja nelas a assimilação, na essência, de qual a extensão e quais os critérios da aplicação das bases teóricas invocadas. Em muitas situações, ainda, como já anunciamos, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (*quicá* pela *compreensão não integral* dos seus postulados). Daí que falamos, em nossa crítica, que se tem difundido um *garantismo penal* unicamente *monocular*: Evidencia-se desproporcionalmente e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados.

De relevo o que diz Perfecto Andrés Ibáñez, para quem se deve analisar a existência atualmente de um "*garantismo dinámico, que es el que trasciende el marco de o proceso penal y también el de la mera garantía individual de carácter reactivo para ampliarse al aseguramiento de otros derechos e de los correspondientes espacios hábiles para su ejercicio*". Prossegue apontando que se deve buscar uma estratégia

baseada no respeito das regras constitucionais do jogo em matéria penal e processual penal e, de forma geral, no estabelecimento de um regime de garantias para a *totalidade dos direitos fundamentais* como um modo de sedimentar a democracia²⁸.

Miguel Carbonell é mais incisivo e objetivo ao defender que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli apresenta-se como um *paradigma inacabado*, como uma *obra no meio do caminho*, carente de complementação e devida compreensão²⁹.

De certa forma Ferrajoli parece aceitar (nota dos verdadeiros mestres) a crítica construtiva de Carbonell ao admitir expressamente que *"el paradigma garantista puede expandirse (y en el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no solo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no solo a los poderes públicos y en ámbito internacional y nó solo estatal"*³⁰.

A teoria do garantismo defendida por Luigi Ferrajoli é originária de um movimento do uso (alternativo) do direito nascido na Itália nos anos setenta por intermédio de juizes do grupo Magistratura Democrática (dentre eles Ferrajoli)³¹, sendo uma consequência da evolução histórica dos direitos da humanidade, que, hodiernamente, considera o acusado *não* como objeto de investigação estatal, mas sim como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que passa a ter o poder-dever de protegê-

²⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 60.

²⁹ CARBONELL, Miguel. **La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p.171.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006. p. 113.

³¹ Vide também ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 60.

lo, em qualquer fase do processo (investigatório ou propriamente punitivo). Segundo a fórmula garantista, na **produção** das leis (e também nas suas interpretações e aplicações), seus conteúdos materiais devem ser vinculados a princípios e valores estampados nas constituições dos estados democráticos em que vigorem.

É dizer: *todos* os direitos fundamentais equivalem a *vínculos de substância*, que, por sua vez, *condicionam a validade da essência das normas* produzidas (e *também nas suas interpretações e aplicações*), expressando, ao mesmo tempo, os fins aos quais está orientado o denominado Estado Constitucional de Direito³².

Na construção do mestre italiano, nunca é demais realçar, as *garantias* são verdadeiras técnicas insertas no ordenamento que têm por finalidade reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, possibilitando, assim, uma máxima eficácia dos direitos fundamentais (mas de *todos os grupos* de direitos fundamentais) segundo determinado pela Constituição³³.

Parece bastante simples constatar que a *teoria do garantismo* se traduz numa tutela daqueles valores e/ou dos direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante sob a ótica (aqui) do Direito Penal. Vale dizer: quer-se estabelecer uma *imunidade* – e *não im(p)unidade* – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e *também a proteção dos interesses individuais e coletivos*³⁴.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 152.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 25.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 271.

Assim, se todos os Poderes estão vinculados a esses paradigmas – como de fato estão –, especialmente é o Poder Judiciário quem tem o dever de dar garantia *também* aos cidadãos (*sem descurar da necessária proteção dos interesses sociais e coletivos*) diante das eventuais violações que eles vierem a sofrer. É exatamente por isso que Miguel Carbonell refere que "*en el modelo del Estado social los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de caracter social*"³⁵.

Em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas*, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a *eficiência e segurança*.

Nesse momento do silogismo, é digno de nota que, *também* como imperativo constitucional (art. 144, *caput*, CF), o dever de garantir *segurança* (que se desdobra em direitos *subjetivos individuais e coletivos*)³⁶ não está em apenas *evitar* condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na *devida apuração* (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição do responsável. Nesse diapasão, calham ao caso novamente as considerações de Miguel Carbonell, quando assenta que "*la obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos*

³⁵ CARBONELL, Miguel. **La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 179.

³⁶ A propósito do tema, remetemos ao texto de nossa autoria (posterior à primeira edição do presente livro) denominado *A efetividade democrática do direito fundamental à segurança e os postulados garantistas*. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). *Direito à Democracia - Ensaios Transdisciplinares*. 1 ed. São Paulo: Editora Modelo, 2011, v. 1, p. 173-196.

violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones [...], sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho"³⁷.

Efetivamente não se pode esquecer que a segurança (*lato sensu*) é ínsita e imanente a um Estado calcado nas mais democráticas e sociais regras dirigentes (como também se apresenta o ordenamento brasileiro). Aliás, percucientemente observa Baltazar Júnior que "o *dever estatal de garantir a segurança dos cidadãos é um dos fundamentos da própria existência e legitimação do Estado*"³⁸. De forma brilhante, diz-nos ainda o culto magistrado federal Baltazar Júnior que "*segurança e liberdade, vistos como princípios, podem entrar em colisão, pois quanto maior a vigilância e menor a liberdade, maior a segurança. Ao contrário, quanto maior o grau de liberdade, maiores os riscos e menor a segurança. Com isso não se afirma que segurança e liberdade sejam incompatíveis, mas que terá que ser buscada entre ambos a concordância prática em casos concretos, de modo a conferir a máxima eficácia possível a ambos*"³⁹.

Exatamente por isso é que compreendemos que o processo criminal e a respectiva imposição de pena aos infratores é uma forma de, mediante as irradiações dos efeitos da *prevenção geral positiva*, garantir a segurança e convivência entre os pares que não infringiram o ordenamento jurídico.

³⁷ CARBONELL, Miguel. **La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 194.

³⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189.

³⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op.cit., p. 205.

Analisando o tema relacionado aos deveres de proteção e os direitos fundamentais, Gilmar Mendes reconheceu (com acerto, para nós) que *"os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental [...]"*⁴⁰.

Nessa mesma linha são as percucientes observações de Bernal Pulido, quando destaca que *"la cláusula del Estado social de derecho modifica el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. [...] De este modo, junto a la tradicional dimensión de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva. En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de "deberes de protección" [dizemos nós: de proteção ótima] que encarnan en*

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Também em Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 8, 2004, p. 131-142.

*conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan*⁴¹.

Na sequência de sua doutrina, destacando que “*el efecto disuasorio o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros*”, enfatiza que “[...] *La segunda variante del principio de proporcionalidad, que también se aplica para controlar la constitucionalidad de la legislación penal, pero desde el punto de vista de la satisfacción y las exigencias impuestas por los derechos de protección, es la prohibición de protección deficiente. En esta variante, el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión prima facie de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen prima facie al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos e principios que juegen en sentido contrario. El carácter prima facie de estos derechos implica que las intervenciones del legislador de las que sean objeto sólo puedan ser constitucionalmente admisibles y válidas de manera definitiva se observan las exigencias del principio de proporcionalidad. La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente (el Untermassverbot) de la doctrina alemana. Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones*

⁴¹ BERNAL PULIDO, Carlos. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p.126.

de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue prima facie la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. Esta prohibición se compone de los siguientes subprincipios. Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima vulnera las exigencias de principio de idoneidad cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo. [...] Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de necesidad cuando existe otra abstención y otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad, y a la vez favorezca más la realización del derecho fundamental de protección. [...] Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido estricto cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo (la no-intervención de la libertad) es inferior al grado en que no se realiza el derecho fundamental de protección. Si se adopta la escala triádica expuesta con ocasión de la interdicción del exceso, se concluirá entonces que, según la prohibición de protección deficiente, está prohibido que la intensidad en que no se garantiza un derecho de protección sea intensa y que la magnitud de la no-intervención en la libertad o en otro derecho de defensa sea leve o media, o que la

*intensidad de la no-protección sea media y la no-intervención sea leve. [...]”*⁴².

Denominado de *garantismo positivo* (que, para nós, é indubitável ser aplicado *também* nas searas penal e processual penal), esse *dever de proteção* (no qual se inclui a *segurança dos cidadãos*) implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos. Admitamos: o assunto não é novo, embora na grande maioria das vezes não invocadas essas premissas e realizado o silogismo por esse prisma.

Ratificamos nossa compreensão⁴³ no sentido de que, embora construídos por premissas diversas, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso – *Übermassverbot* – e da deficiência – *untermassverbot* – é *proporcional*) e a teoria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o *equilíbrio* na proteção de *todos* (individuais ou coletivos) os *direitos e deveres* fundamentais expressos na Carta Maior.

4 ALGUNS EXEMPLOS DE FRAGMENTAÇÃO DA TEORIA GARANTISTA

Não há como enfrentar tantas situações que, ao menos para nós, se têm revelado como comprovações do que aqui defendido. A exemplificação pode ser, pelo menos, complementar e, de certa forma,

⁴² BERNAL PULIDO, Carlos. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 139-142.

⁴³ FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 29 jul 2014.

quicá elucidativa do que pretendido explicitar no presente e modesto estudo.

4.1 POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE O MINISTÉRIO PÚBLICO REALIZAR PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS

Há muitos questionamentos acerca da legitimidade de o Ministério Público poder, eventualmente, realizar *procedimentos investigatórios*. Sim, não negamos, o tema é bastante espinhoso, sem dúvidas. Mas o que importa para o *debate dialético* é que há certa propagação por meras *repetições* que a admissão de tal circunstância violaria o *sistema acusatório*, bem como se revelaria incompatível com o ordenamento constitucional vigente e com os *paradigmas garantistas*. Respeitosamente, não nos parece a melhor compreensão. Primeiro, porque não há incompatibilidade alguma entre o sistema acusatório com a circunstância de o Ministério Público *eventualmente* proceder à coleta de provas⁴⁴. Em segundo lugar, porque, como se vê das suas *próprias palavras*⁴⁵, Ferrajoli defende abertamente que, muitas vezes, é evidente que as investigações da Polícia devem ser efetuadas em segredo, sob a *direção* da acusação pública, mas isso significa apenas que não devem as provas ser realizadas pelo juiz⁴⁶. É o que deflui do oitavo princípio, o princípio acusatório ou da separação do juiz e da acusação. Aliás, foi o que disse de modo hialino e expresso o próprio Ferrajoli em palestra

⁴⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 466.

⁴⁵ Entendemos que a realidade jurídica da Itália, que tem suas peculiaridades, em nada altera a conclusão e aplicação das premissas no âmbito jurídico brasileiro.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 621. No mesmo sentido, confira-se FONSECA, Mauro de Andrade. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006. p. 116.

proferida no ano de 2007 em Porto Alegre-RS. Ao ser indagado acerca dos poderes investigatórios do Ministério Público, foi explícito o mestre italiano no sentido de que o Órgão Ministerial **deve** investigar, mas, no exercício de seu mister (o que é óbvio), está vinculado aos preceitos fundamentais garantistas insertos na Constituição quando realizar atos de investigação⁴⁷. Nada mais.

A questão que se põe, então, é que se revela totalmente equivocado arguir os postulados garantistas como forma de defender a impossibilidade de investigação pelo Ministério Público. Não há dúvidas que se pode defender, por outros fundamentos, a ausência de tal possibilidade. Entretanto, o espaço não comporta maiores digressões, apenas reafirmamos que, pós a rejeição (quase por unanimidade, fato histórico) da (denominada) PEC 37 pelo Congresso Nacional brasileiro, parece bem sedimentada a ideia de que, mediante o devido processo legal, as investigações sejam realizadas (*quando necessário*) também pelo Ministério Público⁴⁸.

4.2 LIMITAÇÃO AO PRAZO DE 30 DIAS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

⁴⁷ Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2007, com tradução de Sandra Dall'Onder.

⁴⁸ Sobre o tema do *poder investigatório*, remetemos a estudo de nossa autoria mais detalhado:

FISCHER, Douglas. **Investigação pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade**. In: Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanchez Cunha e Pedro Taques. (Org.). Limites Constitucionais da Investigação. 1ª ed. São Paulo: RT Editora, 2009, v. 1.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 2014. 6ed. São Paulo:Atlas.

Também se encontram posicionamentos doutrinários defendendo que, por um prisma *garantista*, interceptações telefônicas não poderiam ultrapassar o prazo de 30 dias (15 dias + 15 dias)⁴⁹.

Primeiramente, há se convir que, se mantido o entendimento de que seria apenas possível uma prorrogação das interceptações telefônicas, somente se garantiria a possibilidade de investigação por 30 dias mediante a interceptação telefônica. Passado o lapso temporal matemático, conferir-se-ia verdadeira imunidade aos delinquentes para continuarem na senda dos crimes. Não é porque o entendimento a respeito da possibilidade de ser ultrapassado o prazo encontra guarida no STF ⁵⁰ e, atualmente, também no STJ ⁵¹ que se deva entender como correta a posição. É que, efetivamente, não há como se fazer uma *interpretação* meramente literal do dispositivo de lei. Se é verdade que o *Estado* não pode agir com excessos *injustificados* em detrimento do cidadão (*Übermassverbot*, segundo expressão de Canaris – ou também hodiernamente denominado de *garantismo negativo*), não menos correto que deva agir proporcionalmente para a proteção da coletividade em razão de práticas delitivas por quaisquer que sejam seus agentes

⁴⁹ A propósito, vide SILVA JÚNIOR, Décio Lins e. ½ Calabreza, ½ Garantia fundamental. *Boletim IBCCrim*, n. 194, jan. 2009. E também nossa crítica a esse posicionamento no texto "*Não há direito fundamental à impunidade - Algumas considerações sobre a possibilidade das prorrogações das interceptações telefônicas*". *Revista Internacional Direito e Cidadania*, v. 4, p. 1-1, 2009.

⁵⁰ V.g. RHC n. 88.731-SP, Plenário, unânime, publicado no DJ de 2.2.2007; Inquérito n. 2.424/RJ, Rel. Ministro Cezar Peluso, Plenário, julgado em 26.11.2008, publicado no DJ em 26.3.2010.

⁵¹ V.g., Habeas Corpus nº 121.212-RJ, 6ª Turma, unânime, Relator Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 14.02.2012, publicado no DJ em 05.03.2012; Habeas Corpus nº 105.725-SP, 5ª Turma, unânime, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 1º.12.2011, publicado no DJ em 1º.2.2012; Habeas Corpus nº 131.441-MT, 6ª Turma, unânime, Relator Ministro Haroldo Rodrigues, julgado em 4.8.2011, publicado no DJ em 24.8.2011.

(*Untermassverbot*). Compreendemos que a interpretação (sistêmica e não meramente *literal*) ratificada pelo STF acerca da possibilidade de ser ultrapassado o prazo de 30 dias nas interceptações telefônicas, desde que necessárias e fundamentadas as ordens judiciais que as autorizam, e da desnecessidade de degravação de todas as interceptações coadunam-se com os princípios basilares da Carta da República e não arrostam, por si só, *abstratamente*, direitos fundamentais individuais. Se os direitos fundamentais dos investigados devem ser preservados, insistimos que eles *não são* absolutos. Podem ser relativizados se presente(s) no caso concreto outro(s) valor(es) constitucional(ais) relevante(s) em sopesamento.

4.3 DA (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO DE PENAS NA PENDÊNCIA DE RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. A IMPUNIDADE PELA PRESCRIÇÃO EM RAZÃO DA INTERPRETAÇÃO ISOLADA (TÓPICA), E NÃO SISTÊMICA, QUE VEM SENDO CONFERIDA AO TEMA PELOS TRIBUNAIS.

Em decisão proferida no dia 5.2.2009, no julgamento do HC n. 84.078, por maioria de votos (7x4, vencidos os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Menezes Direito), o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu inviável a execução de pena antes de exauridas todas as instâncias, inclusive as extraordinárias (salvo se houver necessidade de prisão de índole cautelar), partindo-se da premissa central de que a Constituição estabelece uma garantia fundamental de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Malgrado o entendimento firmado pela Corte Suprema, e com todas as *vênias*, continuamos entendendo ⁵² que a execução das penas privativas de liberdade na pendência de recursos de natureza extraordinária (extraordinário e especial) não ofende o princípio da inocência, inculcado constitucionalmente. Em nossa compreensão inicial, o (respeitosamente) equívoco do STF decorreu do fato de fazer uma leitura isolada – quiçá textual – do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Uma observação relevante: a análise aqui desenvolvida dar-se-á apenas pelo prisma ora proposto, sendo de relevo destacar que, em percuente trabalho analítico também constante da obra "Garantismo Penal Integral", antes referida, as ilustres procuradoras regionais da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Mônica Nicida Garcia, com Fábio Gusman, demonstram de forma hialina que, à luz do direito comparado (cujos ordenamentos possuem as mesmas bases constitucionais da existente no Brasil), não há violação a direitos fundamentais de réus processados e condenados à exigibilidade de cumprimento das penas na pendência de recursos extremos.

Com efeito, em sede de recurso extraordinário, como primeira premissa, não mais se discute *culpa* ou *inocência* do agente criminoso já condenado pelas instâncias competentes, mas sim eventual afronta à Constituição nas situações bastante restritas nela prevista. Na exata dicção do julgado na Questão de Ordem no AI n. 664.567-2-RS (em que foram traçados os parâmetros fundamentais do tratamento referente à *repercussão geral*), o recurso extraordinário “busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição”.

Segundo, concordando-se ou não com tais premissas, o Supremo Tribunal Federal tem assentado que, também para fins de

⁵² FISCHER, Douglas. PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014 (item 637.1.1).

admissibilidade, a afronta deve ser direta e não reflexa (o que invariavelmente - ou quase à unanimidade - é tida por reflexa, pelo modo que vem sendo interpretado tal requisito pelo próprio Supremo Tribunal Federal⁵³).

Em terceiro lugar, reforçado agora pela exigência da demonstração da repercussão geral, não cabe mais falar em possibilidade de interposição do recurso extraordinário para discussão de questões meramente individuais da parte envolvida na demanda criminal. E não podemos deixar de admitir que a grande maioria das questões se debruça sobre especificidades do caso concreto posto a julgamento.

Em quarto lugar, em situações excepcionais em que se demonstrar a flagrante violação pela decisão colegiada de direitos fundamentais individuais que não possam ser reparados *prontamente* em sede de recursos extraordinários, há sempre (o que sempre se

⁵³ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA REFLEXA. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 723.167-4/RS, 2ª Turma, unânime, j. em 30.9.2008, publicado no *DJ* de 7.11.2008).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. REAPRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. PRECEDENTES DA CORTE.

1. Não se admite o recurso extraordinário quando o dispositivo constitucional que nele se alega violado não está devidamente prequestionado. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF.

2. Nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, as alegações de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, entre outros, configuram ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal e, por isso, não abrem passagem ao recurso extraordinário.

3. Não é possível, em sede de recurso extraordinário, reexaminar fatos e provas a teor do que dispõe a Súmula n. 279/STF.

4. Agravo a que se nega provimento. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 603.952-5/SP, 1ª Turma, unânime, j. em 13.5.2008, publicado no *DJ* de 27.6.2008).

olvida) a possibilidade de concessão de efeito suspensivo às irresignações⁵⁴, desde que comprovados "o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário no tribunal de origem, a viabilidade processual do recurso extraordinário devido à presença dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos do referido recurso, a plausibilidade jurídica da pretensão de direito material deduzida no recurso extraordinário e a comprovação da urgência da pretensão cautelar (Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Cautelar n. 1.494-4/RS, rel. min. Ellen Gracie, 2ª Turma, unânime, j. em 24.6.2008, publicado no DJ de 22.8.2008).

Portanto, fácil se ver que há possibilidade – nos casos excepcionais – de obstar o cumprimento imediato da pena imposta (privativa de liberdade ou restritiva de direitos), resguardando-se os direitos fundamentais individuais do réu processado *no caso concreto*.

Quinto – e talvez mais relevante em nossa concepção –, porque, como muito bem destacado no mesmo precedente *leading case* acerca da repercussão geral, “para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de

⁵⁴ MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. APELO RARO ADMITIDO NA ORIGEM. DISPENSA DE FORMALIDADE EM LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ÓRGÃO PÚBLICO. PACIENTE ABSOLVIDO EM PRIMEIRO GRAU E CONDENADO PELO TRIBUNAL ESTADUAL A PENA RESTRITIVA DE DIREITO E MULTA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. ART. 147 DA LEI 7.210/84 (LEP). MEDIDA CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE.

1. Em casos excepcionais, em que a execução provisória da pena possa causar lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente, a jurisprudência desta Corte vem aceitando o ajuizamento de Ação Cautelar Inominada destinada a dar efeito suspensivo ao Recurso Excepcional, nas hipóteses em que presentes os requisitos autorizadores da medida (*periculum in mora e fumus boni iuris*).

2. No caso em apreço, além de já ter sido processado e admitido o Recurso Especial, ao qual se pretende atribuir o almejado efeito suspensivo, a questão objeto de impugnação, qual seja, a necessidade de efetiva existência de prejuízo patrimonial ao Órgão Público, por força de dispensa de formalidade em procedimento licitatório, merece ser melhor apreciada por esta Corte [...].

4. Medida Cautelar julgada procedente. (Medida Cautelar n. 13.219/RS, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, unânime, j. em 3.6.2008, publicado no DJ de 4.8.2008).

locomoção – por remotas que sejam –, há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII)”.

É dizer: por uma interpretação sistêmica dos instrumentos constitucionais existentes para a proteção dos interesses individuais dos réus-processados, garante-se a utilização do *habeas corpus*, meio muito mais amplo e apto (eficaz) a proteger de forma absolutamente mais objetiva e na máxima medida possível os direitos individuais fundamentais eventualmente violados dos réus-condenados.

Mais: a cognição admitida em sede de *habeas corpus* é até mais ampla do que aquela admitida no âmbito das restritas hipóteses dos recursos extraordinários, mormente agora em que é exigida para esse (mas não para o *writ*) a demonstração da repercussão geral.

A propósito, esse raciocínio, desenvolvido mais detalhadamente em outra oportunidade⁵⁵, foi acolhido como argumento a mais pelo ministro Menezes Direito, que, ao proferir seu voto no julgamento do HC n. 84.078, firmou entendimento no sentido de que a execução da pena na pendência de recursos extraordinários não importaria em malferimento ao princípio constitucional de inocência.

Assim, se viável a execução das penas privativas de liberdade, não há empeco lógico-sistêmico para também se permitir a execução imediata das *penas restritivas de direito*.

Mantida a interpretação que conferida hoje, basta analisar as centenas e milhares de recursos meramente procrastinatórios (sim, há alguns casos, poucos, em que há fundamentos plausíveis para a recorribilidade) interpostos com a única finalidade de permitir o

⁵⁵ FISCHER, Douglas. **A execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição**. Revista de Direito Público, v. 25, p. 7-30, 2009. Também publicado na Revista de Interesse Público, n. 47, mar. 2008 e no Boletim dos Procuradores da República, n. 79, mar. 2008, p. 16-24.

reconhecimento da prescrição, ou intercorrente ou da pretensão executória.

Aliás, nesse tema, uma das maiores incongruências sistêmicas que se vê da interpretação jurídica.

Como pode se ver de decisões bem atuais, tanto o STF como o STJ ⁵⁶ vêm reconhecendo a impossibilidade da execução da pena enquanto não transitar em julgado a sentença final, mas a possibilidade da fluência do prazo da prescrição da pretensão executória quando *transitar em julgado apenas para o Ministério Público*.

Numa síntese inicial da interpretação *monocular*: começa a correr o prazo prescricional da pretensão executória, mas não pode haver a execução da pena. Coisas de interpretação em *terrae brasilis*, como nos alerta Lênio Streck em algumas oportunidades.

⁵⁶ [...] TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ART. 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. SÚMULA 83/STJ. 1. Nos termos do que dispõe expressamente o art. 112, inciso I, do Código Penal, conquanto seja necessária a sentença condenatória definitiva, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado para a acusação. Precedentes do STJ e do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (*AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 487.166-DF, STJ, 5ª Turma, unânime, julgado em 10.6.2014, publicado no DJ em 18.6.2014*)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. ARTIGOS 110 E 112 DO CÓDIGO PENAL. MARCO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL. 1. A prescrição regula-se pela pena aplicada depois de proferida a sentença condenatória, sendo que, cuidando-se de execução da pena, o lapso prescricional flui do dia em que transitado em julgado para a acusação, conforme previsto no artigo 112 combinado com o artigo 110 do Código Penal. Precedentes: HC 113.715, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28/5/2013, HC 110.133, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/4/2012, ARE 758.903, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 24/9/2013. 2. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INICIAL DO PRAZO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO.” 3. Agravo regimental desprovido. (*Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 764.385-DF, STF, 1ª Turma, unânime, julgado em 13.5.2014, publicado no DJ em 29.5.2014*)

Com efeito, e na linha do que já ponderamos mais detalhadamente na companhia de Eugênio Pacelli⁵⁷

[...] A Corte Suprema entendeu, no julgamento do HC no 84.078-MG, que seria impossível se cogitar a denominada *execução de pena* na pendência de recursos de natureza extraordinária, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade ou então da inocência.

Partindo-se das premissas assentadas pela Corte Suprema, imperioso que se dê nova roupagem à compreensão da questão do modo de cálculo da prescrição, especificamente da intercorrente e da executória. Atualmente, tem-se visto manifestações (sobretudo defensivas) no sentido do acolhimento da prescrição sob o fundamento de que o prazo prescricional deveria ser apurado entre a data da sentença (ou acórdão) condenatória e a do trânsito em julgado (apenas) para a acusação.

Não temos dúvidas em assentar que o acolhimento de tais *postulações* seria o *sepultamento* de toda efetiva (até então) persecução penal.

Com efeito, a partir do julgamento do referido *leading case*, deve-se fazer – inevitavelmente – uma *nova* leitura *também* do modo de contagem da prescrição.

A interpretação *não* pode ser *unilateral* ou *isolada*. Como alerta prudentemente Canaris, os pensamentos tópico e sistemático não se isolam um frente ao outro, mas se interpenetram mutuamente (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 273). De certa forma, é o mesmo recomendado por Edgar Morin ao referir que “*hoje em dia admite-se cada vez mais que [...] o conhecimento das partes depende do conhecimento do todo, como o conhecimento do todo depende do conhecimento das partes. Por isso, em várias frentes do conhecimento, nasce uma concepção sistêmica, onde o todo não é redutível às partes*” (MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 88). Também Eros Grau já falava em *doutrina* que “*a interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços*” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 40).

Portanto, é preciso se ver na *Íntegra* quais os efeitos que foram irradiados inclusive sobre a legislação

⁵⁷ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, fls. 1389-1391 (item 637.2).

infraconstitucional diante da *nova* leitura conferida pela Corte Suprema à questão da (im)possibilidade da execução de pena na pendência dos recursos de natureza extraordinária.

Nosso Código Penal, em vigência contemporânea com o CPP de 1941, somente se referiu ao prazo prescricional no âmbito da jurisdição ordinária, não contemplando, ao seu tempo, sequer a interrupção da prescrição pelo acórdão condenatório. A razão é (era) muito simples: a legislação em vigor determinava a execução provisória da condenação (até) em primeiro grau, somente admitindo a liberdade em circunstâncias especiais (antiga e originária redação do art. 594, CPP, hoje revogado expressamente, mas de incontestável inconstitucionalidade após 1988). Por isso, sequer os novos ares constitucionais poderiam *fracionar a lógica* da legislação prescricional, embora possa e deva tê-lo feito (nova interpretação) em relação às prisões cautelares, caso específico da vedação, como regra, da execução provisória. O que não se pode é dar interpretação conforme (a Constituição) *unicamente* em relação ao estatuto processual penal, olvidando-se por inteiro as determinações do Código Penal, originárias e umbilicalmente conectadas e dependentes daquelas cujo sentido se modificou.

Mais. Na legislação infraconstitucional há previsão no inciso IV do art. 117 do CP de que haveria a interrupção da prescrição *“pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”*.

Como já ponderado (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Manual de direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012), antes da decisão paradigmática do STF, tinha-se em síntese que: “a) se o réu fosse condenado em primeiro grau, a prolação da sentença interrompia a prescrição. Mantida a condenação em segundo grau, *teria início imediatamente a sua execução da condenação*, não mais se falando em prescrição da pretensão punitiva e, sim, da prescrição *executória*; b) se ele era absolvido em primeiro grau e condenado em segundo, essa (última condenação, embora rigorosamente não *interrompesse a prescrição, ela*, do mesmo modo, *já autorizava o início da execução da pena*, não mais se podendo falar em prescrição da pretensão punitiva, e, sim, da *executória*”.

Portanto, a decisão tomada pela Corte Suprema no *Habeas Corpus* no 84.078-MG implica *necessariamente* uma alteração essencial na *interpretação* do direito infraconstitucional.

Com efeito, antes da edição do precedente mencionado, como o acórdão de segundo grau era cumprido imediatamente, sem necessidade do trânsito em julgado, desnecessário constar na legislação que o acórdão geraria o efeito de interrupção da prescrição, já que este seria imediatamente executado. Esta é a razão lógica e histórica (e que ora não pode ser olvidada) pela qual o Código Penal

de 1941 não fez qualquer alusão ao fato de a decisão de segundo grau *também interromper* a prescrição, limitando-se a se referir à *sentença condenatória* (claro que idêntico efeito interruptivo *já* vinha sendo atribuído ao acórdão quando ele fosse condenatório diante de uma sentença absolutória).

Não há se esquecer, ainda, como destacado na mesma obra supramencionada, “que a Lei n. 11.596/2007 modificou o art. 117, CP, nele inserindo o *acórdão de segundo grau* como causa interruptiva da prescrição. Embora não se tenha dito na lei que a alteração legal não fazia distinção entre a decisão *confirmatória* da condenação de primeiro grau e aquela que, modificando a absolvição na sentença, condenasse o acusado, o fato é que a própria Exposição de Motivos da citada lei não deixa dúvidas quanto ao propósito da nova legislação. Ou seja: o legislador deixa claro ser aquele o fundamento e a justificação da alteração legislativa”.

Além disso, em se tratando de prescrição *executória* (o mesmo raciocínio se aplica para a *intercorrente*) a leitura do art. 112, I, CP, inarredavelmente necessita ser harmonizado com a *novel* compreensão sobre a execução das penas não definitivas em graus recursais extraordinários.

É preciso dizer de modo bem claro que a questão não gira em torno de se buscar uma interpretação que seria mais ou menos favorável a esta ou aquela pretensão no processo (acusação e defesa). Não se cuida, com efeito, de leitura menos ou mais favorável, na linha do *in dubio pro reo*. Nada disso. Cuida-se, muito ao contrário, de harmonizar as disposições legais do Código Penal que *determinaram as escolhas do processo penal*, o que exige a Contextualização histórica dos aludidos Códigos. Não se está *criando* nova causa de suspensão da prescrição, e sim conferindo (também) uma (nova) interpretação da expressão “trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação” constante do artigo 112, inciso I, do Código Penal.

Em síntese, a questão não deixa de ser decorrente da *lógica* da melhor compreensão sistêmica vigente: se a execução somente pode ser feita após o julgamento de todos os recursos (porque antes não há *nada* que possa ser executado), a prescrição, inexoravelmente, somente começará a correr do trânsito em julgado para *ambas* as partes. Do contrário, teríamos a situação (esdrúxula, para dizer o menos) de prazo prescricional fluindo de título que sequer seja exequível (vide considerações mais detalhadas em Fischer, Douglas; “A prescrição da pretensão executória penal em face do que decidido pelo STF no HC no 84.078-MG.” In: PAULSEN, Leandro (Org.). *Repercussão geral no recurso extraordinário*: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 1, p. 237-257).”

Com o máximo respeito, eis aí outra demonstração de uma visão *não-sistêmica* na interpretação e aplicação de todos os postulados garantistas, em que se está impondo uma leitura unicamente monocular, com prevalência (desproporcional e irracional, sob a ótica jurídico-sistêmica) exclusivamente dos direitos individuais de primeira geração, gerando uma impunidade calamitosa e, conseqüentemente, uma desproteção dos demais direitos fundamentais estampados na Constituição da República.

5 CONCLUSÕES

Ferrajoli entende que não é possível falar com decência de democracia, igualdade, garantias, direitos humanos e universalidade de direitos se não levamos (na íntegra) finalmente a sério – *segundo a fórmula de Dworkin* – a Declaração Universal dos Direitos da ONU de 1948 e os Pactos sobre os Direitos de 1966⁵⁸.

Acorrendo-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁹ (que serviu de paradigma para muitos dispositivos de nossa Carta Constitucional), fácil visualizar que há obrigatoriedade de proteção a direitos individuais e coletivos e que seja considerada a existência também de deveres fundamentais (exemplificativamente, vide artigos III, X, XI e XXIV).

Diante do exposto, não concordamos com as posições doutrinárias e os entendimentos jurisprudenciais que (mesmo sem explicitamente reconhecer) interpretam que o *garantismo* importe a

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 31.

⁵⁹ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 29 jul 2014.

prevalência indiscriminada *somente* de direitos fundamentais *individuais* sobre os demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais, sem sopesação alguma e, sobretudo, diante de interpretações lítero-gramaticais e acorrendo a verdadeiros *argumentos de autoridade* (e não "*autoridade dos argumentos*") como forma de justificar a decisão tomada.

Há muito adverte García de Enterría⁶⁰ que o juiz constitucional (entendemos nós, todos os juízes, mormente no Brasil, em que se permite a "filtragem difusa"), ao decidir o caso concreto, não pode perder de vista, em momento algum, as consequências práticas da decisão que tomar e que certas sentenças têm efeitos vinculantes gerais ou com força de lei. Essas sentenças podem ocasionar catástrofes não apenas para o caso concreto, mas para outros inúmeros casos, e, quando tais sentenças são politicamente inexatas ou falsas (no sentido de que arruinam as tarefas políticas legítimas de administração do Estado e de efetiva proteção dos interesses individuais e coletivos), a lesão pode alcançar toda a comunidade. Encerra com assertiva incisiva, porém correta, ao menos para nós: "el Tribunal Constitucional [dizemos nós: todos os tribunais] no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones".

Em síntese, do *garantismo integral* decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 179, 180 e 183.

incurrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de *direitos fundamentais individuais* implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de *garantismo monocular*: evidencia-se desproporcionalmente e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos, o que, como visto, *não é e nunca foi* o propósito único do *garantismo integral*.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Ministério Público e sua investigação criminal**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARBONELL, Miguel. **La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro.

Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição sirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: **teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

_____. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html.

_____. A execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição. **Revista de Direito Público**, v. 25, p. 7-30, 2009. Também publicado na Revista de Interesse Público, n. 47, mar. 2008 e no Boletim dos Procuradores da República, n. 79, mar. 2008.

_____. **A efetividade democrática do direito fundamental à segurança e os postulados garantistas**. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V.. (Org.). **Direito à Democracia - Ensaio Transdisciplinares**. 1 ed. São Paulo: Editora Modelo, 2011.

_____. Não há direito fundamental à impunidade - Algumas considerações sobre a possibilidade das prorrogações das interceptações telefônicas". **Revista Internacional Direito e Cidadania**, v. 4, p. 1-1, 2009.

_____. **Investigação pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade.** In: Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanchez Cunha e Pedro Taques. (Org.). Limites Constitucionais da Investigação. 1ed.São Paulo: RT Editora, 2009, v. 1.

_____. **A prescrição da pretensão executória penal em face do que decidido pelo STF no HC no 84.078-MG.** In: PAULSEN, Leandro (Org.). Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 1, p. 237-257.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional.** 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales.** In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Fórum, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MARTÍ MÁRMOL, José Luis. **El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales.** In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estudos de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Direito Fiscal**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y garantismo**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005

_____. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

SILVA JÚNIOR, Décio Lins e. ½ Calabreza, ½ Garantia fundamental. **Boletim IBCCrim**, n. 194, jan. 2009.

STRECK, Lênio. **Teoria da constituição e jurisdição constitucional**. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO AO JUIZ: RUMO A EVOLUÇÃO CIVILIZATÓRIA DO PROCESSO PENAL

Aury Lopes Jr.¹

Caio Paiva²

RESUMO: O estudo tem por objeto analisar a necessidade de imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz, através da ‘audiência de custódia’. Trata-se de uma exigência imposta pelo sistema interamericano de direitos humanos e que integra o Projeto de Lei do Senado PLS nº 554/2011.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão em Flagrante. Apresentação de preso ao juiz. Audiência de custódia. PLS Nº 554/2011. Processo penal.

SUMÁRIO: 1. A prisão no (con)texto legislativo e judicial brasileiro. 2. Processo Penal e Direitos Humanos. 3. Audiência de custódia: previsão normativa, vantagens, definição de suas características, insuficiência do regramento jurídico interno, implementação no Brasil e breves considerações sobre o PLS nº. 554/2011. 3.1. Previsão normativa. 3.2. Vantagens. 3.3. Definição de suas características. 3.4. Insuficiência do regramento jurídico interno. 3.5. Implementação no Brasil. 3.6. Breves considerações sobre o PLS nº. 554/2011. 4. Conclusão. 5. Referências.

¹ Aury Lopes Jr. é Advogado, Doutor em Direito Processual Penal, Professor do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Ciências Criminais da PUCRS.

² Caio Paiva é Defensor Público Federal, Especialista em Ciências Criminais e editor do site www.oprocesso.com

1 A PRISÃO NO (CON)TEXTO LEGISLATIVO E JUDICIAL BRASILEIRO

No *teatro penal* brasileiro, a prisão desponta, indiscutivelmente, como a protagonista, a atriz principal, que estreia um monólogo sem fim. Não divide o palco, no máximo, permite que algumas cautelares diversas dela façam uma *figuração*, um *jogo de cena*, e isso apenas para manter tudo como sempre esteve... Dados da última *contabilidade* do CNJ, de junho/2014: 711.463 presos, a terceira maior população carcerária do mundo³.

Se por um lado, **Foucault** tem razão quando admite que “*Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão*”⁴, por outro, é preocupante o diagnóstico feito por **Ferrajoli** de que a prisão “*tem se convertido no sinal mais evidente da crise da jurisdicionalidade, da tendência de administrativização do processo penal e, sobretudo, da sua degeneração num mecanismo diretamente punitivo*”⁵.

Perdemos o *pudor*. Chegamos, conforme anota **Carnelutti**, a um círculo vicioso, “*já que é necessário julgar para castigar, mas também castigar para julgar*”⁶. Entre mortos e feridos, vamos nos assumindo como o país que transita – artificialmente – entre *rebeliões e mutirões*,

3

Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 39ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011, p. 218.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mahino, Juan Terradillos Bosoca e Rocio Cantarero Bondrés. Madrid: Trotta, 2001, p. 770.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1994, p. 36.

numa autofagia que faz, então, que o sistema alimente de si mesmo. Eis-nos, portanto, adverte **Vera Regina P. de Andrade**,

na periferia da modernidade, contando as vítimas do campo de (des)concentração difuso e perpétuo em que nos tornamos; campo que, apesar de emitir sintomas mórbidos do próprio carrasco (policiais que matam, prisões que matam, denúncias que matam, sentenças que matam direta ou indiretamente), aprendeu a trivializar a vida e a morte, ambas descartáveis sob a produção em série do ‘capitalismo de barbárie’, ao amparo diuturno do irresponsável espetáculo midiático, da omissão do Estado e das instituições de controle⁷.

O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a *ultima ratio* das medidas cautelares. O art. 310 do CPP, alterado pelo diploma normativo citado, dispõe que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente (i) relaxar a prisão, (ii) convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares não constritivas de liberdade, ou (iii) conceder liberdade provisória. E o que verificamos na *prática*? Simples: que a lógica judicial permanece vinculada ao protagonismo da prisão, que a homologação do flagrante, longe de ser a exceção, figura como *regra* no sistema processual penal brasileiro. Prova disso é que não houve a tão esperada redução do número de presos cautelares após a reforma de 2011.

A preocupação se agrava quando, além da banalização da prisão cautelar, ainda assistimos a uma redução da potencialidade do principal instrumento apto a questioná-la, qual seja, o *habeas corpus*, que de “remédio constitucional” passou, recentemente, a causar uma *alergia* nos

⁷ ANDRADE, Vera Regina P. de. **Pelas mãos da criminologia – O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 32.

Tribunais Superiores, notadamente após a jurisprudência *defensiva* de não se admitir o seu uso quando substitutivo de espécies recursais cujo procedimento vagaroso e burocrático se distancia da urgência que reclama o pleito de liberdade. Ou seja, como se já não bastasse prender em excesso, ainda se retira da defesa a sua melhor tática de participar do *jogo processual*⁸.

Se o cenário não favorece o *otimismo*, que se confundiria, talvez, com certa ingenuidade, não podemos, jamais, nos desincumbir da necessidade de – sempre – *resistir*. Zaffaroni nos lembra de que “O estado de polícia não está morto num estado de direito real, senão encapsulado em seu interior e na medida em que este se debilita o perfura e pode fazê-lo estalar”⁹. O expediente do qual nos propomos a tratar adiante, a **audiência de custódia**, cumpre, dentre outras, essa finalidade: a de conter o Estado de Polícia, de limitar o poder punitivo.

2 PROCESSO PENAL E DIREITOS HUMANOS

O processo penal certamente é o ramo do Direito que mais *sofre* (ou melhor, que mais se *beneficia*) da normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, não sendo exagero se falar,

⁸ Sobre processo penal e teoria dos jogos, cf. ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 157: “A partir da teoria dos jogos as medidas cautelares podem se configurar como mecanismos de pressão cooperativa e/ou táticas de aniquilamento (simbólico e real, dadas as condições em que são executadas). A mais violenta é a prisão cautelar. A prisão do indiciado/acusado é modalidade de guerra com tática de aniquilação, uma vez que os movimentos da defesa estarão vinculados à soltura”.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Estructura Básica del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 30-31. No mesmo sentido, KARAM: “Embora mantidas as estruturas formais do Estado de direito, vai se reforçando o Estado policial sobrevivente em seu interior, não sendo instituídos espaços de suspensão de direitos fundamentais e de suas garantias, vai sendo afastada sua universalidade, acabando por fazer com que, no campo do controle social exercido através do sistema penal, a diferença entre democracias e Estados totalitários se torne sempre mais tênue” (KARAM, Maria Lúcia. *O Direito à Defesa e a Paridade de Armas*. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constitucional da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 398-399).

atualmente, que para se alcançar um *devido processo*, esse deve ser não apenas legal e constitucional, mas também *convencional*. Nesse sentido, **Nereu Giacomolli** tem absoluta razão quando afirma que

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo¹⁰.

Parece-nos possível identificar, na superação deste *enclausuramento normativo*, que somente tem olhar para o ordenamento jurídico interno, o surgimento, talvez, de uma nova política-criminal, orientada a reduzir os danos provocados pelo poder punitivo a partir do diálogo (inclusivo) dos direitos humanos. É imprescindível que exista uma mudança cultural, não só para que a Constituição efetivamente constitua-a-ação, mas também para que se ordinarize o controle judicial de convencionalidade.

Esse controle pode se dar pela via difusa ou concentrada, merecendo especial atenção a via difusa, pois exigível de qualquer juiz ou tribunal. No RE 466.343/SP e no HC 87.585/TO, o STF firmou posição (por maioria apertada, registre-se) de que a CADH tem valor ‘supralegal’, ou seja, está situado acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição. **Valerio Mazzuoli**¹¹ (e o Min. **Celso de Mello** no STF) faz uma verdadeira tese para sustentar que todos os Tratados

¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 3ª edição. RT, São Paulo, 2013.

Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucional (por força do art. 5º, § 2º da CF). Inobstante a divergência, ambas as posições coincidem em um ponto crucial: a CADH é um paradigma de controle da produção e aplicação normativa doméstica.

Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o CPP, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias. O tema é da maior relevância prática e teórica, até porque eventual violação da CADH justifica a interposição do Recurso Extraordinário para o STF.

No que tange à audiência de custódia, o controle da Convencionalidade é da maior relevância, na medida em que o art. 7.5 determina:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Diante disso, é inafastável o controle de convencionalidade, para que o sistema jurídico interno se adeque e cumpra com a garantia nos limites definido na CADH, como veremos a continuação.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: PREVISÃO NORMATIVA, VANTAGENS, DEFINIÇÃO DE SUAS CARACTERÍSTICAS, INSUFICIÊNCIA DO REGRAMENTO JURÍDICO INTERNO, IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL E BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PLS Nº. 554/2011

3.1 PREVISÃO NORMATIVA

Como visto, dispõe o art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (também denominada de Pacto de São José da Costa Rica), que “*Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)*”. No mesmo sentido, assegura o art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que “*Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)*”¹².

O Brasil aderiu à Convenção Americana em 1992, tendo-a promulgada, aqui, pelo Decreto n. 678, em 6 de novembro daquele ano. Igualmente, nosso país, após ter aderido aos termos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) naquele mesmo ano, o promulgou pelo Decreto n. 592. Passados, então, mais de vinte anos da incorporação ao ordenamento jurídico interno dos citados diplomas internacionais de direitos humanos, que gozam de caráter supralegal, por que a relutância em cumpri-los?

3.2 VANTAGENS

A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, *sem demora*, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um

¹² Além de contar com previsão normativa nos sistemas global e interamericano de direitos humanos, a audiência de custódia também está assegurada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujo art. 5º, 3, dispõe que “*Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...)*”.

espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. O expediente, anota **Carlos Weis**, “*umenta o poder e a responsabilidade dos juizes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência*”¹³.

A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3º do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual.

São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos¹⁴. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um *encontro* do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

¹³ WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. Informativo Rede Justiça Criminal. Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: http://www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf

¹⁴ Cf., sobre esse ponto, CHOUKR, Fauzi Hassan. *PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem*. In: IBCCrim, Boletim n. 254 – Janeiro/2014.

Em diversos precedentes, a **Corte Interamericana de Direitos Humanos** tem ressaltado que o controle judicial imediato, assegurado pela audiência de custódia, consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, já que no Estado de Direito corresponde ao julgador “*garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência*”¹⁵. Já decidiu a **Corte IDH**, também, que a audiência de custódia é – igualmente – essencial “*para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física*”¹⁶, advertindo estar em jogo, ainda, “*tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal*”¹⁷.

3.3 DEFINIÇÃO DE SUAS CARACTERÍSTICAS

Ao menos duas expressões constantes na redação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que asseguram a audiência de custódia despertam *alguma* margem para interpretação.

Referimo-nos, primeiro e rapidamente, à expressão “*juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais*”, encontrada na CADH, no PIDCP e também na CEDH. A esse respeito, importa dizer

¹⁵ Corte IDH. **Caso Acosta Calderón Vs. Equador**. Sentença de 24/06/2005. No mesmo sentido, cf. também **Caso Bayarri Vs. Argentina**. Sentença de 30/10/2008; **Caso Bulacio Vs. Argentina**. Sentença de 18/09/2003; **Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México**. Sentença de 26/11/2010; **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador**. Sentença de 21/11/2007; **Caso Fleury e outros Vs. Haiti**. Sentença de 23/11/2011; **Caso García Asto e Ramírez Rojas Vs. Perú**. Sentença de 25/11/2005;

¹⁶ Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Sentença de 22/11/2005.

¹⁷ Corte IDH. **Caso de Los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala**. Sentença de 19/11/1999.

que a **Corte IDH** interpreta aquela expressão em conjunto com a *noção* de juiz ou Tribunal prevista no art. 8.1 da CADH, que estabelece que “*Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*”.

Desta forma, a **Corte IDH** já recusou considerar como “juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais” (a) a jurisdição militar¹⁸, (b) o Agente Fiscal do Ministério Público¹⁹, e (c) o Fiscal Naval²⁰. Fácil perceber, portanto, a partir da jurisprudência da **Corte IDH**, que juiz ou autoridade habilitada a exercer função judicial somente pode ser o funcionário público incumbido da *jurisdição*, que, na grande maioria dos países (a exemplo do Brasil), é o magistrado²¹.

A segunda expressão a que nos referimos, agora, é “*sem demora*”, encontrada tanto na CADH quanto no PIDCP. No sistema regional europeu, a garantia ainda é mais ampla, já que a CEDH exige que o cidadão preso seja apresentado *imediatamente* ao juiz. Pois bem. O que deve significar a expressão “*sem demora*”? Falemos, primeiro, do que não corresponde a tal garantia. A **Corte IDH** já reconheceu a violação do direito à audiência de custódia pela ofensa à celeridade exigida pela

¹⁸ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Sentença de 18/08/2000.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Equador*. Sentença de 24/06/2005.

²⁰ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentença de 22/11/2005.

²¹ Registra-se, aqui, uma curiosidade: em pleitos individuais ajuizados na Justiça Federal de Manaus/AM, nos quais se requereu a efetivação do direito à audiência de custódia, um dos motivos que têm ensejado o indeferimento é o de que o Defensor Público (assim como a autoridade policial – Delegado) exerceria, no Brasil, “função judicial”. De tão descabido, o argumento sequer merece considerações. Tivesse o Defensor (ou o Advogado) “função judicial”, poderia ele próprio, então, cessar a ilegalidade/desnecessidade da prisão, colocando o cidadão em liberdade?

CADH em casos de condução do preso à presença do juiz (a) quase uma semana após a prisão²², (b) quase cinco dias após a prisão²³, (c) aproximadamente trinta e seis dias após a prisão²⁴, (d) quatro dias após a prisão²⁵, dentre outros precedentes nos quais restou *potencializada* a expressão “*sem demora*” para garantir um controle judicial imediato acerca da prisão. No que se refere ao Brasil, conforme se verá adiante, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei que, dando cumprimento à CADH, estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para ser feita a condução do preso ao juiz.

3.4 INSUFICIÊNCIA DO REGRAMENTO JURÍDICO INTERNO

O CPP brasileiro (art. 306, *caput* e § único, do CPP), ao prever que o juiz deverá ser imediatamente *comunicado* da prisão de qualquer pessoa, assim como a ele deverá ser remetido, no prazo de vinte e quatro horas, o auto da prisão em flagrante, satisfaz a contento a exigência da audiência de custódia? A resposta é evidentemente negativa, sendo bastante clara a insuficiência do regramento jurídico interno. A esse propósito, a **Corte IDH** tem decidido reiteradamente que “*o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente*”²⁶, e ainda, que “*o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade*”,

²² Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Sentença de 30/10/2008.

²³ Corte IDH. *Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México*. Sentença de 26/11/2010.

²⁴ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzi e outros Vs. Perú*. Sentença de 30/05/1999.

²⁵ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iniguez Vs. Equador*. Sentença de 21/11/2007.

²⁶ Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Equador*. Sentença de 24/06/2005.

concluindo que “o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5 da Convenção”²⁷. Logo, conclui-se que a norma contida no CPP não passa por um *controle de convencionalidade* quando comparada com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil voluntariamente aderiu, especialmente a CADH, cujos preceitos, se violados, podem ensejar a responsabilização do País perante a Corte IDH.

3.5 IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

Outro argumento recorrente para não se viabilizar, na *prática*, o direito à audiência de custódia é o de que tal expediente requer uma alteração/inação legislativa, não sendo franqueado ao Poder Judiciário *substituir* o legislador para a implementação daquele direito no Brasil. Este argumento, no entanto, é claramente equivocado, seja porque as normas de Tratados de Direitos Humanos são de eficácia plena e imediata, seja porque, igualmente, leciona **Mazzuoli**,

Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas ‘de outra natureza’. Tal significa que o propósito da Convenção é a *proteção* da pessoa, não importando se por lei ou por outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário etc.). Os Estados têm o dever de tomar *todas as medidas necessárias* a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido²⁸.

Assim, é de se ter por improcedente tal argumento, possuindo a CADH *densidade* (e *potencialidade*) normativa o bastante para influir na

²⁷ Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Sentença de 30/10/2008. No mesmo sentido, cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*. Sentença de 21/11/2007; *Caso Garcia Asto e Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentença de 25/11/2005; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentença de 22/11/2005.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 33.

prática judicial do ordenamento jurídico interno, afastando-nos, com essa orientação, do *positivismo nacionalista* que predominou do século XIX até meados do século XX, quando se exigia que os direitos previstos em Tratados Internacionais (também) fossem prescritos em normas internas para serem pleiteados em face do Estado ou de particulares²⁹.

3.6 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PLS N.º. 554/2011

Embora os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que asseguram o direito à audiência de custódia não necessitem, conforme visto no tópico anterior, de implemento normativo interno algum, não se pode olvidar que a edição de lei exerce um papel fundamental na *promoção* do direito, principalmente no caso da audiência de custódia, cuja previsão normativa naqueles Tratados deixa em aberto (cf. o tópico 3.3) a definição de algumas *características* do instituto. Justamente por isso, aliás, que vemos como uma medida absolutamente salutar o **Projeto de Lei do Senado n.º. 554/2011**, de autoria do **Senador Antonio Carlos Valadores**, com o seguinte teor:

Art. 306. (...)

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Referido PLS veio a receber, depois, quando em trâmite na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), uma

²⁹ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83: “O risco aos direitos humanos gerado pela adoção do positivismo nacionalista é visível, no caso de as normas locais (inclusive as constitucionais) não protegerem ou reconhecerem determinado direito ou categoria de direitos humanos. O exemplo nazista mostra a insuficiência da fundamentação positivista nacionalista dos direitos humanos”.

emenda substitutiva apresentada pelo **Senador João Capiberibe**, a qual, devidamente aprovada – por unanimidade – naquela Comissão, alterou o projeto originário, conferindo-lhe a seguinte redação:

Art. 306. (...)

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º A oitiva a que se refere o § 1º não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 3º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 4º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 2º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Perceba-se que o referido PLS, na redação que lhe foi dada pelo *substitutivo* do **Senador João Capiberibe**, contém uma normativa praticamente completa sobre a audiência de custódia, sequer abrindo margem para interpretações sobre a autoridade a quem o preso deve ser conduzido (o juiz) ou a respeito do prazo em que tal medida deve ser viabilizada (em até vinte e quatro horas da prisão), além de cercar a realização da audiência de custódia das garantias do contraditório e da ampla defesa quando prevê a imprescindibilidade da defesa técnica no ato.

O PLS nº. 554/2011 passou e foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) em 26/11/2013, chegando, depois, na

Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), onde foi distribuído para o **Senador Humberto Costa** (relator) e recebeu, em 25/06/2014, uma *emenda substitutiva* de autoria do **Senador Francisco Dornelles**, que se limita basicamente a alterar a *versão original* do PLS para nele estabelecer que a audiência de custódia também poderá ser feita mediante o sistema de videoconferência. Eis a redação deste *substitutivo*:

Art. 306. (...)

§ 1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

O **Senador Francisco Dornelles** apresenta como justificativa principal para esta alteração o fato de que “*A diminuição da circulação de presos pelas ruas da cidade e nas dependências do Poder Judiciário representa uma vitória das autoridades responsáveis pela segurança pública*”, e conclui afirmando que “*O deslocamento de presos coloca em risco a segurança pública, a segurança institucional e, inclusive, a segurança do preso*”.

O maior inconveniente desse substitutivo é que ele mata o caráter antropológico, humanitário até, da audiência de custódia. O contato pessoal do preso com o juiz é um ato da maior importância para ambos, especialmente para quem está sofrendo a mais grave das manifestações de poder do Estado. Não se desconhece que vivemos numa sociedade em que a velocidade, inegavelmente, é um valor. O ritmo social cada vez mais acelerado impõe uma nova dinâmica na vida de todos nós. Que dizer então da velocidade da informação? Agora, passada em tempo

real, via Internet, sepultando o espaço temporal entre o fato e a notícia. O fato, ocorrido no outro lado do mundo, pode ser presenciado virtualmente em tempo real. A aceleração do tempo nos leva próximo ao instantâneo, com profundas consequências na questão tempo/velocidade. Também encurta ou mesmo elimina distâncias. Por isso, **VIRILIO**³⁰ – teórico da Dromologia (do grego *dromos*= velocidade) – afirma que “a velocidade é a alavanca do mundo moderno”. Nesse cenário, surge o interrogatório *on-line* ou videoconferência, que, além de agregar velocidade e imagem, reduz custo e permite um (ainda) maior afastamento dos atores envolvidos no ritual judiciário, especialmente do juiz. Mas, sem dúvida, os principais argumentos são de natureza econômica e de “*asepsia*”.

A redução de custos é fruto de uma prevalência da ideologia economicista, em que o Estado vai se afastando de suas funções a ponto de sequer o juiz estar na audiência. Sob o pretexto dos altos custos e riscos (como se não vivêssemos numa sociedade de risco...) gerados pelo deslocamento de presos “perigosos”, o que estão fazendo é retirar a garantia da jurisdição, a garantia de *ter um juiz*, contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e de *asepsia* da jurisdição. Matam o caráter antropológico do próprio ritual judiciário, assegurando que o juiz sequer olhe para o réu, sequer sinta o cheiro daquele que está prendendo. É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização do processo penal. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao *outro* aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito mais fácil produzir sofrimento

³⁰

Sobre o tema: VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1993.

sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual (até porque, se é virtual, não é real...).

Acrescentando-se a distância e a “assepsia” geradas pela virtualidade, corremos o risco de ver a indiferença e a insensibilidade do julgador elevadas a níveis insuportáveis. Estaremos potencializando o refúgio na generalidade da função e o completo afastamento do *eu*, impedindo o avanço e evolução que se deseja com a mudança legislativa. A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura, em seu art. 7.5, que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz. Por mais esforço que se faça, existe um limite semântico que não permite uma interpretação tal que equipare “presença” com “ausência”...

O direito de defesa e do contraditório (incluindo o direito à audiência) são direitos fundamentais, cujo nível de observância reflete o avanço de um povo. Isso se mede não pelo arsenal tecnológico utilizado, mas sim pelo nível de respeito ao valor dignidade humana. E o nível de civilidade alcançado exige que o processo penal seja um instrumento legitimante do poder, dotado de garantias mínimas, necessário para chegar-se à pena. Nessa linha, é um equívoco suprimir-se o direito de ser ouvido por um juiz, substituindo-o por um monitor de computador. Novamente iremos mudar para que tudo continue como sempre esteve...

4 CONCLUSÃO

Finalizamos esse ensaio registrando a importante atuação da Defensoria Pública da União em prol da implementação da audiência de custódia no Brasil, tendo a instituição já obtido precedentes favoráveis na

Justiça Federal de Cascavel/PR³¹ e na 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região³², merecendo destaque, ainda, a ação civil pública ajuizada pela DPU/Manaus já noticiada aqui no **Conjur**³³. Que os precedentes se multipliquem, que o Judiciário perca – de vez – o receio de se *encontrar* com o jurisdicionado preso e, principalmente, que a audiência de custódia seja enfim implementada no Brasil com a aprovação do PLS nº. 554/2011 (sem a faculdade da realização por videoconferência) e também com a mudança de *mentalidade judicial* rumo à humanização do processo penal.

Além da importância de alinharmos o sistema jurídico interno à Convenção Americana de Direitos Humanos, é crucial uma mudança de cultura, um resgate do caráter humanitário e antropológico do processo penal e da própria jurisdição.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina P. de. **Pelas mãos da criminologia – O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 32.

Assessoria de Comunicação Social
Defensoria Pública da União. Justiça determina que preso deve ser levado sem demora à presença de juiz. Vitória, jun. 2014. Disponível em:

³¹ Cf. Justiça determina que preso deve ser levado sem demora à presença de juiz: Disponível em: http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22248:justica-determina-que-presos-deve-ser-levado-sem-demora-a-presenca-de-juiz&catid=79&Itemid=220.

³² Cf. Audiência de custódia contribui para revogação de prisão preventiva: Disponível em: http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21714:audiencia-de-custodia-contribui-para-revogacao-de-prisao-preventiva&catid=79&Itemid=220.

³³ Cf. DPU ajuíza ação cobrando implantação da audiência de custódia no Brasil: Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/dpu-ajuiza-acao-cobrando-implantacao-audiencia-custodia>. A íntegra da ACP foi disponibilizada no *blog* do juiz **Marcelo Semer**: <http://blog-sem-juizo.blogspot.com.br/2014/06/dpu-pede-audiencia-de-custodia-para.html>.

http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22248:justica-determina-que-presos-deve-ser-levado-sem-demora-a-presenca-de-juiz&catid=79&Itemid=220.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1994, p. 36.

CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. In: **IBCCrim, Boletim n. 254** – Janeiro/2014.
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://corteidh.or.cr>

_____ **Caso Acosta Calderón Vs. Equador**. Sentença de 24/06/2005. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Bayarri Vs. Argentina**. Sentença de 30/10/2008. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Bulacio Vs. Argentina**. Sentença de 18/09/2003. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México**. Sentença de 26/11/2010. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú**. Sentença de 18/08/2000. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Castillo Petruzi e outros Vs. Perú**. Sentença de 30/05/1999. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador**. Sentença de 21/11/2007. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso de Los “Niños de la Calle”** (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Sentença de 19/11/1999. San José: Corte IDH, 2014.

_____ **Caso Fleury e outros Vs. Haiti**. Sentença de 23/11/2011. San José: Corte IDH, 2014.

Caso García Asto e Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentença de 25/11/2005. San José: Corte IDH, 2014.

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentença de 22/11/2005. San José: Corte IDH, 2014.

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS – DMF. Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil.** Brasília, jun. 2014. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21714:audiencia-de-custodia-contribui-para-revogacao-de-prisao-preventiva&catid=79&Itemid=220.

DPU ajuíza ação cobrando implantação da audiência de custódia no Brasil. **Revista Consultor Jurídico, jun. 2014.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/dpu-ajuiza-acao-cobrando-implantacao-audiencia-custodia>

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mahino, Juan Terradillos Bosoca e Rocio Cantarero Bondrés. Madrid: Trotta, 2001, p. 770.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 39ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011, p. 218.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 33.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** 3ª edição. RT, São Paulo, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 157.

SEMER, Marcelo. **A audiência de custódia adapta o processo penal brasileiro à Convenção Americana de Direitos Humanos**. Blog Sem Juízo, jun. 2014. Disponível em: <http://blog-sem-juizo.blogspot.com.br/2014/06/dpu-pede-audiencia-de-custodia-para.html>.

VIRILIO, Paul. **A Inércia Polar**, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Estructura Básica del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 30-31

WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. Informativo Rede Justiça Criminal. Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: http://www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf

O TRATAMENTO DISPENSADO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE AO LONGO DA HISTÓRIA E A SUA REPERCUSSÃO NA LEGISLAÇÃO PROTETIVA

Aline Langner Dal Ri¹

RESUMO: O presente trabalho busca resgatar aspectos históricos de fundamental importância para a compreensão e a correta avaliação da proteção dispensada a crianças e adolescentes no decorrer do tempo. Para tanto, far-se-á, inicialmente, uma retrospectiva dos referenciais simbólicos que a criança representou na conjuntura social. Nessa dinâmica, serão trazidos os instrumentos legislativos que foram legitimando as ações sociais e governamentais, em um avançar de concepções sobre o tema proteção, punição e assistência infantojuvenil. Como desfecho, será apresentada a ressignificação de crianças e jovens, enquanto sujeitos de direitos.

PALAVRAS CHAVES: Antecedentes. Criança. Adolescente. Proteção. Legislação. Estatuto da Criança e do Adolescente. Constituição da República.

SUMÁRIO: 1. Noções Introdutórias. 2. Origens e Antecedentes Mundiais da Proteção. 3. O Tratamento Dispensado às Crianças e aos Adolescentes no Brasil Colônia e Império. 4. A Proteção de Crianças e Adolescentes na República até 1988. 5. O Estatuto da Criança e do Adolescente. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

¹ Aline Langner Dal Ri é Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Especialista em Proteção Jurisdicional dos Direitos da Criança e do Adolescente e Mestre em Desenvolvimento Regional pela UNISC (Universidade de Santa Cruz do Sul).

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A realidade histórica da criança e do adolescente evidencia que, sobre o que se entende por “proteção”, muito pouco a história mundial pode nos apresentar.

No Brasil, infelizmente, a realidade não foi diferente. Em uma retrospectiva histórica, recorre-se os períodos colonial, imperial e republicano do contexto brasileiro e a evidência de descaso, e até uma pitada de crueldade, restam comprovados.

É seguro afirmar, quando se pensa o direito da criança e do adolescente, que se torna indispensável conhecer o caminho histórico percorrido, para a correta compreensão dos instrumentos legislativos que foram sendo criados ao longo do tempo e, principalmente, pela necessidade de se ter a perspicácia para apreender a teleologia das normas, no contexto social em que foram elaboradas.

Com o conhecimento da evolução do tratamento familiar, social e político dispensado a crianças e adolescentes, é possível corretamente valorar a normativa atual, bem como identificar alguns ranços históricos, que até hoje permeiam a legislação e as decisões judiciais.

2 ORIGENS E ANTECEDENTES MUNDIAIS DA PROTEÇÃO

É somente no período contemporâneo que, sob a denominação “proteção”, constam registros de relevância no que refere a crianças e adolescentes. Faz-se necessário, todavia, analisar as construções atuais de um ordenamento protetivo e educativo como algo construído gradativamente, ao longo do tempo.

Levando-se em conta os registros da história do Ocidente sobre o tema, pode-se asseverar que a criança era concebida como um “adulto em miniatura”, aguardando o tempo de se tornar adulto, enquanto se encontrava em completa dependência física. Para Philippe Airès (1978), a sociedade, até aproximadamente o século XVI, entendia a infância muito diferentemente do que a compreende hoje. A infância era tida como um período no qual, após passada a dependência física, a criança adentrava imediatamente no mundo dos adultos. Tanto isso acontecia que não se encontra registros de crianças na arte medieval, o que, para o autor, não deve ser considerado um lapso de esquecimento por parte dos artistas da época.

Os pintores davam à nudez infantil a musculatura própria dos adultos. “Uma miniatura otomaniana do século XI nos dá uma ideia impressionante da deformação que o artista impunha então aos corpos das crianças, num sentido que nos parece muito distante de nosso sentimento e de nossa visão” (AIRÈS, 1978, p. 50). Além disso, não se acreditava que a criança fosse dotada de personalidade humana, principalmente pelo fato de elas morrerem em grande número, ainda em tenra idade.

A morte foi, então, a primeira representação de que se tem notícia em relação à criança. Ela aparecia nos retratos como uma “efígie funerária”, ou seja, não era representada sozinha, mas sobre o túmulo de seus pais. Essa conjuntura foi se modificando de forma gradativa, evidenciando-se a pintura de crianças vivas juntamente a outras mortas. Na sequência histórica, precisamente a partir do século XVII, inicia-se a pintura mais frequente de retratos de crianças sozinhas, dentre os quais o mais significativo foi a pintura da família em torno da criança.

Foi no século XVII que os retratos de crianças sozinhas se tornaram numerosos e comuns. Foi também nesse século que os retratos de família, muito mais antigos tenderam a

se organizar em torno da criança, que se tornou o centro da composição. Essa concentração em torno da criança é particularmente notável no grupo familiar de Rubens, em que a mãe segura a criança pelo ombro e o pai dá-lhe a mão, e nos quadros de Franz Hals, Van Dyck e Lebrun, em que as crianças se beijam, se abraçam e animam o grupo dos adultos sérios com suas brincadeiras e carinhos (AIRÈS, 1978, p. 65).

Além desses fatos evidenciados pela pintura, é considerável a prática do infanticídio, entendido como algo natural no tempo da Roma antiga. Mendez (1994) relata que, apesar de, a partir do século IV, o infanticídio ter sido considerado um delito na normativa jurídica, continuou sendo praticado pela sociedade como que amparado por uma regulamentação costumeira na vida privada.

Esse quadro começou a se modificar apenas no século XVI, quando a própria sociedade pertencente à classe popular passou a repudiar essa prática. Segundo alguns autores, analíticos da história sob uma perspectiva psicológica, como Lloyd de Mause (1994), isso se deu em virtude de um amadurecimento emocional. Deve-se olhar os acontecimentos com os olhos do historiador da sociedade, não de fatos isolados, ou seja, necessário se faz analisar o contexto e verificar que se trata de uma incipiente evolução psicológica dos homens que tinham dificuldade de conceber alguns fatos para os quais era preciso uma percepção afetiva mais apurada.

Já Philippe Ariès (1978), prendendo-se mais aos fatos e não tanto aos aspectos psicológicos, atribui a mudança comportamental à emergência da necessidade de se ter uma família mais numerosa e à permanência da inexistência de amor por parte dos pais em relação às suas crianças. Por esse viés, não se tem uma evolução afetiva do tratamento dispensável à criança, mas sim uma readaptação da família diante do aspecto novo que a época histórica impunha.

Coincidência ou não, o fato é que o infanticídio, até meados do século XIX, era visto como algo normal. A criança era entendida como uma espécie de propriedade familiar e a família tinha, então, o poder de dispor sobre a sua vida. Convém constar que o banimento do infanticídio pela sociedade diz respeito somente ao valor da vida, continuando plenamente normais os castigos corporais, especialmente aqueles realizados por familiares, como forma de impor obediência, disciplina e educação.

Não se conseguirá em nenhum momento definir com certeza o que desencadeou essa maior significação da criança e da infância, por assim dizer. De uma ou outra forma, porém, foi dado início a um processo que, em última instância, teve como consequência uma evolução psicossocial dos homens adultos para com as crianças. Teve-se, assim, o início do processo de valorização da proteção da criança, que continua numa constante evolução na consciência social até os dias atuais.

O rompimento desse paradigma sobre a infância não foi simplesmente fruto de uma necessidade emergente de mais mão de obra, mas não podemos negar que essa necessidade foi uma alavanca propulsora para o mesmo. Nesse contexto da premência do aumento da mão de obra, alguns autores costumam associar o trabalho infantil à Revolução Industrial. Entretanto, Segadas Viana (1991) relata que o trabalho infantil pode ser datado de mais de dois mil anos antes de Cristo, previsto inclusive pelo Código de Hamurábi, mas com uma característica específica: o trabalho era realizado em âmbito doméstico e com as crianças que eram “escolhidas para viver” pela família.

Foi na Revolução Industrial, precisamente, que o aliciamento de crianças e adolescentes se acelerou pelo fato de o trabalho sair das oficinas domésticas e ir para as fábricas. As condições precárias e desuma-

nas a que essas crianças e adolescentes eram submetidos se mantinha pela falsa promessa de enriquecimento e de um futuro promissor. Amauri Mascaro Nascimento (1989) afirma que, na Inglaterra, berço da Revolução Industrial, os menores eram oferecidos aos distritos industriais como barganha por alimentos. Assim, a mão de obra infantojuvenil era imprescindível para a família conseguir manter a subsistência do todo familiar e, por isso, as famílias passaram a ser mais numerosas e a dispensar maior cuidado para a preservação da criança em tenra idade, pois se constituiria em mão de obra que poderia faltar num futuro próximo. Esse foi o começo da preservação da vida infantil.

É preciso salientar que as intenções que moveram inicialmente a preservação da vida da criança não foram dignas de aplausos, mas deram início a uma espécie de evolução psicossocial da sociedade em relação à criança. Consubstanciou-se em um amplo processo que, ao longo da história se constituiu, modelou-se e continua sendo aperfeiçoado por uma conceituação diferente do ser humano em relação a si mesmo e aos seus pares. Assim, a questão da redução da violência física e psicológica em relação à criança ocupou e ocupa espaço de suma relevância para o contexto societário, porque se trata de algo ainda subjetiva e objetivamente em construção.

Dessa forma, a “criação” da infância abriu a possibilidade da corrupção da criança. É óbvio que, em tempos passados, isso não era cogitado, tendo em vista que a criança não ocupava posição nem de agente nem de paciente na realidade social. No tempo em que não possuía o direito à vida e à integridade física, sua ação era completamente irrelevante.

Mas, a partir do momento histórico em que a infância passou a existir, a criança também teve o “direito de ser corrupta ou corrompida”,

ou seja, suas ações passaram a ser ponderadas e ela começou a atuar como sujeito ativo e/ou passivo de corrupção, abrindo-se, nesse diapasão, a necessidade de um controle social para essas crianças.

Inicialmente, observa-se que a corrupção da infância não aconteceu tendo em vista as infrações de cunho penal, tampouco o fato de a criança estar abandonada ou em situação de carência financeira a constituía como delinquente. “A história do controle social formal da infância como estratégia específica constitui um exemplo paradigmático de construção de uma categoria de indivíduos débeis para quem a proteção, muito mais que constituir um direito, consiste numa imposição” (MENDEZ, 1994, p. 14).

Na realidade não havia uma proteção como é concebida hoje, mas uma maneira de poupar a sociedade da convivência com aquelas crianças que não se adequavam aos padrões religiosos, educacionais e sociais da coletividade na qual estavam inseridas.

Sem dúvida, não há como dissociar essas posturas da consciência social do período histórico em questão. Não havia a busca por um caráter humanitário do tratamento dispensado às crianças, mas a mera intenção de privar a sociedade dos males que pudessem advir. “Conforme demonstra a essência de muitos documentos da época, a preservação da integridade das crianças está subordinada ao objetivo de proteção da sociedade contra os ‘futuros’ delinquentes” (PFHOL, 1977, p. 311).

Dessa forma, o que se pode abstrair é que não existia uma separação na conceituação de palavras-chaves no tratamento dado à infância. Pobreza, criminalidade, abuso e maus-tratos traziam as mesmas consequências sociais e jurídicas.

O impacto social era idêntico, até o momento em que aconteceu a primeira intervenção do poder público no caso de uma menina vítima de

maus-tratos pela própria família. Referida situação, além de retardatária, foi, pelo menos, irônica. Ocorreu em 1875, em Nova York, quando a menina Mary Ellen, de 9 anos, teve sua guarda retirada dos pais por autoridades judiciais, por meio de ação movida por iniciativa da “Sociedade para Proteção dos Animais”, daquela Cidade. Esse episódio de grande repercussão coincidiu com a criação da “Sociedade de Nova York para a Prevenção da Crueldade Contra Crianças” (PFHOL, 1977), no mesmo período.

O “Caso Mary Ellen” foi um marco fundamental para a história da proteção à infância e constituiu-se na explicitação da necessidade de se dispensar um tratamento mais digno para as crianças. Foi um “basta” às concepções medievais, ainda latentes no interior da consciência social, porque foi o momento em que a sociedade se deu conta do surgimento, ainda incipiente, mas já existente, da condição peculiar da infância, que, na época, englobava crianças e adolescentes.

Além disso, criou-se um clima político-cultural que evidenciava a necessidade de diferenciação entre “menores” criminosos e adultos criminosos. Assim sendo, “chega o momento que marca um instante fundamental nas práticas sociopenais de ‘proteção-segregação’ da infância. Em 1899, por meio da ‘Juvenile Court Act’ de Illinois, foi criado o primeiro Tribunal de Menores” (MENDEZ, 1994, p. 18).

Esse fato histórico deu início a um movimento mundial de criação dos referidos tribunais, o que desencadeou, na realidade, o mascaramento do que deveria significar uma revolução do tratamento dispensado a crianças e adolescentes “delinquentes-abandonados”. Os tribunais de menores significaram a minimização formal do controle para que fosse atingido o máximo de repressão material.

Assim, pode-se dizer que, a política de reformas não se esgota na criação de uma jurisdição apartada da dos adultos, mas trata de elevar, o quanto possível, a idade de inimputabilidade para que fosse aumentada em termos quantitativos a porcentagem da população a ser “protegida”, mas despojada de todas as garantias formais do processo penal.

3 O TRATAMENTO DISPENSADO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES NO BRASIL COLÔNIA E IMPÉRIO

É possível definir esse período como sendo a pré-história brasileira da política social, no que tange à proteção da infância e da juventude. Na realidade, é preciso considerar que crianças e adolescentes eram tratados simplesmente como crianças. Não havia diferenciação. As crianças brancas, filhas dos senhores, recebiam o tratamento comum aos do resto do mundo, não se podendo esquecer que as nossas crianças eram, além de “crianças”, “escravas”, num significativo percentual.

Eva Teresinha Silveira Faleiros (1995) afirma que um país recém-descoberto, como era o caso do Brasil, requeria prementemente a povoação e a mão de obra para o trabalho. Dessa forma, a escravidão foi a forma modeladora das relações econômicas e sociais do período em questão, assim como das políticas referentes à infância e adolescência, e cuja influência se fez sentir no decorrer da história da atenção a esse segmento da população no Brasil.

Kátia Mattoso, em seu belo artigo sobre criança escrava, trata de responder à questão “quando a criança filha de escravo deixa de ser criança e passa a ser escravo, ou seja, a entrar compulsoriamente no mundo do trabalho?” Identifica a autora três maioridades para os filhos dos escravos: a religiosa aos 7 anos, idade da razão; a civil aos 12 anos para as meninas e 14 anos para os meninos, segundo o Código Filipino; pela Lei do Ventre livre, até os 8 anos a criança fi-

cava sob a autoridade do senhor, após a qual este tinha a opção de torná-los livres (mediante indenização do Estado) ou utilizar seus serviços até os 21 anos; e uma terceira maioridade quando de seu ingresso na atividade econômica produtiva, bem antes dos 12 anos, ou seja, entre 7 e 8 anos, quando ingressavam nas categorias de aprendiz ou moleque (p. 223).

A criança escrava, enquanto não estivesse apta ao trabalho propriamente dito, servia de objeto de divertimento aos senhores e senhoras de escravos. Era como que um brinquedo, que inclusive poderia ser vendido ou oferecido como presente. Analogicamente, podemos asseverar que as crianças eram tidas como “animaizinhos de estimação”. Além das humilhações, sofriam maus-tratos, sendo vítimas de abusos de toda a ordem, inclusive sexual.

A criança escrava, como se pode constatar, não era vista como um ser humano que precisava de proteção social. O que importava, na verdade, era a sua propriedade, sinônimo de mão de obra futura.

As crianças brancas, por sua vez, eram vítimas de descaso e abandono. Segundo Eva Teresinha Silveira Faleiros (1995), o problema do abandono de crianças, desde o século XVII, começou a preocupar autoridades, que denunciavam e solicitavam providências ao rei. Tanto isso era uma realidade que, em 1726, o vice-rei enviou uma carta a Dom João descrevendo o abandono de crianças na Colônia e pedindo providências para a criação da Roda, na Santa Casa de Misericórdia. Os vereadores do Senado de Vila Rica preocupavam-se com a situação de profundo abandono, evidenciado em terrenos baldios, portas de igrejas e residências, posto que o número de crianças abandonadas aumentava assustadoramente, em meados do século XVIII. Em 1795, foi enviada uma carta ao Ouvidor-Geral, explicando a necessidade de uma “Roda” para recolhimento e assistência desses pequenos.

Ester Maria de Magalhães Arantes (1995) trata com muita propriedade sobre o papel que desempenhou a “Roda” no ordenamento social do Brasil Colonial e Imperial. Afirma que antes da existência da “Roda”, crianças eram deixadas nas portas de igrejas, conventos, residências e mesmo nas ruas dos principais centros urbanos. “Enjeitados, deserddados da sorte ou da fortuna, infância desditosa ou infeliz, expostos e desvalidos foram as denominações de uso corrente, referindo-se a essas crianças. Para elas destinou-se a Roda” (p. 191).

Gonçalves (1987) descreve a “Roda” como sendo um equipamento em geral de madeira, em formato de cilindro, com um dos lados vazados, assentado num eixo que produzia um movimento rotativo, anexo a um “asilo de menores”. A utilização desse tipo de engrenagem permitia o ocultamento da identidade da pessoa que abandonava, muitas vezes na “calada da noite”, o filho não querido.

Essa era a situação do Rio de Janeiro, quando, em 1693, foi ordenado ao Governador dessa Capitania que arcasse com os custos da criação dos pequenos que fossem expostos na “Roda”. Essa ordem, contudo, ficou esquecida, e a primeira “Roda”, no Rio de Janeiro, foi criada por meio da doação de Romão de Mattos Duarte, em 1738. Tem-se, no entanto, notícia de uma única “Roda” que antecedeu a do Rio de Janeiro e que foi a criada na Bahia, em 1726. Depois disso, foram sendo ativadas diversas “Rodas”, em diferentes locais do País.

Dentre as diversas explicações apontadas para o número crescente de crianças abandonadas nas Rodas – ou seja, para que os senhores pudessem alugar as escravas como amas-de-leite; para proteger a honra das famílias, escondendo o fruto de amores considerados ilícitos; para evitar o ônus da criação de filhos das escravas, em idade ainda não produtiva; pela esperança que tinham os escravos de que seus filhos se tornassem livres, entregando-os à Roda; ou apenas para que os recém-nascidos tivessem um enterro digno, já que muitos eram expostos mortos ou muito

adocidos - uma outra razão freqüentemente escapa ao pesquisador da história social da criança: as inúmeras epidemias de febre amarela, cólera e varíola que se abateram sobre o Rio de Janeiro, por exemplo, de 1853 a 1879, fazendo grande número de vítimas, dizimando famílias inteiras e deixando crianças órfãs ou em estado de necessidade (ORLANDI, 1988, p. 78).

Assim, o que se evidenciou, naquele contexto histórico, foi que a escravidão nas fazendas era, em tese, menos degradante do que a pobreza, porque garantia às crianças, ao menos, sobrevivência física junto com a mãe. A dignidade dessa sobrevivência, entretanto, era e é discutível.

Nesse passo, observa-se que a figura da “Roda” aparece como ideia de mascaramento da realidade social e como uma possibilidade de sobrevivência às crianças abandonadas. Na verdade, tratava-se de uma questão que não estava mais sendo controlada pelas autoridades da época.

As primeiras medidas efetivas dos poderes públicos em relação à infância pobre surgiram na segunda metade do século XIX, destinadas à proteção dos “meninos desvalidos”, excluídos os escravos e as meninas. Em 1854, o Governo Imperial aprovou o “Regulamento para a reforma do ensino primário e secundário do Município da Corte” (Decreto nº 1.331A de 17/02/1854). O Decreto indica claramente a preocupação do Governo em recolher as crianças que vagavam pelas ruas, preocupação esta que permeará a assistência pública no país em todos os períodos de sua história (RIZZINI, 1995 b, p. 244).

Esse regulamento estabelecia que o governo se responsabilizaria pelo recolhimento de menores de 12 anos que se encontrassem em estado de pobreza. Era considerado estado de pobreza o das crianças não providas de roupas decentes para ir à escola e que vivessem em estado de mendicidade, as quais deveriam ser encaminhadas a uma das casas de asilo, que seriam criadas para este fim (artigo 61). Por outro lado, en-

quanto não fossem criados os asilos, esses meninos deveriam ser entregues aos párocos ou professores, sendo sustentados monetariamente pelo governo mediante pagamento mensal. Após, os meninos seriam enviados para as Companhias de Aprendizizes dos Arsenais ou de Imperiais Marinheiros, sob a fiscalização do Juiz de Órfãos (artigo 63).

Os asilos só foram criados 21 anos depois do Decreto de 1854, no Rio de Janeiro, sendo descritos como “internatos destinados a recolher e educar meninos de 6 a 12 anos”. Essa foi a primeira demonstração de preocupação com a formação do indivíduo, de modo que ele fosse útil para o contexto social e para o governo. Foi a principal iniciativa dos poderes públicos em prol da infância pobre no Império e, sem dúvida, um avanço para a época, tendo em vista que o atendimento se limitava ao simples enclausuramento nos asilos de caridade, nas *Companhias de Aprendizizes da Marinha* ou da guerra e até nas prisões, se fosse caso de viciados ou criminosos (RIZZINI, 1995 b, p. 244).

Não se pode deixar de considerar, no tocante às *Cartas Constitucionais* de 1824 e de 1891, que nenhuma referência foi estabelecida em relação às crianças. É como se esse assunto não tivesse relevância para os atores sociais do momento. No fundo, transparece o pensamento de que o Estado estava muito mais ocupado com questões econômicas do que com os problemas sociais. Esses últimos precisavam ser mascarados, para que a sociedade mantivesse a ilusão de que o contexto social estava completamente sob o controle das autoridades (VERONESE, 1997).

É preciso salientar que o asilo se constituiu numa espécie de modelo de atendimento que foi mantido na República. Por isso, essa iniciativa foi um passo muito importante na incipiente atenção à infância no Brasil.

4 A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA REPÚBLICA ATÉ 1988

Não se pode desvincular o tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes no Brasil republicano da tônica higienista, presente nos discursos e nas práticas assistenciais. Em razão disso, “omissão, repressão e paternalismo são as dimensões que caracterizam a política para a infância pobre na conjuntura da Proclamação da República” (FALEIROS V., 1995, p. 54).

Inicialmente, é possível caracterizar a assistência dispensada à infância como sendo uma espécie de assistencialismo, sob o sentido mais depreciativo que se pode dar ao termo. Consubstanciaram-se em práticas desorganizadas com consequências desastrosas para a sociedade. Naquele contexto, os trabalhos de assistência foram “executados em fragmentos, parceladamente, sem rigor do método, sem a cooperação eficaz, sem a organização inteligente dos auxílios recíprocos e dos resultados compensadores” (PAIVA citado por RIZZINI, 1995 b, p. 246).

As práticas assistencialistas, no entanto, vão tomando uma conotação diferente ao longo do período. Mudaram os nomes dos asilos para institutos, reformatórios, escolas preventivas e correccionais. Tratou-se do início de uma mudança de concepção da assistência que, naquele período histórico, assume a finalidade de prevenção das desordens sociais e tem o intuito de recuperar os desviados.

Dessa forma, era preciso que fossem tomadas providências legislativas a respeito. Assim, temos a primeira medida adotada, em 1893, com a promulgação do Decreto n.º 145, de 11 de julho de 1893. Foi a autorização para a fundação de uma colônia correccional, na qual seria feita a correção dos menores viciosos e abandonados, por meio do trabalho.

O artigo 2º desse Decreto previa que seriam recolhidos indivíduos que não tivessem meios de subsistência e vagassem pelas ruas das cidades de maneira ociosa, os quais não estariam, então, mais sujeitos ao pátrio poder (RIZZINI, 1995 b, p. 246).

É discutível a ação governamental da época, principalmente pelo fato de crianças e adolescentes serem considerados infratores da ordem social, quando, na verdade, eram vítimas de uma realidade societária que, além de discriminadora, mostrava-se incapaz de controlar a situação de pobreza que assolava cada vez mais o País. Tratou-se de verdadeira máscara colocada para encobrir a ineficiência do Estado. O controle da situação social carecia não de assistencialismo ou repressão, mas sim de ressignificação de crianças e jovens, enquanto seres humanos e pertencentes ao seio social.

Em 1902, houve o reforço à ideia de criação de colônias correccionais com a aprovação da Lei n.º 947, de 29 de dezembro de 1902. Foi nessa disposição normativa que apareceu a categoria ampla dos que deveriam ser internados nas colônias, dentre os quais se incluíam os menores culpados criminalmente, mas que tivessem agido sem discernimento, assim como os órfãos ou os que, por negligência, fossem encontrados sozinhos na rua (artigo 7º).

Esse dispositivo pode dar a real noção de quão grave era a arbitrariedade evidenciada naquele momento histórico, na medida em que se tratava a pobreza e a orfandade como fatores de rechaço social necessário. É como se essas crianças e adolescentes “sujassem o seio social”, tornando-se urgente, sob essa perspectiva, retirá-los da sociedade. Na realidade, isso só mostrava a dimensão da ineficiência do Estado e o quanto estava presente a concepção higienista de “limpar” a sociedade.

Contudo, essa arbitrariedade vai além dos limites do aceitável quando, coercitivamente, retira a autoridade paterna, dando ao Estado total poder de intervencionismo na vida privada. É evidente que, aqui, não se pode perder de vista que esse poder de intervenção acontecia na vida privada dos pobres, quando somente o juiz poderia sustar a internação, que deveria perdurar até a idade de 17 anos. “O pai, tutor, ou pessoa em cujo poder, guarda ou companhia esteja o menor, não poderá obstar a internação deste na colônia, ordenada pela autoridade competente” (artigo 8º).

Irma Rizzini (1995) esclarece que, precisamente em 1903, foi criada a *Colônia Correccional dos Dois Rios*, em Ilha Grande. Pelo Decreto n.º 4.753, de 28 de janeiro de 1903, ficou estabelecido que os menores de 9 anos seriam recebidos em seção separada. Um ano mais tarde, todavia, uma comissão especial composta de Magistrados de alto gabarito e membros do Ministério Público constataram uma situação de proporções assustadoras da promiscuidade entre detentos adultos, menores e mulheres. Esse fato, posteriormente, ocasionou o fechamento e a extinção da *Colônia*, em 19 de dezembro de 1914, pela *Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados*, tendo sido importantíssima a interferência do jornalista e parlamentar Felix Pacheco.

Desse modo, a Colônia, instalada numa ilha, atendia às finalidades de sanear a cidade e isolar os indesejáveis. Ao mesmo tempo, no entanto, agredia os novos ideais da assistência, para a qual a promiscuidade e a ociosidade eram qualificações intoleráveis. Segundo Lemos Britto (1959, obra publicada em 1929), somente com a aprovação do Código de Menores em 1927, a Colônia deixou de receber menores (RIZZINI, 1995 b, p.248).

A Proclamação da República do Brasil não trouxe grandes alterações no quadro da infância e da adolescência em nosso País. Faleiros (1995) cita diversos autores da época que afirmam a inexistência de pro-

teção pelo Estado, como por exemplo, Manuel Vitorino, que, em 1902, assegura não haver uma só lei ou instituição que realmente protegesse, pelo menos, a primeira infância no Brasil; ou Moncorvo Filho, que se mostrou desolado pela negligência que continuava, no tocante ao problema da infância. Por fim, resume com a ideia de Lemos Filho, que afirmou: “nada se construiu, nada se adiantou, nada se fez” (FALEIROS V., 1995, p. 55).

Segundo o censo realizado em 1920, a família brasileira tinha o perfil geral de ser composta pelos pais e mais cinco filhos, na sua maioria em condições de patente carência social e econômica. As crianças e os adolescentes da época eram compelidos a pedir esmolas nas igrejas ou mesmo a iniciar sua vida laboral pela necessidade de subsistência. Em muitos casos começavam a trabalhar antes dos dez anos de idade, vendendo doces, carregando pacotes, fazendo entregas, laborando como ajudantes de pedreiro, carpinteiros ou operando em fábricas.

Dessa forma, nos primeiros anos da República, a mão de obra de crianças e de adolescentes representava um complemento ao orçamento familiar e era utilizada de forma abundante. Importa mencionar que, naquele contexto histórico, quem fosse “pego” pela polícia fora desses parâmetros era encaminhado ao juiz de órfãos, que os enquadrava como “vagabundos” (ARAÚJO, 1993).

Foi, então, sob esse retrato social da criança e do adolescente que se instituiu a primeira medida de organização da assistência à infância, por meio da Lei Orçamentária Federal n.º 4.242, de 5 de janeiro de 1921, com a criação do “*Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinquente*”. Dentre as disposições constantes dessa Lei, vale destacar a previsão e nomeação de um “Juiz de Direito privativo para os menores”, bem como a fundação de duas novas instituições de recolhi-

mento provisório para menores de ambos os sexos e uma casa de preservação para menores de sexo feminino, visando a sua “modesta educação literária e completa educação profissional” (Lei n.º 4.242/1921, artigo 3º).

Não obstante toda a situação vigente na época, Vicente Faleiros (1995) narra que, em 1920, realiza-se o *I Congresso Brasileiro de Proteção à Infância*, presidido pelo Doutor Moncorvo Filho, com o intuito de sistematizar a proteção social à categoria infantil. Na realidade, esse foi o início de um esforço conjunto para que se normatizasse a situação da criança e do adolescente.

O discurso era mais aberto do que nunca em relação à importância do tema, no que diz respeito à grandeza dos interesses em jogo. Diz o Dr. Moncorvo Filho em abertura noticiada como tendo sido revestida de grande pompa: “Ao saudar-vos, Srs. Congressistas, pelo deslumbramento que viestes emprestar a este tentamen em prol do melhoramento de nossa raça, seja-nos lícito traduzir-vos, num mixto de orgulho e jubilo, o que sentimos nesta hora, ante a majestade deste recinto e a imponência desta solenidade, vendo aqui tantas dedicações pela mais sublime causa da humanidade: a proteção da criança (RIZZINI, 1995 a, p. 127).

Dessa maneira foi sendo construída, gradativamente, a história da legislação dos menores no Brasil. Irene Rizzini (1995) continua informando que, em 1923, o Decreto n.º 16.273 tinha o condão de reorganizar a *Justiça do Distrito Federal*, fazendo a inclusão da figura do Juiz de Menores na administração do sistema Judiciário. Mello Mattos foi o primeiro Juiz de Menores da América Latina, proferindo seu primeiro despacho em processo no dia 6 de março de 1924. Nesse mesmo ano, o Decreto n.º 16.300 instituiu a *Inspetoria de Higiene Infantil* e, no mesmo ano, aprovou-se, mediante o Decreto n.º 16.388, o regulamento do *Conselho de Assistência e Proteção dos Menores*, que foi em momento posterior acoplado ao Capítulo V da Parte Especial do *Código de Menores*, pro-

mulgado em 12 de outubro de 1927, em forma de Decreto, pelo então Presidente da República Washington Luis.

Segundo Vicente Faleiros (1995), o tão esperado *Código de Menores* acaba incorporando a visão de proteção do meio e do indivíduo como uma visão jurídica e moralista, quando a intervenção do Estado realiza-se como modo de categorização e exclusão, sem mexer nas condições existentes da criança, utilizando-se de um delineamento ainda extremamente repressivo.

Apesar disso, como afirma Antônio Carlos da Costa, o *Código de Menores*, que teve como seu autor Mello Mattos, foi significativo, na medida em que o olhar do Poder Público se voltou à questão da criança e do adolescente. “Assim o Brasil começa a implantar o seu primeiro sistema público de atenção a crianças e jovens em circunstâncias especialmente difíceis” (1994, p. 124).

Grande problema enfrentado foi o autoritarismo, que parece ter legitimado aqueles que tratariam de sua execução. Aconteceu uma espécie de equiparação entre delinquentes, carentes e abandonados, tanto que o artigo 1º do *Código de Menores* estabelecia: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código”. O detalhe era a arbitrariedade que se estabeleceu na ânsia de ter o problema da infância e juventude solucionado.

A legislação reflete um protecionismo, que bem poderia significar um cuidado extremo no sentido de garantir que a meta de resolver o problema do menor seja efetivamente bem-sucedida. Ao acrescentar à categorização de menor abandonado ou pervertido, a frase “...ou em perigo de o ser”, abria-se a possibilidade de enquadrar qualquer um no raio de ação de competência da lei. A intenção era ainda mais óbvia no concernente aos menores caracterizados como delinquentes. Uma simples suspeita, uma certa des-

confiança, o biotipo ou a vestimenta de um jovem poderiam dar margem a que fosse sumariamente apreendido (RIZZINI, 1995 a, p. 131).

O que melhor consubstanciou o *Código de Menores* foi a regulamentação do trabalho infantojuvenil. Havia a proibição expressa de menores trabalharem nas ruas, praças ou qualquer lugar público. Infelizmente, essa regulamentação, ao contrário do que se possa pensar, não se colocava em virtude de uma legítima preocupação com as crianças e adolescentes expostos nas ruas e lugares públicos. Vinha, na verdade, ao encontro de interesses da época para que fosse restrito o acesso e a permanência pública de indivíduos tidos como desclassificados. Era uma tentativa de manter a “ordem” almejada, tendo em vista que, segundo o discurso jurídico, social e humanitário da época, iria-se “cortar o mal pela raiz”, tratando de zelar pela infância abandonada e criminosa, de forma a poupar a sociedade do convívio futuro com vadios ou desordeiros.

Com a Revolução de 1930 estabelece-se uma conjuntura relativamente nova da estruturação das questões referentes a crianças e adolescentes. A atenção diferenciada foi dispensada para os menores, que para isso contou com quatro órgãos principais para a efetivação desse atendimento. A equipe de trabalho era composta pelo *Serviço Nacional de Assistência a Menores – SAM*; pela *Legião Brasileira da Assistência – LBA*; pelo *Conselho Nacional de Assistência Social* e pelo *Departamento Nacional da Criança*. Sabóia Lima (1943, p. 13) explica que a linha política sugerida por Getúlio Vargas a esses órgãos era a de privilegiar a raça e manter a ordem e o progresso da sociedade brasileira como um todo.

É importante ressaltar que a época se configurava especialmente tensa pelas várias reivindicações políticas e sociais que a permearam. É na sua fase mais autoritária que o *SAM* foi criado, tratando-se de um órgão do Ministério da Justiça que era uma espécie de sistema penitenciária-

rio destinado à infância e à adolescência. Há de se considerar um aspecto fundamental para essa análise que é o fato de esse sistema não se destinar apenas para os infratores da lei penal, como em princípio poder-se-ia pensar, mas se dirigia, também, aos carentes e abandonados. “Seu sistema de atendimento baseava-se em internatos (reformatórios e casas de correção) para adolescentes autores de infração penal e de patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos para os menores carentes e abandonados” (COSTA, 1994, p. 124).

Como era de se prever, contudo, a política do SAM revelou-se insustentável com o passar do tempo, uma vez que a opinião pública, por intermédio da imprensa, começou a repeli-la substancialmente, opondo-se ao governo pelo caráter repressivo e desumanizante. Chegou a ser adjetivado como “universidade do crime ou sucursal do inferno”. Assim, percebe-se que a política destinada ao menor, no governo de Getúlio Vargas, tem extensa duração, articulando um misto de repressão, assistência e preservação da raça que, sem dúvida, não teve somente uma longa duração, mas marcou profundamente as trajetórias de crianças e adolescentes pobres do Brasil (FALEIROS V., 1995).

Com objetivo de tentar, pelo menos, amenizar a situação existente, dois diplomas legais têm relevância peculiar para o período autoritário no qual ingressava o Brasil a partir de 1964. Nesse mesmo ano, entra em vigor a Lei n.º 4.513, estabelecendo a *Política Nacional de Bem-Estar do Menor*, e, dez anos mais tarde, é apresentado, pelo então Senador Nelson Carneiro, um projeto de lei para a reformulação do *Código de Menores* de 1927. Esse projeto se transforma na Lei n.º 6.697, em 1979, tratando da proteção e da vigilância aos menores em situação irregular. Para Gomes da Costa (1994, p. 127), “estas duas leis não se dirigiam ao

conjunto da população infanto-juvenil brasileira. Seus destinatários eram apenas crianças e jovens em situação irregular”.

Essa situação irregular de crianças e adolescentes é definida pelo *Código* como a privação de condições essenciais à subsistência, em virtude da ação ou omissão de seus responsáveis quanto à vitimização por maus-tratos; bem como por perigo moral pela condição de exploração de atividades contrárias aos bons costumes; por privação de representação legal, por desvio de conduta; ou pela prática de infração de ordem penal.

Dessa forma, o *Código de Menores* de 1979 cria uma nova categoria: a do “menor em situação irregular”, que era o menor de 18 anos, vítima, carente ou autor de ilícito penal. Percebe-se que todos são membros de uma só categoria, apesar das gritantes diferenças que caracterizam suas situações. Não há como negar que, em relação ao *Código* anterior, tem-se avanços. Permanecem, contudo, críticas e questionamentos diversos, como o fato de o adolescente não ter direito ao contraditório no processo, sendo regido pelo princípio inquisitorial. Isso era, sem dúvida, um contrassenso, tendo em vista que a *Constituição* já garantia a defesa ampla a todo aquele maior de 18 anos que fosse processado. Edson Sêda (1991, p. 124) acrescenta que o *Código* “permitiu a aplicação de medidas a meros acusados, sem provas, e só mandava instaurar o processo contraditório quando a família do acusado designava um advogado. Assim, os pobres permaneciam sem defesa”.

Foi com esse desenho, todavia, que se executou o *Código* de 1979. Para isso, houve a necessidade do auxílio de um órgão exequente dessa política nacional que foi a *Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM)*, sendo seus órgãos executores em âmbito estadual as *Fundações Estaduais do Bem Estar do Menor (FEBEMS)*. Gomes da Costa (1994, p. 128) afirma que “o enfoque a que se propunha o organis-

mo era o assistencialismo, indagando à criança e ao jovem pelo que não é, pelo que ele não sabe, pelo que ele não tem, pelo que ele não é capaz, para só então restituí-lo de tudo o que lhe havia sido sonogado no prisma das relações sociais”.

O problema centrava-se na dicotomia de, apesar de ser dada uma nova concepção ideológica ao menor como sendo carente “biopsicossociocultural”, a realidade fática permanecer inalterada. Isso se deu principalmente pela herança que a *FUNABEM* recebeu do antigo *SAM*, valendo-se de toda a estrutura de prédios, equipamentos, materiais e de pessoal. O que aconteceu? O já esperado: a continuidade da aplicação da política correcional-repressiva.

A partir dos anos 80, podemos dizer que se inicia a fase da transformação, de mudanças, no que diz respeito, principalmente, às questões sociais.

Os anos oitenta são considerados a “década perdida” em termos de desenvolvimento econômico no Brasil. Se por um lado, no entanto, as condições objetivas do país conheceram um forte e acelerado processo de degradação, por outro, os avanços políticos e institucionais rumo ao estado democrático de direito foram realmente inegáveis (COSTA, 1994, p. 131).

Não se pode deixar de pontuar que foi nessa década que o Brasil, em meio a uma crise econômica, elegeu um presidente civil e promulgou uma Constituição com a participação dos mais diversos atores sociais. Por isso ficou conhecida como Constituição Democrática. A carta constitucional avaliou responsabilmente as legislações anteriores, fruto do autoritarismo ditador, e efetivou suas liberdades políticas e públicas, de uma forma até então nunca vista no cenário da República do Brasil.

Nesse ínterim, observava-se a crescente visibilidade que crianças e adolescentes iam adquirindo. Esse processo foi desencadeado pelo

Projeto Alternativas de Atendimento a Meninos e Meninas de Rua, que teve seu ápice em 1984, com o *Seminário Latino-Americano de Alternativas Comunitárias de Atendimento a Meninos e Meninas de Rua*, realizado em Brasília, e que, mais tarde, em 1986, redundou no *I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua*, sediado também em Brasília.

Esses encontros, verdadeiros fóruns de discussão, ensejaram a possibilidade de se colocar os direitos da criança e do adolescente na carta constitucional. Para isso começa a consolidação de forças mediante uma rede de lideranças, na qual podemos destacar quatro grupos principais: *a Pastoral do Menor da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB*, *o Movimento dos Meninos e Meninas de Rua*, *a Frente Nacional da Defesa dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes* e *a Comissão Nacional Criança e Constituinte*, criada em 1996 pela Portaria Ministerial n.º 449. Em seguida, tem-se o termo de adesão assinado pela *Fundação das Nações Unidas para a Infância - UNICEF* como um Termo de Cooperação Técnica e Financeira com o Ministério da Educação (VOGEL, 1995).

Assim, consolidou-se uma articulação do setor público federal, através de sua vanguarda técnica, com organismos da chamada sociedade civil. Esse movimento conseguiu transformar em preceito constitucional as concepções fundamentais da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, antecipando-se a sua aprovação, que só ocorreria em 1989 (VOGEL, 1995, p.317).

Como resultado dessa maratona em direção à cidadania, a Constituição, Carta Magna da legislação brasileira, adquiriu esse caráter de democracia, conferindo aos seus receptores a certeza de que o processo democrático é o único capaz de trazer mudanças legitimadas, principalmente porque essas mudanças vêm ao encontro das necessidades e anseios da nação.

Foram então apresentadas, na *Assembleia Nacional Constituinte*, duas emendas de iniciativa popular, contendo mais de 200 mil assinaturas de eleitores: a “Criança e a Constituinte” e a “Criança – Prioridade Nacional”, cujos textos foram fundidos, ingressando no corpo da Constituição, com a legitimação de 435 votos contra 8. Dessa forma, a síntese dessas duas propostas ensejou a redação do artigo 227 da *Constituição da República* de 1988, cujo *caput* estabelece:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.

Como já referido, esse dispositivo trouxe ao enfoque normativo-positivo a essência da *Convenção dos Direitos da Criança*, que tinha como fundamento embasador a Doutrina da Proteção Integral. Doutrina essa que estabelecia, em linhas gerais, a criança e o adolescente como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, o que lhes assegura todos os direitos necessários e fundamentais para que esse desenvolvimento aconteça de maneira saudável.

Situa a criança dentro de um quadro de garantia integral, evidencia que cada país deverá dirigir suas políticas e diretrizes tendo por objetivo priorizar os interesses das novas gerações; pois a infância passa a ser concebida não mais como um objeto de “medidas tuteladoras”, o que implica reconhecer a criança sob a perspectiva de sujeito de direitos (VERONESE, 1997, p. 13).

Esse foi o grande passo dado naquele momento: a transformação da criança tutelada (“situação irregular”) em sujeito de seus direitos (“proteção integral”). Significa dizer que ela passou a ter visibilidade social

pela aquisição, via Constituição, de seus próprios direitos, que lhes deveriam ser garantidos com absoluta prioridade, no Brasil.

5 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O advento do **Estatuto da Criança e do Adolescente** é resultado não só de um movimento nacional, mas de toda uma configuração do panorama internacional, que foi sendo encadeado num ritmo de proteção efetiva aos direitos do homem e do cidadão e depois com o direcionamento mais específico à criança e ao adolescente.

A ordem internacional se voltava para o reconhecimento dos direitos humanos incondicionalmente. Nesse sentido, afirma Enrique Ricardo Lewandowski (1984):

Verifica-se, pois, que todas as organizações de âmbito internacional que surgiram após a Segunda Guerra Mundial trazem consignada em seus documentos constitutivos a preocupação com os direitos e liberdades fundamentais do homem, cuidado esse que foi consubstanciado numa série de declarações, pactos e convenções, e que se materializou também num conjunto de órgãos e agências encarregados de sua execução (p. 84).

Esse é o clima que ensejou, posteriormente, a aprovação unânime da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, pela *Assembleia das Nações Unidas*, em 10 de dezembro de 1948, sendo assinada pelo Brasil na mesma data. Pode-se afirmar que esse foi o passo mais significativo para a história da humanidade, refletindo, indubitavelmente, no progresso dos povos e na assunção de uma mentalidade psicossocial mais consciente da necessidade de proteger e valorizar os pares. Gustavo Zanini (1977) assegura que a *Declaração Universal* confirmou o compromisso firmado anteriormente pela *Carta das Nações Unidas* de garantir e

promover os direitos. Nas palavras desse pesquisador, constitui-se o “vínculo entre diferentes concepções dos direitos do homem, válidas nas diversas partes do mundo” (p. 76).

Esse pacto foi reconhecido pelo consenso geral, que deu muito mais força e certeza para a efetividade daquela que, apesar de ser uma declaração, continha em seu bojo a intenção não de declarar direitos, mas sim de proclamá-los. É nessa perspectiva que Dalmo Dallari faz suas considerações sobre a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*:

O exame dos artigos de Declaração revela que ela consagrou três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições sub-humanas (1983, p. 187).

Dessa forma, numa sequência histórica, observa-se a realização de diversos pactos e convenções estabelecidos entre os países. A *Convenção sobre os Direitos da Criança*, aprovada e adotada também por unanimidade na *Assembleia das Nações Unidas*, em 20 de novembro de 1989, foi um marco para o Direito Internacional, significando o fortalecimento da justiça, da paz e da liberdade, pela reafirmação dos direitos humanos. A partir de 26 de janeiro de 1990, a *Convenção* começou a receber assinaturas, ocasião em que 61 países firmaram a intenção de ratificá-la, quebrando os recordes de aceitação pela comunidade internacional em toda a história dos tratados, acordos e convenções internacionais. Seus dispositivos estabelecem que crianças e adolescentes necessitam de atenção e proteção especial. De maneira geral, asseguram-se

as oportunidades e facilidades necessárias ao pleno desenvolvimento com saúde e harmonia, especificando a necessidade de dar-lhes prioridade pela sua condição peculiar de desenvolvimento.

A partir de então, observa-se que a criança não é tratada como objeto de proteção do Estado, mas como sujeito de direitos. “Nesta doutrina tal como sabemos, já não se vê a criança como objeto de proteção e/ou repressão do Estado e da sociedade adulta, mas sim como sujeito de direitos originários relativos a essas instituições” (BARATTA, 1999, p. 71). Trata-se do ápice do processo valorativo do ser infantil, não mais considerado adulto em miniatura, mas proprietário de seus direitos e legitimado pelo Estado e pela sociedade para buscá-los. É o comprometimento de todos os entes sociais com a prioridade do atendimento à criança e ao adolescente.

Para sintetizar, com mais propriedade essa ideia, utiliza-se, novamente, as palavras de Alessandro Baratta, que, fazendo uma interpretação sistemática dos artigos da *Convenção*, avalia:

Desta maneira, o critério <<interesse superior da criança>> converte-se no princípio de relevância universal do interesse da criança, o qual implica a transversalidade das políticas públicas e das medidas internacionais dirigidas à proteção dos direitos das crianças. Isto quer dizer que a proteção desses direitos não é somente tarefa de instituições particulares com competência específica, envolvendo necessariamente uma estratégia geral que interessa a qualquer instituição pública ou privada e a qualquer órgão do Estado ou das suas entidades territoriais e da comunidade internacional. Esse princípio exige a coordenação e a sinergia de todos os actores potencialmente competentes (1999, p. 62).²

No Brasil, esse sentimento social em relação às crianças e aos adolescentes, só reconhecido por sociedades democráticas, é normatizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

Norberto Bobbio (1986) assenta que, na realidade, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e seus súditos se tornam verdadeiramente cidadãos quando lhes são reconhecidos, pelo menos, alguns direitos fundamentais. Foi o que aconteceu com as crianças e os adolescentes brasileiros com o advento da *Constituição da República* de 1988 e, posteriormente, com a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto adotou a Doutrina da Proteção Integral como princípio embaixador de todos os dispositivos, deixando-o explícito no seu artigo 1º: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Foram garantidos, com isso, a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes e o seu reconhecimento como cidadãos.

Percebe-se o papel decisivo da normativa internacional, assimilando, de forma eficaz, a evolução ocorrida na sociedade internacional e trasladada para o sistema nacional. O Estatuto da Criança e do Adolescente foi a ratificação da *Convenção dos Direitos da Criança* pelo Brasil, adaptado à conjuntura do país.

Além do artigo 1º, no interior do texto normativo estão contemplados todos os preceitos estabelecidos pela referida *Convenção*. Evidencia-se que a *Convenção* obriga o estabelecimento de normas diferenciadas para o tratamento de crianças ou adolescentes contra os quais se alegue infringência a leis penais. Em resposta, o Estatuto traz, entre outros, o artigo 112, que dispõe sobre as medidas aplicáveis ao adolescente quando da prática de ato infracional. Essas medidas levam em conta a sua capacidade de cumprimento e a gravidade da infração cometida, não se admitindo o trabalho forçado, resguardando-se aqueles que sejam portadores de doença ou deficiência mental, os quais receberão trata-

mento individual e especializado, de acordo com suas condições e necessidade (LIBERATI, 1997).

Convém recordar que a Lei anterior ao Estatuto, o *Código de Menores* de 1979, fundamentava-se na Doutrina da Situação Irregular, ou seja, existia um conjunto de normas que se destinavam a um tipo ou a uma classe específica de crianças e adolescentes. Normalmente eram aqueles inseridos num quadro de patologia social, em que se mesclavam, num mesmo contexto, abandonados, vítimas de maus-tratos físicos ou morais e infratores.

Por isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi uma revolução para o direito infantojuvenil, que assumiu uma nova postura, alicerçada na convicção de que “a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral” (VERONESE, 1997, p. 15).

A partir de então, torna-se sumamente importante a existência de uma política eficaz que possa assegurar materialmente os direitos já positivados, o que enseja os dois princípios balizadores da Lei n.º 8.069/90: descentralização e participação. A implementação do princípio da descentralização deve resultar numa melhor divisão de tarefas entre a União, os Estados e os Municípios no cumprimento dos direitos sociais. No que tange à participação, importa na atuação progressiva e constante da sociedade em todos os campos de ação. Para isso se criaram os *Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente*, os *Conselhos Tutelares* e os seus fundos respectivos.

Vicente de Paula Faleiros (1995) observa que, em outubro de 1991, é apresentado à nação brasileira um manifesto de diversas entidades governamentais, patronais, sindicais e religiosas, assumindo a res-

ponsabilidade pela melhoria do Ensino Fundamental, além de se comprometerem com a luta contra os maus-tratos. Trata-se do *Pacto pela Infância*, que inclui o compromisso com a saúde, efetivado em novembro do mesmo ano.

Outra questão que não pode ser relegada é a possibilidade de os direitos da criança e do adolescente serem demandados em juízo, protegendo-se os interesses individuais, os difusos e os coletivos. Isso revela que o Estatuto se encontrava em consonância com as tendências.

Assim sendo, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi e está sendo um instrumento na tentativa de construção de uma sociedade mais cidadã, evidenciando que as modificações legislativas podem ser o veículo propulsor da educação de uma sociedade para o respeito aos direitos da criança e do adolescente. Tarefa que não está acabada, mas que já foi iniciada com muita propriedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode olvidar o caminho percorrido, para que se tenha a real dimensão do progresso realizado.

Sob essa perspectiva, percebe-se que os avanços na seara do direito da criança e do adolescente são frutos da ideia de uma ressignificação do próprio ser humano, que foi sendo alterada ao longo da história.

Nesse aspecto, evidenciaram-se diversas iniciativas que buscaram acertar o passo protetivo. A concepção higienista, hoje repudiada pelos analistas históricos da proteção, era tida como adequada e revolucionária para a época. Não se questionava o fato de o contraditório e a ampla defesa existirem apenas para aqueles que podiam pagar por um advoga-

do, pois isso era absolutamente aceitável para a dinâmica social daquele momento.

Enquanto a criança e o adolescente eram tidos como objeto do direito, não se podia dimensionar o seu correto lugar na sociedade, tampouco almejar mais do que a doutrina da situação irregular poderia oferecer.

Entre acertos e equívocos, efetivou-se, após árduas lutas e reivindicações, uma Constituição Federal cidadã, a qual tirou crianças e adolescentes de uma condição passiva na sociedade e transformou-os em sujeitos de direitos, dando-lhes prioridade absoluta neste País. Passou-se a falar em criança e adolescente com base no Princípio da Proteção Integral, que se estabeleceu de forma mais específica com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse Diploma Legal foi resultado não só de um movimento nacional, mas de toda uma configuração do panorama internacional que se encadeou num ritmo de proteção-garantia aos direitos do homem e do cidadão e, posteriormente, direcionado à criança e ao adolescente.

A partir da compreensão de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, a proteção passou a ter outra dimensão. Nesse diapasão, a proteção integral representou uma quebra de paradigma que redundou, até os dias atuais, no rompimento de concepções teóricas e práticas, no cotidiano da garantia de direitos e da aplicação da lei pelos Tribunais.

A Defensoria Pública aparece nesse cenário como grande propulsora da efetivação das normas positivadas. Os direitos das crianças e dos adolescentes precisam ser reafirmados cotidianamente, quando a Defensoria Pública é a voz daqueles que já não tem força para bradar. São os hipossuficientes sociais, organizacionais e, muitas vezes, de hu-

manidade, que precisam de alguém que fale por eles e seja a resistência.

Os paradigmas devem ser quebrados todos os dias, e os direitos da criança e do adolescente reafirmados sempre, para que não se deslize no conformismo. É preciso avançar. A tarefa ainda está por ser feita. O que diríamos se a história nos mostrasse que todos se contentaram com a legislação e com a interpretação feita pelos operadores jurídicos dentro de seus contextos sociais e políticos?

Não se pode perder de vista a retrospectiva histórica que deu origem ao que se tem hoje, tampouco o caminho que ainda precisa ser percorrido.

7 REFERÊNCIAS

ARANTES, Ester Maria de Magalhães. **Rostos de Crianças no Brasil**. In: PILLIOTI, F., RIZZINI, I. (orgs). *A arte de Governar Crianças - a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Amais Livraria e Editora, 1995.

ARAÚJO, Rosa M. Barbosa de. **A vocação do prazer: a cidade e a família no Rio de Janeiro Republicano**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

ARIÈS, Philippe. **História Social da criança e da Família**. 3 ed. Paris: Zahar, 1978.

BARATTA, Alessandro. **Os direitos da criança e o futuro da democracia**. In: *Perspectivas do direito no início do século XXI – Studia Jurídica* n. 41. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

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

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.331 A, de 17 de fevereiro de 1854. **Aprova o Regulamento para a reforma do ensino primário e secundário do Município da Côrte.**

BRASIL. Decreto-Lei n. 145, de 11 de julho de 1893. **Autoriza o Governo a fundar na colônia correccional no próprio território nacional Fazenda da Boa Vista, existente na Parahyba do Sul, ou onde melhor lhe parecer e dá outras providências.**

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.753, de 28 de janeiro de 1903. **Aprova o Regulamento da Colônia Correccional dos Dois Rios.**

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.083, de 01 de dezembro de 1926. **Institui o Código de Menores.**

BRASIL. Decreto-Lei n. 17.943 A, de 12 de outubro de 1927. **Consolida as leis de Assistência e Proteção aos Menores.**

BRASIL. Decreto-Lei n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a **Convenção sobre os Direitos da Criança.**

BRASIL, Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. **Código de Menores.** Entrou em vigor no dia 08 de fevereiro de 1980.

BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente**, e dá outras providências.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **De Menor a Cidadão.** In: MENDEZ e COSTA. Das Necessidades aos Direitos. São Paulo: Malheiros, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FALEIROS, Eva Teresinha Silveira. **A Criança e o Adolescente – Objetos Sem Valor no Brasil Colônia e Império.** In: PILLOTI, F., RIZZINI, I. (orgs). A arte de Governar Crianças - a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Amais Livraria e Editora, 1995.

FALEIROS, Vicente de Paula. **Infância e Processo Político no Brasil**. In: PILLOTI, F., RIZZINI, I. (orgs). A arte de Governar Crianças - a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Amais Livraria e Editora, 1995.

GONÇALVES, M. A. **Expostos, roda e mulheres: a lógica da ambigüidade médico – higienista**. In: Pensando a família no Brasil. Rio de Janeiro: espaço e Tempo, 1987.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e Ato Infracional – Medida sócio-educativa é pena?**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____. **Comentários ao estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMA, Augusto Sabóia. **Patronato de Menores: o que significa o que realiza**. Rio de Janeiro: Henrique Velho, 1943.

LLOYD, de Mause. **Historia de la infancia**. 2 ed. Madri: Alianza, 1994.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

ORLANDI, Orlando. **Teoria e prática do amor à criança**. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

PFOHL, Stephen. **The discoveri of child abuse**. In: Social problems. New York, 1977, p. 310-323.

RIZZINI, Irene. **Crianças e Menores – Do Pátrio Poder ao Pátrio Dever – Um Histórico da Legislação para a Infância no Brasil**. In: PILLOTI, F., RIZZINI, I. (orgs). A arte de Governar Crianças - a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Amais Livraria e Editora, 1995, a.

RIZZINI, Irma. **Meninos Desvalidos e Menores Transviados: A trajetória da Assistência Pública até a Era Vargas.** In: PILLLOTI, F., RIZZINI, I. (orgs). A arte de Governar Crianças - a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Amais Livraria e Editora, 1995, b.

RIZZINI, I. F. (orgs). **A arte de Governar Crianças - a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil.** Rio de Janeiro: Amais Livraria e Editora, 1995.

SÊDA, Edson. **Infância e Sociedade: Terceira Via.** Brasil: Adês, 1998.

_____. **O novo direito da criança e do adolescente.** Rio de Janeiro: Bloch, 1991.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de Direito da Criança e do Adolescente.** São Paulo: LTr, 1997.

VIANNA, Segadas; MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho.** 11 ed. rev. Amp. São Paulo: LTr, 1991. v. 2.

VOGEL, Arno. **Do Estado ao Estatuto – Propostas e Vicissitudes da Política de Atendimento à Infância e Adolescência no Brasil Contemporâneo.** In: PILLLOTI,

ZANINI, Gustavo. **Contribuição ao estudo da eficácia das resoluções das organizações internacionais.** São Paulo: Faculdade do Lago de São Francisco, 1977.

[2](#) Essa citação foi reproduzida segundo a edição portuguesa do livro consultado, o que muda parcialmente a grafia de certas palavras.

UMA ANÁLISE SOBRE A LEGÍTIMA DEFESA E O CASO DAS MULHERES AGREDIDAS NO AMBIENTE DOMÉSTICO

Orlando Faccini Neto¹

RESUMO: O texto pretende discutir os fundamentos da justificação de condutas a partir da invocação de legítima defesa e problematizar, a essa luz, e diante de uma alvitrada perspectiva constitucional, a hipótese relativa à atuação de mulheres agredidas em desfavor de seu companheiro ou cônjuge.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima Defesa. Fundamentos. Mulheres Agredidas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O caso Judy Norman. 3. A justificação por legítima defesa. 4. A questão dos fundamentos da justificação. 5. Retorno ao caso Judy Norman. 6. Um óbice e sua refutação. 7. A questão da igualdade. 8. Conclusão. 9. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em texto publicado recentemente - numa obra que, aliás, tivemos a ventura de organizar -, tratou Fernandes de examinar a temática concernente à eventual justificação da conduta praticada pela mulher

¹ Orlando Faccini Neto é Juiz de Direito no Rio Grande do Sul, Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos/RS, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Luterana do Brasil - Ulbra/RS, Professor de Direito Penal e de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura/RS, Professor de Direito Constitucional na Faculdade Anhanguera em Passo Fundo/RS, Professor de Processo Penal na Universidade de Passo Fundo/RS.

agredida, em desfavor de seu cônjuge, na particular situação em que esse não ostentasse possibilidade de reação². O tema, pouco trabalhado em nossa doutrina, desde sempre nos interessou, de modo que, não obstante concordarmos, no essencial, com seus argumentos, resolvemos expandi-los, a fim de que, em conjunto, os argumentos desenvolvidos possam conferir melhor acabamento a essa matéria.

2 O CASO JUDY NORMAN

Para dar início às reflexões que se almejam realizar neste momento convém, brevemente, fazermos um relato do conhecido episódio em que se viu envolvida Judy Norman. Após mais de duas décadas e meia de casamento, interregno no qual foi brutalmente agredida por seu esposo em diversas ocasiões, Judy Norman veio a matá-lo mediante disparo de arma de fogo, desferido no ensejo que ele, seu marido, dormia. Se consoante o passar dos anos as agressões vinham crescendo de intensidade, o que envolvia ter sido Norman queimada com cigarros ou obrigada a se alimentar com comida de cachorros, na véspera do homicídio seu esposo a espancara, quase a levando à inconsciência, o que a motivou a chamar a polícia. Judy Norman, entretanto, após a presença dos policiais acabou por não formalizar registro das agressões, uma vez que possuía medo de represálias de seu parceiro, e, em desespero, tentou suicidar-se. Com a chegada do serviço de atendimento médico, tentou impedi-los de atuar o marido, dizendo-lhes que deveriam deixar que Judy Norman morresse. Na noite do dia seguinte, após ter ido a um ou outro serviço de

² FERNANDES, Álvaro Roberto Antanavicius. **“Battered women’s defense doctrine”: uma interpretação conforme o princípio constitucional da igualdade.** In: Temas Criminais: A Ciência do Direito Penal em Discussão. Denis Sampaio; Orlando Faccini Neto (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

assistência social, quando chegou em sua casa Judy Norman foi novamente agredida e queimada com cigarro, sendo, inclusive, forçada a dormir no chão. Durante a madrugada acordou, apanhou um revólver e assassinou o marido, enquanto ele dormia³.

Condenada que foi, já em sede recursal, a Corte Suprema da Carolina do Norte rechaçou a tese de que teria atuado em legítima defesa, uma vez que essa não se configuraria quando ausente um ataque iminente, em razão do qual se poderia justificar a conduta. E é justamente daqui que partiremos no sentido com que pretendemos abordar o tema.

3 A JUSTIFICAÇÃO POR LEGÍTIMA DEFESA

Desde logo se impõe referir que, como diz Tavares, as causas de justificação, para além de se apresentarem como autorizações contingentes, motivadas por circunstâncias acidentais ou particulares de determinados setores da ordem jurídica, devem ser vistas, também, como “derivadas dos direitos fundamentais, aos quais se devem subordinar”. Segundo o autor, encaradas como condições de solução dos conflitos sociais, as causas de justificação não devem ser vistas simplesmente como exceções de comportamentos proibidos, senão como “instrumentos de convivência social, onde muitas vezes a justiça deve ceder lugar à conveniência”, tudo a indicar que qualquer princípio

³ Com o mesmo relato fático, Cf. FLETCHER, George P. **With Justice for Some. Protecting Victim's Rights in Criminal Trials**. Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1996, p. 133; CHIESA, Luis Ernesto. **Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia angloamericana**. In: Revista de Derecho Penal, nº 2. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 811-3; FERNANDES, “**Battered women's defense doctrine**”..., p. 11-2.

que se pretenda inserir como sistematizador deve atinar tratar-se de “uma sociedade real e não de um sistema simbólico”⁴.

Noutras palavras, o certo é que é absolutamente questionável que se possa reduzir a sistematização das causas de justificação a esquemas meramente organizativos, como se o sujeito fosse puramente um “indivíduo biológico, ou um subsistema social, ainda que compreendido no contexto das funções que possa desempenhar nesse sistema”⁵.

De certo modo, esse é o sentido estabelecido por Palma, quando afirma que a existência de um meio que possibilita a defesa particular contra agressões ilícitas exprime, sempre, um modo de resolução de conflitos entre os participantes num sistema social, através do qual é conferido aos indivíduos o poder de efectivar as regras do sistema sem recurso à autoridade das instituições⁶, indo, na mesma direção, a asserção de Malamud Goti, ao assinalar que “la antijuridicidad es el lugar sistemático donde deben captarse los conflictos sociales desde una perspectiva dinámica”, de sorte que não se deve procurar de antemão um “criterio fijo en virtud del cual pueda establecerse en abstracto qué es ilegítimo y qué no lo es”, senão que se impõe a apreciação do contexto em que a ação de alguém afeta os interesses de um terceiro⁷.

Isto serve para assentar que o contexto particular em que se realiza uma conduta, como a revelada por Judy Norman, permite integrar ao âmbito da legítima defesa argumentos de índole constitucional⁸, sem os quais, desde logo avançamos, o acesso a essa causa de justificação

⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 257-8.

⁵ TAVARES, Teoria..., p. 261.

⁶ PALMA, Maria Fernanda. **Provas de Agregação de Professores**. Lisboa: não publicado, 1999, p. 02.

⁷ MALAMUD GOTI, Jaime E. **Legítima Defensa y Estado de Necesidad: problemas sistemáticos de las causas de justificación**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, p. 33.

dar-se-á em diversa medida, consideradas as peculiaridades físicas de homens e mulheres, vale dizer, em favor das últimas mostrar-se-á escassa a via de justificação nas hipóteses de agressões perpetradas por aqueles que ostentam, por razões naturais, uma maior força física.

A solução alvitrada por Chiesa não nos convence, e supomos que seu erro está na premissa. Aponta, com efeito, o autor, que se poderia meramente cogitar da justificação de um ataque preventivo, cometido pela mulher, naqueles casos em que se vislumbre ter o Estado olvidado o desenvolvimento de mecanismos de proteção alusivos às situações de violência doméstica, e, sob este ponto de vista, dir-se-ia se “el Estado incumple con su parte del contrato y deja a un individuo sin protección contra ataques injustificados futuros, dicho individuo se reserva el derecho de repeler por sí mismo de manera preventiva dichos ataques”⁹. Afigura-se, no entanto, desde logo equivocada a asserção crucial de que mecanismos protetivos não foram desenvolvidos, pois são diversas as legislações que passaram a tratar das situações de violência doméstica em variados países nos últimos anos. Seu outro argumento vai no sentido de que se a mulher supõe com firmeza os riscos de um ataque futuro, que já desta feita poderá causar-lhe graves danos ou mesmo a morte, ainda que carente a sua iminência, de igual maneira se poderia falar de uma defesa preventiva¹⁰.

Chiesa, contudo, refuta ambas possibilidades, sem prejuízo de sustentar a eventualidade de um afastamento ou uma redução de culpa, neste caso inclusive pelo reconhecimento de uma imputabilidade

⁸ Sobre o virtual ocaso dos paradigmas herdados em termos das causas de justificação, e particularmente da legítima defesa, Cf. COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 229-230, especialmente a nota 2.

⁹ CHIESA, **Mujeres maltratadas**..., p. 821.

¹⁰ CHIESA, **Mujeres maltratadas**..., p. 823-4.

diminuída, e o faz, retomemos a premissa que haveremos de profligar, aduzindo que “el problema más complicado que presentan casos como el de Judy Norman es si las acciones preventivas necesarias para evitar agresiones futuras deben considerarse justificadas”¹¹, sendo certo que, em seus próprios termos: “la legalización de acciones preventivas como las de Judy Norman podría deslizarnos por una peligros pendiente resbaladiza”, porquanto se acabaria por fomentar “la justificación de ataques en situaciones en que existen serias dudas en cuanto a si el empleo de fuerza letal es el único medio mediante el cual se pueden repeler las temidas agresiones futuras”¹². De ver-se que também Cunha apela a um afastamento da culpa, *rectius*: à aceitação de uma hipótese de desculpa supralegal, consistente no reconhecimento de uma designada “causa social e antropológica na criminalidade e na culpa de género”¹³.

Indagaríamos se deveras se está (i) a cuidar de um tipo de agressão preventiva, tendente a (ii) colimar um ataque futuro. Como muito há ainda por dizer, lançaremos dois exemplos sobre os quais voltaremos a falar no final deste tópico. São os seguintes, em breves palavras: determinada pessoa ou grupo se lança na prática de um sequestro e, como tal, apanha sua vítima e a priva de liberdade. Escoados que sejam alguns dias, num determinado momento em que dormia o sequestrador vigilante, a vítima apanha-lhe a arma e o alveja. Mata-o, e assim foge¹⁴. Na outra situação, a qual, reconhecemos, parece

¹¹ CHIESA, **Mujeres maltratadas**..., p. 827.

¹² CHIESA, **Mujeres maltratadas**..., p. 825.

¹³ CUNHA, Maria João Ribeiro da. **Diálogos de Medeia e a kátharsis numa culpa de género**. Relatório apresentado no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: não publicado, 2008, passim.

¹⁴ Se bem o entendemos, assenta FIGUEIREDO DIAS que, no caso do sequestro, a vítima pode reagir em legítima defesa, contra a privação da sua liberdade, enquanto durar o cativeiro. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 413.

similar, um indivíduo que foi reduzido à condição de escravo, nos moldes do artigo 149 do Código Penal brasileiro ou do artigo 159 do Código Penal de Portugal, no intercurso de certa madrugada percebe que seu algoz dorme e, para evadir-se, mata-o.

As razões pelas quais supomos justificadas ao nível da legítima defesa as duas mortes acima narradas adquirem ainda mais densidade num caso como o de Judy Norman. E elas resolvem, ademais, uma questão prática que não passou despercebida a Dressler; trata-se de que, em se alvitando uma solução no nível da culpa ou da culpabilidade, seja com a sua refutação ou com a sua redução parcial, num ou noutro caso o despertar do dormente, que lhe permite disparar um tiro e suprimir a vida de quem o pretendia atingir, revelariam, a seu favor, afim, a legítima defesa, da qual não se poderia valer acaso afirmado que Judy Norman estava, exatamente ela, albergada pela causa de justificação¹⁵. Mas se o sequestrador ou o feitor do escravo acordam a tempo de atingir quem lhes empunhava a arma, estariam em legítima defesa?

Decerto que a resposta formulada a essa indagação deve ter uma ressonância mais geral, e essa generalização talvez se encontre na circunstância de que a justificação das condutas não pode olvidar as hipóteses em que caracteriza o sujeito que age uma espécie de fragilidade. Fiquemos, entretanto, ainda distantes da generalização, para já assinalando ter razão Pizarro Beleza, ao tratar da situação específica que também nós elegemos como foco, qual seja a da atuação da mulher agredida em desfavor de seu companheiro ou cônjuge, quando diz que deveras a situação de desigualdade de força ou capacidade de reação pode existir em “situações em que se não ligue à ‘superioridade’ do

¹⁵ DRESSLER, Joshua. **Understanding Criminal Law**. New York-San Francisco: LexisNexis, 2001, p. 246.

género masculino”, como sejam as concernentes aos casos de “vítima idosa ou infantil, de género masculino ou feminino”, que no geral são vulneráveis “à pessoa, homem ou mulher, na plenitude da idade adulta”¹⁶.

Se é certo que a definição legal ou a dogmática das causas de justificação, e particularmente da legítima defesa, utiliza uma linguagem gramaticalmente neutra¹⁷, isto não a pode alhear de alguma compreensão da vulnerabilidade. Não se pode, pois, olvidar que numa perspectiva como a descrita por Dressler, segundo a qual, ademais da crença subjetiva do defendente de que a sua atuação é necessária, cumpriria ter-se, também, que “a reasonable person would also believe that it is appropriate under the circumstances”¹⁸, sempre ficará por se marcar que “the traditional description of the ‘reasonable person’ is in male - ‘reasonable man’ - terms”¹⁹. Não obstante, tratando de outro assunto, é semelhante o argumento de José Manuel Merêa Pizarro Beleza, para quem a arquitetura das relações sociais, ainda que na sua expressão cotidiana mais simples, continua a ser “dominada por uma espécie de «androtropia»”, de modo que o comportamento das mulheres – o autor alude também à sua sexualidade – não deixou ainda de “ser objecto de uma definição «masculina»”. Assim, em muitos domínios e em muitos sentidos, o que naturalmente se está a criticar, o homem “ainda é o centro forte do sistema e a mulher o seu satélite”²⁰.

¹⁶ PIZARRO BELEZA, Teresa. **Legítima defesa e género feminino: paradoxos da “feminist jurisprudence”**. In: Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Tipografia Guerra, 1995, p. 301.

¹⁷ PIZARRO BELEZA, **Legítima defesa**..., p. 289.

¹⁸ DRESSLER, **Understanding**..., p. 235.

¹⁹ DRESSLER, **Understanding**..., p. 236

²⁰ PIZARRO BELEZA, José Manuel Merêa. **O princípio da igualdade e a lei penal: o crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 166.

Pizarro Beleza aponta que é um fato socialmente vivido como real, em ordem a se afigurar como uma inexcedível pré-compreensão, o de que, em geral, as mulheres têm “mais medo dos homens do que o contrário no que diz respeito a agressões físicas ou/e sexuais”, e que parece considerável a tendencial diferença “de força física entre a generalidade dos homens e das mulheres”²¹, que, tomados em conta, haverão de repercutir nos casos de agressão e defesa. Sinteticamente, não será um erro dizer que “men are more prone to violence than women are”²². Isto para não dizer que uma mulher vítima de violência continuada por parte de seu marido ou companheiro pode se dizer estar sempre em perigo iminente de dano na sua integridade física ou até na sua vida²³. Com base nisso, critica a autora uma decisão do Tribunal da Relação de Évora, pela qual, se bem que reconhecida uma redução da responsabilidade da ré, afastou-se a legítima defesa invocada por uma mulher que, após anos de maus-tratos físicos e sevícias sexuais, quando o marido dormia, depois de se embriagar e novamente forçá-la à prática de coito anal, extirpou-lhe a vida com dois golpes de machado²⁴.

A chamada *battered woman's defense* ou síndrome da mulher agredida se poderia conceber como a situação em que uma mulher sujeita a maus-tratos continuados, num dado momento se volta em desfavor de seu agressor, num ensejo não confrontacional, ou, para usar a dicção de Pizarro Beleza, a denominada “síndrome da mulher maltratada” revela uma série de traços comuns às mulheres que são vítimas de agressões conjugais continuadas e “se mostram incapazes de

²¹ PIZARRO BELEZA, **Legítima defesa**..., p. 292.

²² DRESSLER, **Understanding**..., p. 239.

²³ PIZARRO BELEZA, **Legítima defesa**..., p. 297, nota 5. No mesmo sentido, Cf. PIZARRO BELEZA, Maria Teresa Couceiro. **Mulheres, Direito, Crime ou A Perplexidade de Cassandra**. Lisboa: AAFDL, 1993, p. 306-7.

²⁴ PIZARRO BELEZA, **Legítima defesa**..., p. 299-300; PIZARRO BELEZA, **Mulheres**..., p. 311-2.

abandonar essa relação violenta, por dificuldades financeiras, por medo ou/e por interiorização de bloqueios psico-sociais”. Realmente, como diz Pizarro Beleza, uma mulher que tenha sofrido essa experiência pode, de um momento para outro, acabar por matar o seu marido “numa situação ou momento que, considerados isoladamente, não se prestam ao enquadramento nos pressupostos da legítima defesa”²⁵.

Mas quais hão de ser esses pressupostos, que somente seriam encontráveis no plano ordinário da lei penal?

4 A QUESTÃO DOS FUNDAMENTOS DA JUSTIFICAÇÃO

O reclamo a que fizemos alusão no título principal desta parte do trabalho não dispensa uma atenção, em nível constitucional, ao tema da ilicitude, particularmente considerada a sua exclusão por intermédio da legítima defesa²⁶.

Essa atenção, aliás, adquiriu especial relevância no estudo levado a efeito por PALMA, sob cujo pálio a autora desde logo indicou a constância com que haveria de se preocupar com a temática dos direitos fundamentais e com o “princípio da essencial dignidade da pessoa humana”, tudo em ordem a concluir que a legítima defesa ostenta um duplo fundamento: a insuportabilidade da agressão a um núcleo de bens essenciais em que se manifesta a dignidade da pessoa e a igualdade na proteção dos sujeitos jurídicos²⁷. Não deixa, pois, de ter relevo a

²⁵ PIZARRO BELEZA, **Legítima defesa...**, p. 298; PIZARRO BELEZA, **Mulheres...**, p. 308-9.

²⁶ Sobre as questões a respeito das provas admissíveis para o efeito da sua eventual demonstração, particularmente no sistema americano, Cf. DRESSLER, **Understanding...**, p. 240-1.

²⁷ PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos**. Volume I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 13.

asserção de que remanesceu *subjugado* na dogmática da legítima defesa o “espírito do estado de direito democrático e a dogmática dos direitos fundamentais”²⁸.

É certo que não nos cumpre examinar as questões que levaram Palma a criticar uma postulação de “ilimitação da defesa”, cara a certa doutrina, máxime quando a defesa legítima esteja vocacionada à proteção de bens patrimoniais, mas, nem por isso, olvidaremos que, realmente, a relação entre o princípio da igualdade e a consideração como ilícita da agressão existe, na legítima defesa, porque a referida ilicitude é condição direta da licitude da própria defesa; se isto é verdadeiro, o juízo sobre a ilicitude da agressão serve como “uma delimitação recíproca da licitude das condutas e não pode, por isso, desvincular-se da exigência de equidade nas suas consequências”²⁹. Com efeito, a atribuição ou denegação de um direito de defesa tem dignidade constitucional porque “dela depende, de modo óbvio, a restrição de direitos, liberdades e garantias – do agressor ou do defendente –, sujeitos a um regime de *intensa* protecção pelo legislador constituinte”³⁰.

O inverso disso reclamaria, em nível de fundamento, a necessidade de defesa da ordem jurídica, através da qual se justificará que se “sacrifiquem bens jurídicos de valor superior aos postos em causa pela agressão; se justificará que, numa palavra, a legítima defesa não esteja limitada por uma ideia de proporcionalidade”³¹.

Palma, deste modo, refuta o ponto de vista pelo qual estaria a legítima defesa fundamentada numa defesa da ordem jurídica, aduzindo

²⁸ PALMA, **A justificação**..., p. 16.

²⁹ PALMA, **A justificação**..., p. 131.

³⁰ PALMA, **A justificação**..., p. 216.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal**..., p. 405.

que a gravidade da defesa somente não varia em função da gravidade da agressão se o valor resultante da defesa da ordem jurídica for inserido como elemento de “ponderação de valores”, o qual, no fim, acaba por permitir a “degradação absoluta da conduta imputável subjetivamente”³². Se a lemos corretamente, para a autora o bem ou o valor a que se reconduz a legítima defesa – “a legítima defesa vivifica uma ordem de valores hierarquizada”³³ - é a afirmação de uma ordem material de valores, a que subjaz uma certa hierarquia, e não apenas a autoridade da ordem. Isto, repetimos, permite-lhe explicar o porquê de carecer de justificação comportamentos que lesem bens importantíssimos, quando em causa bens de valor muito menos relevante³⁴. Para nós, permite explicar mais.

É que, se estamos de acordo com a afirmação de que a legítima defesa, pela gravidade das intervenções na esfera do agressor que permite, bem como pelo fim de proteção dos direitos fundamentais, a que conduz, regula um aspecto essencial da intersubjetividade, organizando “as relações de subordinação ou de coordenação, entre os

³² PALMA, **A justificação...**, p. 140. Assim é que o critério de justificação deve pautar-se pela mesma ideia de “igualdade entre os valores conflituantes, de modo que a defesa de um bem de valor inferior à custa de outro de valor superior do causador do perigo não corresponde já à igualdade na protecção jurídica”. PALMA, Maria Fernanda. **Justificação em Direito Penal: conceito, princípios e limites**. In: Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Tipografia Guerra, 1995, p.80.

³³ PALMA, **A justificação...**, p. 213.

³⁴ Contrariamente, Cf. FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal...**, p. 406-7 e p. 428. Também recusando essa concepção, Cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo. **Direito Penal. Parte Geral**. Questões fundamentais. Teoria geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 358-360. E do mesmo autor, Cf. TAIPA DE CARVALHO, Américo. **A legítima defesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 425-7. Seja dito que TAIPA DE CARVALHO, ao menos em face do direito positivo português, expressamente diz ter alterado a sua posição. Cf. TAIPA DE CARVALHO, **Direito Penal...**, p. 397. A respeito dessa discussão, especificamente relacionada com uma ideia de necessária proporcionalidade, ou não, entre a defesa e a agressão, na doutrina portuguesa, Cf. BRITO, Teresa Quintela de. **Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade**. In: Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, volume I. Jorge de Figueiredo Dias e outros (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 189-206.

cidadãos, a propósito da defesa de bens essenciais”, tudo a permitir que se diga que “a legítima defesa é, materialmente, direito constitucional”³⁵, se estamos com isso de acordo, será invocável uma tal causa de justificação em favor do guardião do escravo quando este, para libertar-se, intentava suprimir-lhe a vida? Já não estaria este guardião, pela só circunstância de sê-lo, a perenizar um tipo de agressão que, se no momento fatídico não se fazia exteriormente, pelo menos como tal era vivenciada pelo escravo?

Uma afirmação em linha convergente ao reconhecimento da legítima defesa para esse caso levaria a que se não considerasse que a procura do sentido concreto da justificação deve tentar encontrar fontes e critérios “de definição universal do valor de um acto intersubjectivamente possível, de acordo com a igualdade entre os sujeitos jurídicos”, exatamente porque a referência do sentido da justificação a princípios “corresponde a uma tentativa de adquirir os critérios gerais de definição do valor dos actos”³⁶. Nesta medida, consoante Palma, a referência das causas de justificação à ordem jurídica, em sua globalidade, não dispensa que estejam conformadas a princípios, entendidos estes como “ideias jurídicas gerais que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à ideia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos”; o ponto de vista da autora, seja dito, vai no mesmo sentido de algo que anteriormente já assinalamos, e poderíamos sintetizar a partir da compreensão de que os princípios “subjazem racionalmente a uma regulamentação, por esta só poder ser compreendida através deles”³⁷.

³⁵ PALMA, **A Justificação**..., p. 223, nota 54.

³⁶ PALMA, **A Justificação**..., p. 57.

³⁷ PALMA, **A Justificação**..., p. 65.

Não deixa de, neste aspecto, ser semelhante o alvitre de Fletcher, segundo o qual: “claims of justifications deny that conduct is wrong precisely in this sense of pre statutory, principled understanding of right and wrong”³⁸. Num caso assim como o do feitor de escravo, apenas uma personalização radical da legítima defesa dar-lhe-ia o abrigo da justificação; a sua conduta não deixa de se assemelhar com o prostrar-se de uma ordem jurídica ilegalmente forjada que, emanada estatalmente ou de alguma instituição, colhe ensanchas a que se lhe oponha um qualquer direito de resistência. A consciência agressiva de seu comportamento pretérito, e mantida enquanto mantida a supressão da liberdade do escravo, traz como consequência a ideia de que um seu efeito defensivo dificilmente pode realizar qualquer valor jurídico³⁹. O suposto efeito defensivo, destarte, é, na realidade, uma “consequência da acção agressiva do ‘defendente’”, razão por que sendo, em certo sentido “motivo-porque da conduta, a defesa não revela qualquer coincidência com a articulação de direitos entre o agressor e o defendente projectada pelo legislador para as situações de legítima defesa”⁴⁰.

Essa, talvez, a intuição que moveu Malamud Goti a distinguir, no que diz respeito a um reclamo de proporcionalidade entre a defesa e a agressão, as situações em que se estariam, com o ataque, a afetar somente interesses materiais, e aquelas em que se está a agredir “la personalidad misma del que se defiende”; se, no primeiro caso, a medida de proporção para a defesa se lhe afigura plausível, dado que “el dueño

³⁸ FLETCHER, George P. **The Nature of Justification**. In: Action and Value in Criminal Law. Stephen Shute; John Gardner; Jeremy Horder (Ed.). Oxford: Clarendon Press, 2003, p. 186.

³⁹ Sobre isto, Cf. PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos**. Volume II. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 634.

⁴⁰ PALMA, **A justificação**..., p. 637.

de una resma de papel, puede evitar que un niño se apodere de un par de hojas, mientras no lo lesione”, pelo contrário, se o ataque é revelador de um “menosprecio que se extiende a la personalidad”, já aí admitir-se-iam “defensas que vayan más allá del proporcional, hasta el límite de lo necesario para hacer cesar el peligro o evitar las consecuencias del ataque”, visto que uma só proporcionalidade de bens “parece aquí como un criterio demasiado limitativo”⁴¹.

De sua parte, também Mantovani esclarece que “la proporzione (...) va determinata sulla base della gerarchia di valori espressa dallo stesso ordinamento e, innanzitutto, della Costituzione”, de modo a, para o autor, nem mesmo ser legítimo “uccidere né inferire una grave lesione personale per difendere un mero bene patrimoniale”, sob pena de que se transforme a legítima defesa “in una offesa ingiustificata ed in una scriminante «immorale»”⁴².

FLETCHER exemplifica que a força letal seria admissível para evitar um estupro, mas não para evitar um beijo, bem como que ferir o agressor seria aceitável para prevenir um roubo, mas não para frustrar uma tentativa ilegal de conseguir uma vaga para estacionar, e não deixa, nesta medida, de enfrentar a questão sobre a razão por que quem se defende, quando seus direitos são atacados, deveria preocupar-se com os interesses do agressor. A resposta, diz Fletcher, simplesmente é que o agressor é um ser humano, de maneira que mesmo que ele esteja engajado numa agressão ilícita, ninguém pode tratá-lo simplesmente como uma força intrusa que deve ser anulada a qualquer custo⁴³.

⁴¹ MALAMUD GOTI, **Legítima Defesa**..., p. 34-5.

⁴² MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. Padova: CEDAM, 2001, p. 274.

⁴³ FLETCHER, George P. **O justo e o razoável**. Tradução de Paulo César Busato e Mariana Cesto. In: Novos Estudos Jurídicos. Revista Quadrimestral do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Volume 09, nº 02, maio-agosto de 2004. Itajaí: UNIVALI, 2004, p. 200.

Este tipo de reflexão não se afaz ao modo de conceber a legítima defesa como calcada na prevenção, como propugnado, por exemplo, por Taipa de Carvalho. Assenta o autor que o princípio da prevenção geral e especial reconduz-se à necessidade individual e social de advertência dos potenciais agressores, o que seria a prevenção geral, bem como do atual agressor, isto é a prevenção especial, no sentido de que “estão sujeitos às consequências resultantes da acção de defesa que for necessária para impedir a agressão ou a continuação desta”⁴⁴. A virtual de instrumentalização, e, portanto, uma ausência de proporção, apresentam-se, sob tal alvitre, ao âmbito da legítima defesa, se a ela é destacado um enfoque preventivo, sem contar as derivações tendentes a ampliar em demasia o campo de atuação das forças de segurança, sejam as públicas, seja aquelas que se exercem privadamente.

Neste aspecto, não deixa de ser eloquente que Roxin, para quem o argumento preventivo mostrar-se-ia como fundamental para a legítima defesa, assinala que, daí, seu exercício se possa realizar com independência do princípio da proporcionalidade, exceto em algumas situações de que logo falaremos, de tal maneira que o dano causado pode ser consideravelmente maior do que aquele que se impede – *“Auf das Rechtsbewahrungsprinzip ist es auch zurückführen, dass der Individualschutz nicht nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, sondern grundsätzlich ohne Rücksicht darauf in der Weise gewährt wird, dass der angerichtete Schaden erheblich größer sein darf als der abgewehrte”*⁴⁵.

É bem verdade que Taipa de Carvalho alia, à ideia de prevenção, o “princípio da autoproteção individual” como fundamento para a legítima defesa; mas, já aqui, seria caso de dizer, na linha do que expõe

⁴⁴ TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal...*, p. 354-5; TAIPA DE CARVALHO, **A legítima defesa...**, p. 431-4.

⁴⁵ ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 655.

Hungria, que “tanto não é o *tenerrimus affectus* da própria conservação a *ratio essendi* da legítima defesa, que esta é condicionada à *injustiça* da agressão”, sendo que, ademais, não se limita “à autoproteção do indivíduo, ampliando-se à proteção de indivíduo a indivíduo”⁴⁶.

A recusa à prevenção, neste nível de fundamento para a legítima defesa, é, também, feita por ZAFFARONI, consoante o qual a legítima defesa não ostenta nenhuma função que a aproxime da pena, e “incluso su efecto preventivo es análogo al de la coerción directa y no al problemático asignado a aquélla como verdade dogmática”⁴⁷; daí que o argentino assinalará que “el que fusila al que le hurta la cartera com una pequeña suma de dinero no se defiende legitimamente, porque la defensa es tan insolitamente desproporcionada que genera un conflicto de mayor magnitud”, conflito este que “excluye su legitimidade aunque el medio fuese el único disponible”⁴⁸. O problema, contudo, é que o faz apelando a um “requisito de racionalidad”, deslocado de qualquer âmbito normativo, e fundado numa ausência de prioridades axiológicas.

Com efeito, ao solucionar o exemplo corriqueiro da pessoa inválida que somente tem uma arma à disposição, e que com ela mata quem lhe furtava maçãs, assinala Zaffaroni a impossibilidade da legítima defesa, não porque “el bien jurídico vida sea de superior jerarquia que el bien jurídico propiedad”, mas pela razão de que a ordem jurídica não pode considerar conforme “al derecho que para evitar una lesión de tan pequeña magnitud se acuda a un médio que, aunque necesario, por ser el único disponible, sea tan enormemente lesivo”⁴⁹.

⁴⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 277.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 611-2.

⁴⁸ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, **Derecho Penal**..., p. 615.

⁴⁹ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, **Derecho Penal**..., p. 613.

Sucedem que este apelo à racionalidade, e a recusa a uma asserção que se nos afigura decisiva no ponto de vista de PALMA – lembremos que já foi dito que a legítima defesa vivifica uma ordem de valores hierarquizada⁵⁰ -, acaba por não esclarecer se é de uma racionalidade do legislador ou do julgador de casos concretos que se está a tratar; a intangibilidade do critério, embora a conclusão do autor argentino não seja de desconsiderar, não reduz os riscos de uma exacerbação da discricionariedade e nem reclama argumentos situados em nível constitucional. Tanto é assim que, mesmo Roxin, situando a legítima defesa numa outra ordem de fundamentação, ao recusá-la diante da agressão irrelevante (*Der unerhebliche Angriff*), fá-lo convocando decisões axiológicas da Constituição (*Wertentscheidungen des Grundgesetzes*), consoante as quais seria de repelir a legítima defesa de quem causasse a morte de outro, que eventualmente estivesse a praticar meramente um furto de bagatelas⁵¹.

É de ser aduzido, sem que nos seja dado avançar nessa ordem de indagações, que, para Palma, são, então, os *princípios* que desempenham um papel fundamentador das causas de justificação, de modo que, ademais, podem contribuir para a definição dos respectivos limites; isto para não dizer da virtualidade de permitirem “explicitar causas de justificação não formuladas legalmente”. Os riscos de que daí se resvale numa arbitrariedade quanto à interpretação ou num tipo de “criação livre do Direito”, para dissiparem-se, cobram uma preocupação com o conteúdo material da justificação⁵².

Consequentemente, a possibilidade conferida pela legítima defesa de intervir lesivamente, de forma amplíssima, na esfera alheia, somente

⁵⁰ PALMA, **A justificação**..., p. 213.

⁵¹ ROXIN, **Strafrecht**..., p. 696-700.

⁵² PALMA, **A Justificação**..., p. 68.

“se poderá legitimar por uma profunda razão de Justiça”⁵³, razão essa que não a pode invocar o feitor de escravo, o sequestrador, ou mesmo aquele que, depois de realizada uma sessão de tortura contra um qualquer indivíduo resolve repousar, para descansado depois dar conta de seu trabalho torpe, de modo que o torturado, mesmo reduzido em suas forças, se levanta contra si, sendo porém surpreendido pelo despertar do torturador. Quem está a praticar tortura não pode invocar para si a legítima defesa.

Cumprе referir que, ao trazer para o plano dos direitos fundamentais a temática da legítima defesa, reconhece Palma que isto implica questionar a relação entre “a definição abstracta e *ex ante* desses direitos e o próprio conceito de causa de justificação presente na legítima defesa”, de sorte que se deve inquirir se “apesar da impossibilidade de identificação normativa de um direito, é possível o seu reconhecimento de outra forma *ex post* e em concreto”, sendo que ao isso suceder “implicará já a consideração da natureza justificadora da legítima defesa”⁵⁴.

No caso do escravo, que pretende se libertar de uma ignomínia, a situação concreta em que atua, considerado o rebaixamento de sua dignidade extensível no tempo, permite que essa consideração *ex post* seja empreendida, não o descolando da presença de uma causa de justificação. Dar-se-ia o mesmo com Judy Norman?

5 RETORNO AO CASO JUDY NORMAN

Nosso percurso até aqui se poderia supor frustrante, se observado for que a pergunta por último feita é em verdade persistente. Mas já incrementamos o nosso argumento com algumas reflexões não

⁵³ PALMA, **A Justificação**..., p. 76.

⁵⁴ PALMA, **A Justificação**..., p. 333.

despiciendas, e essa volta ou este círculo já não nos encontra na mesma posição.

Já podemos afiançar que se apresenta equivocado conceber-se a agressão ilícita meramente como um dado anterior à conduta justificada, como um pressuposto puramente objetivo, do qual depende a exclusão da ilicitude. Como diz Palma, não é, na verdade, indiscutível que uma conduta só adquira o estatuto de justificada “quando um certo *facto objectivo*, exterior a ela, se verificou”⁵⁵. Em outras palavras, sob o conceito de ilicitude da agressão esconde-se um problema elementar, qual seja o de “saber quando é que a ordem jurídica pode limitar os direitos de um para favorecer os de outro, reconhecendo ou recusando a legitimidade da defesa”⁵⁶.

Quando a situação que se visa a colimar reflete numa espécie de tirania, não pode o tirano invocar a seu favor a legítima defesa, sob pena de o seu modo de proceder ser legitimado pela ordem jurídica, e a respeito do caso de Judy Norman, são expressivas as palavras de Fletcher, no sentido de que “*the words abuse and mistreatment are too vague to capture these anti-human conditions. This was a gulag she called home*”⁵⁷.

É verdade que a sugestão de um tal tipo de problema não deixa de apelar para “tópicos, argumentos e referências que caem já fora do alcance dos princípios estruturais clássicos das causas de justificação, pelo menos na dimensão do seu entendimento tradicional”⁵⁸, mas não cremos, como parece crer Hassemer, que o alargamento dos referentes axiológicos conduza a uma regressão da dogmática da legítima defesa a

⁵⁵ PALMA, **A justificação**..., p. 665.

⁵⁶ PALMA, **A justificação**..., p. 31.

⁵⁷ FLETCHER, **With Justice**..., p. 134.

⁵⁸ COSTA ANDRADE, **Consentimento**..., p. 232.

algo como um estágio pré-positivo de argumentação e decisão⁵⁹, ou que, na linha do exposto por Costa Andrade, dificilmente se possa considerar este discurso como mantendo-se ainda nos limites da interpretação “do programa codificado e da sua estrita aplicação”⁶⁰ – Figueiredo Dias chega a falar em uma verdadeira “erosão da dogmática da legítima defesa”⁶¹.

Muito mais do que propender a uma redução da complexidade, operada pela positivação codificada, é a legítima defesa expressão normativa de um *valor*, que, entretanto, não está para além dos muros da ordem jurídica, senão que se concebe a partir de sua extração constitucional.

De se ver, justamente por isso, que o repúdio da ordem jurídica à escravidão ou à opressão doméstica não deixou de revelar, de uns tempos a esta parte é verdade, a edição de múltiplos diplomas normativos pelos quais essas condutas se fazem repreensíveis. São modos de atuação caracterizados por uma certa perenidade⁶², e por meio dos quais se exprime uma ideia de veemente desigualdade, na medida em que se não esconde uma consideração do outro como subalterno, reduzindo-o praticamente a objeto.

Sem que seja o caso de aprofundar todas as suas premissas, mostra-se relevante a afirmação de Westlund, para quem a violência doméstica ostenta uma configuração específica, similar a uma modalidade pré-moderna de controle, no sentido de se assemelhar a suplícios e castigos corporais outrora destinados ao condenado; por

⁵⁹ HASSEMER, Winfried. **Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts**. In: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978. Arthur Kaufmann (Hrsg.). München: Beck, 1979, p. 225-7.

⁶⁰ COSTA ANDRADE, **Consentimento**..., p. 235.

⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal**..., p. 407.

⁶² Sobre isso, com alguma estatística, Cf. FERNANDES, **“Battered women’s defense doctrine”**..., p. 14-6.

essa razão, inserir-se-ia numa lógica disciplinar, de maneira a se não apresentar como um acontecimento episódico, que resulte só por si de relacionamentos disfuncionais, senão que segue uma constante, que guarda relação direta com a assimetria de poder entre homens e mulheres⁶³.

O rechaço a essas práticas, que já o é da ordem jurídica, e portanto não transcendente, se realizado por quem nela vê-se como vítima não pode, lembremos que nosso agressor dormia e desperta, beneficiá-lo com a legítima defesa. É que o valor da defesa contra uma agressão ilícita depende do valor da necessidade de a repelir ou de “despromover agressões daquele tipo, dada a importância dos interesses lesados”⁶⁴, e, aqui, o que não se há de promover é a conduta do opressor. No fundo, a defesa que poderá atingir bens de valor essencial, como a integridade física e a própria vida, se fundamenta na proteção de bens que exprimem a dignidade da pessoa humana⁶⁵, e eram, tanto o marido de Judy Norman quanto o feitor de escravos, quem estavam a conspurcá-la.

Essa talvez seja a razão pela qual Palma afirma que nas situações em que (i) o efeito defensivo é o objeto da intenção e nas situações em que (ii) a mera consciência da situação de defesa, aliada à produção diretiva do efeito defensivo, não permite revelar um nexos entre a motivação agressiva e a ação, em ambos os casos, para a autora, inexistente “claramente, ação intencional agressiva, por força do efeito defensivo”; para as duas situações seria invocável, segundo a exposição

⁶³ WESTLUND, Andrea C. **Pre-modern and modern power: Foucault and the case of domestic violence**. In: Signs: Institutions, Regulation and Social Control, V. 24, Nº 4. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 1045-1066.

⁶⁴ PALMA, **A justificação**..., p. 215.

⁶⁵ PALMA, **A justificação**..., p. 489.

de Palma, o “exemplo da mulher que, ao ser violentamente agredida pelo marido, o mata para se defender”⁶⁶.

Dáí que seja caso de refutar o alvitre de Figueiredo Dias, que desde logo clarifica ser decisiva, para a aferição da atualidade da agressão, a situação objetiva e não o que seja representado pelo agredido; e isto, fundado no receio de que o alargamento demasiado do conceito de atualidade pode ter como efeito a legitimação de formas privadas de defesa, em substituição da atuação das autoridades competentes⁶⁷.

As particularidades de uma situação como a violência doméstica não se confundem com a efemeridade das situações a que normalmente a legítima defesa se refere, e justamente ao abordar essa situação, Figueiredo Dias acaba colocando excessivo peso sobre as costas da vítima, *rectius*: da mulher, na medida em que assinala que nos casos de proximidade entre o agressor e o defendente “parece razoável sustentar que a necessidade de defesa diminui, ou mesmo em certos casos-limite, pode desaparecer”⁶⁸.

O seu argumento vai no sentido de que comprovada uma efetiva “proximidade existencial”, estará justificada uma maior “compreensão da agressão (limitada, por certo)”, em ordem a que o ameaçado deva “sempre que possível evitar a agressão, escolher o meio menos gravoso de defesa”, ainda que ele se apresente menos seguro para repelir a agressão e “renunciar a uma defesa que ponha em perigo a vida ou a integridade física essencial do agredido (a menos que tal se revele impossível face ao peso da agressão)”. Embora diga Figueiredo Dias que não vale contrariar essa posição com o argumento de que ela corre

⁶⁶ PALMA, **A justificação**..., p. 636.

⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal**..., p. 411-2.

⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal**..., p. 430.

ao arrepio dos esforços tendentes a combater os maus-tratos entre cônjuges⁶⁹, supomos nós que vale sim; e vale, porque sua afirmação de que a esse desiderato bastariam as “reformas legislativas do crime de maus-tratos ou de outros semelhantes” desconsidera, antes de tudo, que as agressões ao nível domiciliar não são algo que se possa repartir em condições equivalentes entre homens e mulheres. As vítimas, com efeito, são claramente definidas e a consideração de suas particularidades não se afigura írrita.

Donde a oposição de craveira amesquinhada para a configuração da legítima defesa em tais situações mostra-se, no fim, em desfavor de destinatário certo. E implicaria, como parece evidente, num reconhecimento de que a vítima é, justamente, quem se apresentava como o agressor. Como diz Fletcher: “appreciating women's responsibility for killing implies a recognition of men as victims”⁷⁰.

Além disso, a assunção de uma certa posição de *garante*, não poderia deixar à margem a noção de que a ela se relacionariam os dois polos da relação, de maneira que a violação sistemática pelo cônjuge agressor desse seu eventual papel já desobrigaria a sua manutenção pelo outro, a não ser que concebível fosse lhe impor tolerar por interregno não raras vezes extenso a profanação de seus direitos fundamentais. Segundo Roxin, exatamente sobre este ponto, não seria invocável para a esposa uma posição de garante, porquanto nenhuma esposa tem que suportar maus-tratos contínuos, ainda que leves, que denigam a sua dignidade e a convertam em objeto da arbitrariedade do marido. Numa tal situação, já se anularia a condição de garante, diante do comportamento ofensor do outro cônjuge, de sorte que a mulher já não lhe deveria a solidariedade da qual ele mesmo, o ofensor, havia se

⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal**..., p. 431.

⁷⁰ FLETCHER, **With Justice**..., p. 139.

desligado⁷¹. Ao comentar decisão proferida pela justiça italiana, em que se afastou a legítima defesa da mulher que matou o marido enquanto este dormia, mesmo após sistemáticas agressões contra a esposa e a prática de violência sexual contra a filha, Marinucci e Dolcini dão conta de que, nestes casos, em que se tem um “tiranno di casa”, uma solução afirmativa da justificação poderia brotar “sia attraverso un’interpretazione estensiva del requisito dell’attualità del pericolo, sia attraverso l’estensione analogica della disposizione dell’art. 52 c.p.”⁷².

De uma outra forma, contudo, e para mais disso, poderíamos dar tratamento a essa questão.

7 UM ÓBICE E SUA REFUTAÇÃO

Em benefício de nossas lembranças, será caso de dizer que num dos Seminários, durante a Parte Escolar de nosso Curso de Doutorado, opôs, o Senhor Professor Augusto Silva Dias, uma objeção àquilo que desde aquela época estimávamos como cogitável, isto é, o beneficiamento de Judy Norman pela excludente da legítima defesa. E o fez, a memória que não nos traia, justamente indagando sobre o fato de carecer a alvitrada legítima defesa do requisito consistente na iminência – ou seria atualidade? – da agressão, em ordem a potencializar, e essa era a pergunta, uma possível invocação da excludente por seu marido, acaso acordasse a tempo de armar-se e livrar-se de seu destino.

Se de algum modo já externamos a este respeito o nosso ponto de vista, não obstante haveremos de nos lançar novamente no círculo, sob

⁷¹ ROXIN, **Strafrecht**..., p. 702.

⁷² DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Manuale di Diritto Penale. Parte Generale**. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 240.

duas perspectivas. A primeira dirá respeito ao efeito de se aludir, no modo como normalmente se o faz, à conduta da mulher agredida, num caso tal como o narrado, sob o influxo de uma exclusão ou redução de culpabilidade. A segunda, para dizer que os requisitos da legítima defesa não dispensam uma *interpretação conforme a Constituição*. É, pois, o momento, de recomeçar.

Sabido é que uma situação de violência conjugal requer, para como tal se caracterizar, que os maus-tratos infligidos assumam uma relação de continuidade, já que um episódio exclusivo de agressões físicas pode apenas configurar um crime de lesões corporais⁷³. Os efeitos perversos que lhe são relacionados, seja do ponto de vista da afetação feminina, seja no que revelado para o seio familiar, assinalaram a necessidade de, por diversas vias, aludirem os ordenamentos jurídicos a tais situações, inclusive a partir de uma perspectiva encontrável no âmbito internacional. Tratar-se-ia, isto, de uma mudança de paradigma, dado que “durante casi doscientos años el mensaje del sistema penal hacia las mujeres há sido muy claro: las violencias en el ámbito de las relaciones de pareja estaban justificadas o eran un problema menor, un problema del ámbito privado en el que el sistema penal no debía intervenir”⁷⁴.

Como questão de fundo, e que Bodelón refere cuidar-se, não obstante, de algo fundamental, está o fato de que a violência doméstica não se pode conceber como um tipo de lesões corporais agravada por razões de parentesco; em suas palavras: “las violencias machistas en el

⁷³ GONÇALVES, Rui Abrunhosa. **Agressores conjugais: investigar, avaliar e intervir na outra face da violência conjugal**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 14, número 4, Out-Dez 2004, Director Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 543.

⁷⁴ BODELÓN, Encarna. **Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 15.

ámbito de la pareja no son sencillamente lesiones, no tienen nada que ver con lo que el ámbito penal se conoce como lesiones, sino que son ‘violencias de género, violencia machista, violencia contra mujeres’⁷⁵.

A sua especificidade, portanto, reside na circunstância de estar em causa uma violação a direitos fundamentais, não somente à conta das agressões físicas ou psíquicas que são cometidas, mas, principalmente, por se tratar de “una manifestación de una discriminación social, de una estructura social desigual y opresiva contra las mujeres”⁷⁶.

Em certos casos, mesmo após o eventual rompimento da relação conjugal, persistem episódios reveladores de uma concepção pela qual o parceiro não compreenda na mulher a possibilidade de uma existência autónoma e livre; exemplificadamente no *stalking*, como indica Gonçalves, os cônjuges e “sobretudo os ex-cônjuges, intimidam as suas parceiras actuais ou passadas através de perseguições, ameaças telefónicas ou marcando a sua presença de forma directa (e.g. aparecendo ostensivamente em locais que sabe serem frequentados pela vítima) ou indirecta”, com o que se cria “uma atmosfera de terror que muitas vezes conduz a vítima a recuar nas suas intenções de separação ou mesmo de apresentar queixa criminal ou ainda retirando esta caso já tenha sido feita”⁷⁷.

Diplomas normativos como a Lei nº 112/2009, de Portugal, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas, a Ley Orgánica 1/2004, que na Espanha se destina à fixação de medidas de protecção

⁷⁵ BODELÓN, **Violencia de género...**, p. 16.

⁷⁶ BODELÓN, **Violencia de género...**, p. 17.

⁷⁷ GONÇALVES, **Agressores conjugais...**, p. 557. Mais detidamente sobre esta situação, Cf. GONÇALVES, Rui Abrunhosa; COELHO, Cláudia. **Stalking: uma outra dimensão da violência conjugal**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 17, número 2, Abr-Jun 2007, Director Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 271-302.

integral contra a violência de gênero – e em cuja exposição de motivos lê-se que: *“la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”*⁷⁸ -, bem como a mais recente legislação italiana, seja a oriunda do Decreto-Legge 14/2003, seja a Legge 154/2001, com a previsão de *“Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”*, assemelham-se, no essencial, e aqui não nos cabe ingressar em pormenores, àquilo que igualmente no Brasil veio previsto a partir da edição da Lei 11340/2006, assim designada como Lei Maria da Penha.

De dizer-se, e valemo-nos das palavras do Ministro Luiz Fux, quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro apreciou determinada controvérsia a respeito dessa normativa, na Ação de Inconstitucionalidade Nº 4424, julgada no ano de 2012, que uma Constituição que assegura a dignidade humana “não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cultura de subjugação da mulher”⁷⁹; segundo o Ministro: “a impunidade

⁷⁸ Não é, pois, sem razão uma asserção como a de que *“la violencia contra las mujeres en manos de la pareja o ex pareja masculina es probablemente la violación de derechos humanos más habitual de las que se cometen en el Estado español”*. BODELÓN, Encarna; CASAS VILA, Glòria; NAREDO MOLERO, María. **La utilización del sistema de justicia penal por parte de mujeres que enfrentan la violencia de género en España**. In: *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Encarna Bodelós (Org.). Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 27.

⁷⁹ Conforme MATSUDA, os números que revelam a violência contra as mulheres no Brasil “apontam para a existência de um problema agudo e de longa duração”, a tal ponto que “a violência fatal atingiu mais de 50 mil mulheres entre 2000 e 2010”, sendo que 40% delas, como afirma a autora, foram mortas em sua própria residência. MATSUDA, Fernanda Emy. **Muito além da punição: o direito das mulheres a uma vida sem violência**. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 22. Número 256. São Paulo: IBCCrim, 2014, p. 08.

dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermaßverbot*). E, desde a Declaração Sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher, proveniente da organização das Nações Unidas em 1993, inequivocamente se tem ampliado no âmbito internacional os documentos reveladores da importância dessa matéria, sendo meramente exemplificativos a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, assim chamada “Convenção de Belém do Pará”, de 1994 e o Convênio do Conselho da Europa sobre a prevenção e luta contra a violência em desfavor das mulheres e a violência doméstica, do ano de 2011.

Neste panorama, parece exato assentar, na linha do que expõem Creazzo e Palidda, que realmente os episódios de violência doméstica revelam “conductas profundamente lesivas de derechos humanos fundamentales”⁸⁰, o que, aliás, na Convenção de Belém do Pará antes apontada se aludiu às expressas, no sentido de que “a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentales e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”; demais disso, e digamo-lo uma vez mais, tais práticas estão “profundamente signadas por la pertenencia de género”⁸¹, na medida em que encontram raiz numa visão de subordinação das mulheres e de sua sujeição à autoridade e ao controle masculinos⁸².

⁸⁰ CREAZZO, Giuditta; PALIDDA, Rita. **Cuando una mujer denuncia: las respuestas del sistema penal a las violencias machista contra las mujeres en relaciones de intimidad**. In: *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Encarna Bodelós (Org.). Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 300.

⁸¹ CREAZZO; PALIDDA, **Cuando una mujer...**, p. 298.

⁸² DOBASH, R. Emerson; DOBASH, Russel P. **Violence Against Wives: A Case Against Patriarchy**. New York: The Free Press, 1979, p. 33.

Se a questão aposta por Dressler, a respeito do despertar do marido de Judy Norman, numa condição tal que lhe permitisse atuar, é o que o moveu em direção à afirmação de uma *excuse*, de modo que o marido poderia estar *justificado* – “*if she is excused (partially or wholly) in killing him, however, he would be justified, in taking her life in self-defense*”⁸³ –, o efeito da afirmação da *excuse* não se pode desconsiderar. Tratar-se-ia de fornecer uma razão de desculpa, para alguns casos até cogitável, mas que não deixa de aproximar-se a uma ideia tradicional de insanidade ou capacidade diminuída, que vilipendia a dignidade da mulher. E a vilipendia não somente pela circunstância de se estar a funcionalizar o conceito de imputabilidade, mas, sobretudo, e fiquemos aqui apenas com o caso brasileiro, porque implicaria na imposição de medidas de segurança, entre as quais, no Código Penal brasileiro, estão apenas a internação em hospitais psiquiátricos ou o tratamento médico ambulatorial. Isto para não dizer que já para este efeito alvitra-se um juízo de periculosidade, que, assim, estará a recair justamente sobre a mulher que por largo interregno viu-se agredida⁸⁴.

⁸³ DRESSLER, *Understanding...*, p. 246.

⁸⁴ Mais amplamente, se bem que focada em regimes de *common law*, a propósito da legítima defesa “and the complexity of justification and excuse”, Cf. UNIACKE, Suzanne. **Permissible Killing: The Self-Defense Justification on Homicide**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 09-30. Dando conta da “persistente negação, no universo jurídico anglo-saxônico”, da distinção entre ilicitude e culpa, se bem que com temperamentos na atualidade, Cf. PALMA, **Justificação...**, p. 53, nota 8. Confirmando essa indiferença pela distinção, Cf. FLETCHER, **O justo...**, p. 187-9. A respeito da necessidade de se discernirem, dentro dos pressupostos do delito, as questões de justificação e de exculpação, não somente em favor da necessidade de um sistema dogmático preciso, mas porque assim se toma como ponto de referência uma escala valorativa, situando injusto e culpabilidade em planos distintos de valoração, Cf. HIRSCH, Hans-Joachim. **Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verrechenssystem**. In: *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*. Günter Kohlmann (Hrsg.). Berlin: Duncker&Humblot, 1999, p. 529-555. No geral, sobre os desenvolvimentos da legítima defesa em terreno europeu, destacadamente na Alemanha, e em países da *common law*, Cf. FLETCHER, George P. **Basic Concepts of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 132-145.

A ideia dos ciclos em que se desenvolvem os episódios de violência, desde um aumento da tensão conjugal até o culminar de uma agressão, com eventuais atos de arrependimento masculino, em razão dos quais a situação se minimiza até a retomada do ciclo⁸⁵, e as repercussões inolvidáveis que essas repetições produzem ao nível corporal e psíquico da mulher, não determinam, só por si, o afastamento da legítima defesa.

Consoante Wimberly, a ideia da *battered woman* foi desenvolvida para acabar com os mitos sobre a mulher agredida, e para ajudar a eliminar um certo caráter de preconceito sexual no Direito Penal – “*BWS was developed to dispel myths about the battered woman, and to help eliminate sex-bias in the criminal law*” -, sendo que, no entanto, em alguns casos se a maneja para reforçar os estereótipos das mulheres como vítimas que foram conduzidos à insanidade temporária quando matam os seus agressores. Isto implica que se acaba por abandonar a investigação sobre a razoabilidade de uma alegação de legítima defesa. Para essa autora, então, a *battered woman* presta-se para explicar o contexto das ações de uma mulher – “*BWS should instead be used to explain the context of a woman’s actions*” -, de maneira que a sua própria concepção como uma síndrome seria discutível, já que com essa se potencializaria o foco numa suposta patologia da mulher, e não na conduta do homem que agride⁸⁶.

⁸⁵ WALKER, Leonore E. A. **The Battered Woman**. New York: Harper & Row, 1979, p. 112. Mais recente, da mesma autora, sobre isto, Cf. WALKER, Leonore E. A. **The Battered Woman Syndrome**. New York: Springer Publishing Company, 2009, p. 85-105. A este respeito, ainda, Cf. FAIGMAN, David L. **The Battered Woman Syndrome and Self-Defense: A Legal and Empirical Dissent**. In: Virginia Law Review, Vol. 72, nº 03, Apr. 1986, p. 627-630; DRESSLER, **Understanding...**, p. 242-3.

⁸⁶ WIMBERLY, Mary Helen. **Defending Victims of Domestic Violence Who Kill Their Batterers: Using the Trial Expert to Change Social Norms**. Disponível em <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/domviol/docs/Wimberly.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2014. Igualmente, neste sentido, Cf. FAIGMAN, **The Battered Woman...**, p. 644.

Faigman, de sua parte, assevera que a situação de abuso da mulher deve ser considerada na apreciação dos casos em que vem a matar seu companheiro, sendo certo que, segundo diz, a prevaência de pontos de vista tendentes a tratar a *battered woman* como síndrome tem pouca capacidade de rendimento no exame da legítima defesa – “*the prevailing theories of battered woman syndrome have little evidentiary value in self-defense cases*”. Por isso, direciona a sua crítica ao modo, por assim dizer, voltado a uma ideia de patologização do comportamento com que labora Walker, não apenas por dar demasiada importância ao trabalho de peritos, mas também por desconsiderar a situação peculiar em que se via envolvida a mulher. Faigman tem razão ao apontar que os casos que envolvem mulheres agredidas representam um desafio significativo para a doutrina da legítima defesa – “*cases involving battered women clearly pose a significant challenge to self-defense doctrine*” -, e dele também não discordaríamos quando afirma que a aplicação mecânica dos padrões tradicionais dessa causa de justificação ressoaria excessivamente ríspida diante das particularidades que a envolvem – “*mechanical application of the traditional objective standard is unduly harsh because it fails to appreciate the forces at work in a battering relationship*”⁸⁷. Isto, contudo, impõe-nos aludir que a legítima defesa não se furta de uma interpretação conforme a Constituição.

Ao discorrer sobre a interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), esclarece Bonavides que, em rigor, não se cuida de uma metodologia concernente à interpretação do texto constitucional, mas, sim, de um “princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição”, o qual decorre não apenas da

⁸⁷ FAIGMAN, *The Battered Woman...*, p. 645-7.

rigidez constitucional e da hierarquia de suas normas, visto que de maneira relevante, para explicá-lo, está o “caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta”. Disto resultará, no que a interpretação da legislação ordinária há de estar em coerência com a normativa constitucional, que o “intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor”⁸⁸.

De sua parte, Kuhlen acentua que a interpretação conforme a Constituição possui, na atualidade, relevância inegável, na medida em que, por seu intermédio, estabelece-se a necessidade de buscar um sentido constitucional para as normas jurídicas, que, em certos casos, não é extraível com a mera leitura do texto legal⁸⁹. Mas este sentido, cumpre dizer, não consiste apenas numa verificação formal de compatibilidade com a Constituição, senão que se deve “determinar também a compatibilidade material”⁹⁰, o que significa, na linha do que expõe Hesse, que as normas constitucionais são mais do que puras normas de exame (*Prüfungsnormen*), uma vez que são mesmo normas materiais (*Sachnormen*) de aferição do teor da lei ordinária – “*In Rahmen verfassungskonformer Auslegung sind Verfassungsnormen also nicht nur ‘Prüfungsnormen’, sondern auch ‘Sachnormen’ zur Inhaltsbestimmung einfacher Gesetze*”⁹¹.

Assevera Hesse, nesta linha, que: “*Verfassungskonforme Auslegung’ stellt nicht nur die Frage nach dem Inhalt des zu prüfenden Gesetzes, sondern auch die Frage nach dem Inhalt der Verfassung, an*

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 518-520.

⁸⁹ KUHLEN, Lothar. **Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen**. Heidelberg: C.F.Müller, 2006, p. 2-3.

⁹⁰ BONAVIDES, **Curso**..., p. 522-3.

⁹¹ HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Heidelberg: C.F.Müller, 1999, p. 31.

*dem das Gesetz gemessen werden soll*⁹², sendo certo dizer, em consequência, que a unidade da ordem jurídica e o “sistema de valores de que o ordenamento jurídico se acha impregnado” são elementos decisivos no aferir materialmente a constitucionalidade dos atos normativos⁹³, e de interpretá-los em conformidade com a ordenação constitucional.

Se chega VIOLA a afirmar que, para o efeito de uma interpretação em tal perspectiva postulada, se “introducono direttamente nel tessuto del diritto una serie di valori etico-politici che, in quanto tali, preesistono al patto costituzionale”, cremos nem seja necessário avançar tanto; com efeito, se parece adequado conceber a eminência de “valori che identificano, conferendovi una precisa fisionomia, la specificità costituzionale di un ordinamento sociale e giuridico”⁹⁴, estes, no caso da legítima defesa como o vimos abordando, reconduzem-se a uma vocação constitucional que esteja atenta ao princípio da igualdade, bem assim a particular situação de fato que a envolve, a qual, apontamos já, não sem razão motivou a edição de múltiplos diplomas normativos, inclusive no âmbito internacional.

Tais dados acabam por forjar uma pré-compreensão de que não se pode afastar o intérprete ao analisar um determinado caso. A base textual em que se expressa a justificação da legítima defesa é, assim, incrementada, pela influência das peculiaridades de um tipo de situação que reclama atenção a aspectos situados num plano que não é o da lei ordinária. Viola alude a uma “pluralità di livelli successivi, innescando un procedimento circolare del comprendere, che non ritorna semplicemente

⁹² HESSE, **Grundzüge**..., p. 33.

⁹³ BONAVIDES, **Curso**..., p. 524-5.

⁹⁴ VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e Interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del Diritto**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2011, p. 217.

e tautologicamente al suo punto di partenza, ma eleva ad un grado nuovo e maggiormente chiarificante la comprensione del testo”⁹⁵; e é nesta pluralidade em que estamos tentando nos mover. O contrário disso não seria, no fim das contas, relegar a incidência da causa de justificação a um modelo de subsunção?

8 A QUESTÃO DA IGUALDADE

Seja como for, cumpre-nos lançar algumas notas sobre a igualdade. Notas, seja dito, porque a vinculação da abordagem aqui feita diz respeito ao tema em análise, o qual se situa para além da conhecida postulação segundo a qual o princípio da igualdade dirigir-se-ia ao próprio legislador, determinando-lhe a criação de um direito igual para todos os cidadãos⁹⁶. É que, na esteira do que afirmado por Canotilho, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que acabaria por permitir discriminações quanto ao conteúdo⁹⁷.

Nas palavras de Alexy, se o dever de igualdade na criação do Direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador, esse dever, entretanto, não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características

⁹⁵ VIOLA; ZACCARIA, *Diritto...*, p. 306.

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 426.

⁹⁷ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 427. De ver-se, apenas no contexto português, mas o mesmo dar-se-ia no caso brasileiro, que apesar de diversas Constituições assinalarem a igualdade, não obstante medidas variadas, em leis ordinárias, desfavoreciam a situação da mulher, a exemplo da necessidade de obter autorização do marido para tirar passaporte ou da possibilidade daquele devassar-lhe a correspondência. Sobre isto, com diversos exemplos, Cf. GARCIA, Maria Glória F.P.D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 78-81. Do mesmo modo, Cf. PIZARRO BELEZA, *Mulheres...*, p. 374-5.

naturais e estejam nas mesmas condições fáticas. Por isso, a igualdade, tal como dirigida ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos⁹⁸.

As considerações que faz Alexy a respeito da igualdade situam-na num plano valorativo, por intermédio do qual se há de exigir *prima facie* um tratamento igual, sem prejuízo de que, se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório (*Ungleichbehandlungsgebot*)⁹⁹.

Saber, porém, o que é uma razão suficiente para a convocação de um tratamento desigual não é algo que o próprio princípio da igualdade, enquanto tal, seja capaz de fornecer. Para tanto, fazem-se exigíveis outras ordens de consideração, que, conforme Alexy, também são valorativas. Essas competem ao intérprete.

Não a partir de suas concepções subjetivas¹⁰⁰, mas, sim, à conta da própria integridade constitucional, a qual, para a análise da legítima defesa que vimos empreendendo, permitiria dizer que não se a pode alhear essa questão de gênero.

Estaria este alvitre a encampar, todavia, uma ideia de *desigualdade*? Responderíamos uma tal objeção com Gianformaggio, para assentar que o pressuposto “non è costituito qui da una ‘diseguaglianza’. Si tratta evidentemente di una ‘differenza’, cioè di una componente dell’identità femminile”; será, então, no respeito à diferença

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 359-360.

⁹⁹ ALEXY, **Theorie...**, p. 372-3.

¹⁰⁰ Tratando do atendimento ao princípio da igualdade a partir da harmonia das decisões, em sede de Direito Penal, emanadas dos tribunais superiores, Cf. BACIGALUPO, Enrique. **Applicazione del Diritto Penale ed uguaglianza dinanzi alla legge**. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Nuova serie, anno XLVII, ottobre-dicembre de 2004. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 2004, p. 961-975.

que se realizará o princípio da igualdade, e que se o realizará no campo mesmo da possibilidade de acesso a uma causa de justificação como a legítima defesa. Para Gianformaggio, pensar que o princípio da igualdade seja respeitado somente quando tais diferenças sejam olvidadas “significa assumere a valore fondamentale non le particolari identità maschile e femminile, ma la *sameness* delle donne, cioè il loro conformarsi al modello maschile”; em última análise, significa “assumere quale paradigma, quale unità di misura, il corpo e la natura fisica dell’uomo”¹⁰¹.

Dir-se-ia, então, da necessidade de se questionar até que ponto a tendencial diferença de força física entre a generalidade dos homens e das mulheres deve ser tomada em conta para o efeito de se apreciar uma situação de legítima defesa; mas não só, ao menos para Pizarro Beleza, segundo quem, ademais do equacionamento em termos de força física, far-se-ia relevante notar o “treino social dos homens para a *agressividade* e das mulheres para a *passividade*”, ou seja, o “desenho psico-social do homem-agressor e da mulher-vítima”¹⁰². Inserem-se, ainda, nos casos de violência doméstica, algo como um processo de normalização, frequentemente associado a sentimentos de vergonha e culpa¹⁰³, a constituir algo como uma barreira, que “impede, dificulta o retrasa la decisión de denunciar las agresiones sufridas”, sendo certo que “este obstáculo tiene su origen en la cultura que normaliza relaciones amorosas marcadas por la sumisión y dependência de las

¹⁰¹ GIANFORMAGGIO, Letizia. **Eguaglianza, Donne e Diritto**. A cura di Alessandra Fachi; Carla Faralli; Tamar Pitch. Bologna, Il Mulino, 2005, p. 216-7.

¹⁰² PIZARRO BELEZA, **Mulheres**..., p. 303.

¹⁰³ Neste sentido, com estudos empíricos, Cf. BODELÓN; CASAS VILA; NAREDO MOLERO, **La utilización del sistema de justicia**..., p. 35. Igualmente baseada em dados estatísticos, mas em atenção à situação portuguesa, Cf. PAIS, Elza. **Homicídio conjugal em Portugal: Rupturas violentas da conjugalidade**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2010, p. 198-9. Mais genericamente a este respeito, Cf. FERNANDES, “**Battered women’s defense doctrine**”..., p. 32-3.

mujeres”, reduzindo à expressão mais grave e visível das agressões físicas¹⁰⁴, sem contar que algumas mulheres, di-lo de novo Pizarro Beleza, se mostram incapazes de abandonar essa relação violenta até mesmo por dificuldades financeiras, por medo ou “por interiorização de bloqueios psico-sociais”.

Por vezes, essa situação faz-se acompanhar da noção de inexistência de alternativas ou de ajudas externas, dada a pouca disponibilidade das forças policiais ou de estruturas de assistência social para solucionar a questão¹⁰⁵. Curiosamente, a postulação de um autor brasileiro já antigo, como o é Vergara, tem pertinência neste ensejo. É que, conforme refere, cumpre sempre não olvidar “as circunstâncias em que o evento se desenrolou”, circunstâncias essas que “não têm outro efeito do que indicar-nos o estado de alma do agente e a sua causa”. Vergara, no fundo, põe o tom na compreensão do defendente a respeito da situação que o envolve, e o faz não arbitrariamente, mas a partir da afirmação de que se devem observar os antecedentes do conflito, e também “o estado físico e o estado moral dos contendores (...), a sua idade, o seu sexo, as suas relações de dependência (...) as condições em que um se apresentou em face do outro; - os precedentes de cada um e especialmente os do agressor”, sendo certo que todos estes elementos cercam “o fato em si e nos revelam o seu elemento moral”¹⁰⁶.

Num dos votos dissidentes, relativamente ao caso Judy Norman, o Juiz Weisberg ostentou a mesma posição, que, contando com a concordância de Fletcher, dizia: “in the context of the doctrine of self-defense, the definition of ‘imminent’ must be informed by the defendant’s

104

¹⁰⁵ PIZARRO BELEZA, **Mulheres...**, p. 310.

¹⁰⁶ VERGARA, Pedro. **Da legítima defesa subjetiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949, p. 251-4.

perceptions”¹⁰⁷, e, de sua parte, na outra dissensão, não deixou o Juiz Harry C. Martin de apontar que, levando em conta o comportamento de seu cônjuge: *“by his barbaric conduct over the course of twenty years, he reduced the quality of the defendant’s life to such an abysmal state that, given the opportunity to do so, the jury might well have found that she was justified in acting in self-defense for the preservation of her tragic life”*¹⁰⁸.

Tanto um como o outro destes pontos de vista, similares ao que alvitramos em conclusão¹⁰⁹, não necessariamente percorreram o caminho que, segundo pensamos, fosse devido percorrer. E que diz com uma tentativa de situar tal discussão sob um plano que não descure o constitucional.

Parafraseando Gianformaggio, se verdadeiramente quer-se permitir que homens e mulheres acessem em condições iguais a determinado âmbito normativo, deve-se considerar que entre o princípio da igualdade e a demarcação da diferença não sucede uma incompatibilidade¹¹⁰; dá-se, isto sim, o contrário, na medida em que a valorização *“delle differenze non richiede che si ripudi l’eguaglianza, ma piuttosto cha la si prenda sul serio”*¹¹¹.

9 CONCLUSÃO

¹⁰⁷ FLETCHER, *With Justice*..., p. 146.

¹⁰⁸ DRESSLER, *Understanding*..., p. 245.

¹⁰⁹ Que, aliás, é igualmente similar àquela de FERNANDES. Assim, Cf. FERNANDES, *“Battered women’s defense doctrine”*..., p. 38-9.

¹¹⁰ GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza*..., p. 46-7.

¹¹¹ GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza*..., p. 90. Assim também MAZZARESE, no prefácio desta mesma obra. Cf. MAZZARESE, Tecla. **Un monito a prendere sul serio l’eguaglianza**. In: *Eguaglianza, Donne e Diritto*. A cura di Alessandra Fachì; Carla Faralli; Tamar Pitch. Bologna, Il Mulino, 2005, p. 23.

Isto tudo implica, em favor de Judy Norman, o reconhecimento da legítima defesa.

10 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

BACIGALUPO, Enrique. **Applicazione del Diritto Penale ed uguaglianza dinanzi alla legge**. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Nuova serie, anno XLVII, ottobre-dicembre de 2004. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 2004.

BODELÓN, Encarna. **Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

BODELÓN, Encarna; CASAS VILA, Glòria; NAREDO MOLERO, María. **La utilización del sistema de justicia penal por parte de mujeres que enfrentan la violencia de género en España**. In: Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales. Encarna Bodelós (Org.). Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRITO, Teresa Quintela de. **Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade**. In: Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, volume I. Jorge de Figueiredo Dias e outros (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHIESA, Luis Ernesto. **Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia angloamericana**. In: Revista de Derecho Penal, nº 2. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CREAZZO, Giuditta; PALIDDA, Rita. **Cuando una mujer denuncia: las respuestas del sistema penal a las violencias machista contra las mujeres en relaciones de intimidad**. In: Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales. Encarna Bodelós (Org.). Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

CUNHA, Maria João Ribeiro da. **Diálogos de Medeia e a kátharsis numa culpa de género**. Relatório apresentado no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: não publicado, 2008.

DOBASH, R. Emerson; DOBASH, Russel P. **Violence Against Wives: A Case Against Patriarchy**. New York: The Free Press, 1979.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Manuale di Diritto Penale**. Parte Generale. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

DRESSLER, Joshua. **Understanding Criminal Law**. New York-San Francisco: LexisNexis, 2001.

FAIGMAN, David L. **The Battered Woman Syndrome and Self-Defense: A Legal and Empirical Dissent**. In: Virginia Law Review, Vol. 72, nº 03, Apr. 1986.

FERNANDES, Álvaro Roberto Antanavicius. **“Battered women’s defense doctrine”**: uma interpretação conforme o princípio constitucional da igualdade. In: Temas Criminais: A Ciência do Direito Penal em Discussão. Denis Sampaio; Orlando Faccini Neto (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FLETCHER, George P. **With Justice for Some. Protecting Victim’s Rights in Criminal Trials**. Massachussets: Addison-Wesley Publishing Company, 1996.

FLETCHER, George P. **The Nature of Justification**. In: **Action and Value in Criminal Law**. Stephen Shute; John Gardner; Jeremy Horder (Ed.). Oxford: Clarendon Press, 2003.

FLETCHER, George P. **Basic Concepts of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

FLETCHER, George P. **O justo e o razoável**. Tradução de Paulo César Busato e Mariana Cesto. In: Novos Estudos Jurídicos. Revista Quadrimestral do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Volume 09, nº 02, maio-agosto de 2004. Itajaí: UNIVALI, 2004.

GARCIA, Maria Glória F.P.D. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Eguaglianza, Donne e Diritto. **A cura di Alessandra Fachi; Carla Faralli; Tamar Pitch**. Bologna, Il Mulino, 2005.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa. **Agressores conjugais: investigar, avaliar e intervir na outra face da violência conjugal**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 14, número 4, Out-Dez 2004, Director Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa; COELHO, Cláudia. **Stalking: uma outra dimensão da violência conjugal**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 17, número 2, Abr-Jun 2007, Director Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts**. In: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978. Arthur Kaufmann (Hrsg.). München: Beck, 1979.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Heidelberg: C.F.Müller, 1999.

HIRSCH, Hans-Joachim. **Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem**. In: Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten. Günter Kohlmann (Hrsg.). Berlin: Duncker&Humblot, 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

KUHLEN, Lothar. **Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen**. Heidelberg: C.F.Müller, 2006.

MALAMUD GOTI, Jaime E. **Legítima Defesa y Estado de Necesidad: problemas sistemáticos de las causas de justificación**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. Padova: CEDAM, 2001.

MATSUDA, Fernanda Emy. **Muito além da punição: o direito das mulheres a uma vida sem violência**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 22. Número 256. São Paulo: IBCCrim, 2014.

MAZZARESE, Tecla. **Un monito a prendere sul serio l'eguaglianza**. In: Eguaglianza, Donne e Diritto. A cura di Alessandra Fachi; Carla Faralli; Tamar Pitch. Bologna, Il Mulino, 2005.

PAIS, Elza. **Homicídio conjugal em Portugal: Rupturas violentas da conjugalidade**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2010.

PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos**. Volume I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

PALMA, Maria Fernanda. **Justificação em Direito Penal: conceito, princípios e limites**. In: Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Tipografia Guerra, 1995.

PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos**. Volume II. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

PALMA, Maria Fernanda. **Provas de Agregação de Professores**. Lisboa: não publicado, 1999.

PIZARRO BELEZA, Teresa. **Legítima defesa e género feminino: paradoxos da “feminist jurisprudence”**. In: Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Tipografia Guerra, 1995.

PIZARRO BELEZA, José Manuel Merêa. **O princípio da igualdade e a lei penal: o crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

PIZARRO BELEZA, Maria Teresa Couceiro. **Mulheres, Direito, Crime ou A Perplexidade de Cassandra**. Lisboa: AAFDL, 1993, p. 306-7.

ROXIN, Claus. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. **Der Aufbau der Verbrechenslehre**. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. **Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. **A legítima defesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

UNIACKE, Suzanne. Permissible Killing: **The Self-Defense Justification on Homicide**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

VERGARA, Pedro. **Da legítima defesa subjetiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e Interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del Diritto**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2011

WALKER, Leonore E. A. **The Battered Woman**. New York: Harper & Row, 1979.

WALKER, Leonore E. A. **The Battered Woman Syndrome**. New York: Springer Publishing Company, 2009.

WESTLUND, Andrea C. **Pre-modern and modern power: Foucault and the case of domestic violence**. In: Signs: Institutions, Regulation and Social Control, V. 24, Nº 4. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

WIMBERLY, Mary Helen. Defending Victims of Domestic Violence Who Kill Their Batterers: Using the Trial Expert to Change Social Norms. Disponível em <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/domviol/docs/Wimberly.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.
Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2002.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL