

De Jure

Revista Jurídica
www.mpmg.mp.br/dejure

Fabiane Barbosa Marra
Jimmy Matias Nunes
João Gaspar Rodrigues
João Pedro Viana Cunha
Otávio Morato de Andrade
Robson Leandro Soda
Rodrigo Dos Reis Gueths
Rosane Teresinha Carvalho Porto
Sanges Morais dos Santos

35



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-008, Brasil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8262

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 19, n. 35, jul./dez. 2020. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2020.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo,
Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade,
Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights,
Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

Linha Teórica

A *De Jure* foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical Profile

De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinar and multidisciplinar, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

DE JURE

(ISSN 1809-8487)

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

FOCO

A *De Jure* tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

PÚBLICO ALVO

A *De Jure* está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A *De Jure* requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da revista, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Informação em Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A *De Jure* recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída em meio digital.

DE JURE

(ISSN 1809-8487)

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

FOCUS

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

MISSION

The mission of *De Jure* is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due to the identification of environmental trends and transformation.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of the journal, for non-profit scientific and cultural purposes.

INDEXATION AND DISTRIBUTION

The journal can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *De Jure* was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. The journal is distributed by digital means.

DE JURE

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Procurador de Justiça Antônio Sérgio Tonet

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Procurador de Justiça Edson Ribeiro Baeta

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL
João Paulo de Carvalho Gavidia

EDITOR RESPONSÁVEL
Procurador de Justiça Edson Ribeiro Baeta

CONSELHO EDITORIAL
Promotora de Justiça Ana Letícia Martins de Souza
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotora de Justiça Andressa de Oliveira Lanchotti, Pós-Doutora
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Marcos Pereira Anjo Coutinho, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotora de Justiça Maria Carolina Silveira Beraldo, Doutora
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Gidi (Universidade de Houston, Estados Unidos)
Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidade de Alcalá, Espanha)
Profa. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Me. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidade Nacional Autónoma do México, México)
Prof. Dr. Eduardo Martínez Alvarez (Universidade do Museu Social Argentino, Argentina)
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Consultor legislativo do Senado Federal, Brasil)
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior do Centro de Estudos Sociais, Portugal)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brasil)
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidade de Huelva, Espanha)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)

Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)
Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Argentina)
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Rede LFG – São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)

EDITORAÇÃO

João Paulo de Carvalho Gavidia
Raquel Diniz Guerra

REVISÃO

Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Freitas Pereira
Renato Felipe de Oliveira Romano

CAPA

Rafael de Almeida Borges

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

DIAGRAMAÇÃO

Rafael de Almeida Borges

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC

Isaac Sabbá Guimarães (Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Universidade do Vale do Itajaí, Brasil)
Thaís Lunardi (Universidade Positivo, Brasil)
Márcio Berclaz (Ministério Público do Estado do Paraná, Brasil)
Patrícia Ribeiro (Fundação João Pinheiro e Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Joseli Magalhães (Universidade Federal do Piauí, Brasil)

ATTORNEY-GENERAL

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio Sérgio Tonet

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Edson Ribeiro Baeta

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

João Paulo de Carvalho Gavidia

CHIEF EDITOR

Minas Gerais State Prosecutor Edson Ribeiro Baeta

EDITORIAL BOARD

Minas Gerais State Prosecutor Ana Leticia Martins de Souza
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Andressa de Oliveira Lanchotti, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Marcos Pereira Anjo Coutinho, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Maria Carolina Silveira Beraldo, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleteo Filho, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Universidade de Houston, USA)

Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister – Superior Tribunal de Justiça, Brazil)

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)

Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidade de Alcalá, Spain)

São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, MA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidade Nacional Autónoma do México, Mexico)

Prof. Eduardo Martínez Álvarez, PhD (Universidade do Museu Social Argentino, Argentina)

Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)

Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)

Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretti, PhD (Senior researcher - Centro de Estudos Sociais, Portugal)

Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)

Prof. José Aroudo Mota, PhD (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brazil)

Prof. José Roberto Marques, PhD (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brazil)

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidade de Huelva, Spain)

Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)

Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)
Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)
Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Argentina)
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Rede LFG – São Paulo, Brazil)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)
Prof. Mário Frota, PhD (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Vittorio Manes, PhD (Universidade de Salento, Italy)

EDITING

João Paulo de Carvalho Gavidia
Raquel Diniz Guerra

PROOF READING

Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Freitas Pereira
Renato Felipe de Oliveira Romano

COVER

Rafael de Almeida Borges

GRAPHIC PROJECT

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

LAYOUT

Rafael de Almeida Borges

TRANSLATION

Alessandra de Souza Santos

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE

Isaac Sabbá Guimarães (Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Universidade do Vale do Itajaí, Brazil)
Thaís Lunardi (Universidade Positivo, Brazil)
Márcio Berclaz (Ministério Público do Estado do Paraná, Brazil)
Patrícia Ribeiro (Fundação João Pinheiro e Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Joseli Magalhães (Universidade Federal do Piauí, Brazil)

PREFÁCIO

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais tem a satisfação de oferecer semestralmente um novo exemplar da sua Revista *De Jure*, na qual são publicados estudos diversos relacionados às áreas de atuação funcional e de interesse da instituição.

Satisfação essa que vem permeada de grande responsabilidade, pois, a cada novo número publicado, a revista vai-se consolidando na sua forma gráfica, no seu caráter acadêmico, na sua proposta de divulgação criteriosa de trabalhos técnico-científicos que promovam a reflexão e a atuação no campo do Direito.

Este número 35 da *De Jure* traz artigos que perpassam diversas áreas e disciplinas relacionadas à atuação do Ministério Público: desde uma análise do perfil moderno das Corregedorias-Gerais do MP aos direitos dos idosos e dos transexuais, passando por temas como a eutanásia e crimes virtuais em redes sociais, além de considerações sobre os conceitos de democracia, as feições da prosa jurídica e a tese da taxatividade mitigada no agravo de instrumento, fixada no STJ.

Agradecemos a todos os autores que contribuíram com a presente edição e relembramos que as portas da Revista *De Jure* estão sempre abertas aos demais autores interessados, que poderão enviar seus textos por meio do endereço eletrônico www.mpmg.mp.br/dejure.

Edson Ribeiro Baeta

Procurador de Justiça
Diretor do Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

Espaço de produção de conhecimento, disseminação de ideias, reflexão e colaboração, a Revista *De Jure*, hoje no seu número 35, procura fomentar e enriquecer o pensamento e a atuação de promotores e procuradores, magistrados, juristas, pesquisadores e de quantos se incumbem de políticas públicas e da tarefa cotidiana da busca pelo bem comum.

Embora a publicação tenha por foco as áreas de atuação do Ministério Público, ou até mesmo por isso, permite o estudo de uma gama de objetos e temas, dos mais tratados e nunca esgotados aos mais atuais e desafiadores, como se pode notar na variedade temática desta mesma edição, o que certamente desperta o interesse do público leitor e dos próprios autores.

Pois seja dito, além do trabalho dedicado de membros e servidores na feitura da obra, não podemos deixar de reconhecer que, sem a colaboração generosa dos que nos confiam o fruto do seu pensamento e das suas experiências, a Revista *De Jure* não teria o êxito e a consideração que hoje desfruta entre as publicações relacionadas ao Ministério Público brasileiro.

Por isso renovamos o convite aos interessados para submeterem seus artigos e colaborarem com a nossa missão de difundir o conhecimento e valorizar a pesquisa na área do Direito.

Antônio Sérgio Tonet

Procurador-Geral de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

FABIANE BARBOSA MARRA

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos. Advogada.

JIMMY MATIAS NUNES

Universidade Federal de Campina Grande. Bacharel em Direito. Mestrando em Ciência Política.

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

JOÃO PEDRO VIANA CUNHA

Licenciado em Letras. Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

OTÁVIO MORATO DE ANDRADE

Pós-graduado em Direito pela PUC. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

ROBSON LEANDRO SODA

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do grupo de pesquisas Direito, Cidadania & Políticas Públicas, ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC.

RODRIGO DOS REIS GUETHS

Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do grupo de pesquisas Direito, Cidadania & Políticas Públicas, ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC.

ROSANE TERESINHA CARVALHO PORTO

Doutora em Direito pela UNISC. Mestre em Direito: Políticas Públicas de Inclusão Social. Especialização pela PUC/RS em Docência no Ensino Superior na modalidade a distância. Professora de Direito da Infância e da Juventude, Metodologia da Pesquisa e Criminologia, na UNISC. Professora na Pós Lato Sensu na UNISC. Subcoordenadora do curso de Direito UNISC / Sobradinho.

SANGES MORAIS DOS SANTOS

Especialista em Direito Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Graduado em Direito pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual na PUC Minas e Direito Ambiental na Faculdade Internacional Signorelli. Estagiário de Pós-Graduação da Procuradoria de Justiça Cível do MPMG.

SUMÁRIO

17 - 55

Artigo

**A ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA
DO JUDICIÁRIO NO BRASIL
FACE À REALIDADE DOS
SUJEITOS TRANSEXUAIS**

THE CONTROVERSIAL ACTION OF THE JUDICIARY IN BRAZIL
FACES THE REALITY OF TRANSEXUAL SUBJECTS

FABIANE BARBOSA MARRA

56 - 91

Artigo

**DEMOCRACIA:
UM ENSAIO TEÓRICO SOBRE
SUAS PRINCIPAIS CONCEPÇÕES**

DEMOCRACY: A THEORETICAL STUDY
ABOUT ITS MAIN CONCEPTIONS

JIMMY MATIAS NUNES

92 - 113

Artigo

**INTERNET, DIREITO DIGITAL E OS
CRIMES VIRTUAIS PRATICADOS NAS
REDES SOCIAIS: UM ENFOQUE NA
PORNOGRAFIA DE VINGANÇA A
PARTIR DA LEI 13.718/2018**

INTERNET, DIGITAL LAW AND VIRTUAL CRIMES
PRACTICED IN SOCIAL NETWORKS:
A FOCUS ON PORNOGRAPHY OF REVENGE FROM LAW 13.718/2018

ROBSON LEANDRO SODA
ROSANE TERESINHA CARVALHO PORTO
RODRIGO DOS REIS GUETHS

114 - 137
Artigo

**O "DIREITO DE MORRER":
ASPECTOS DA LEGALIZAÇÃO
DA EUTANÁSIA NO
ÂMBITO INTERNACIONAL**

THE "RIGHT TO DIE":
ASPECTS OF INTERNATIONAL LEGALIZATION OF EUTHANASIA
OTÁVIO MORATO DE ANDRADE

138 - 160
Artigo

**O BARROQUISMO
NA PROSA JURÍDICA**

BAROQUEISM IN THE LEGAL PROSE
JOÃO PEDRO VIANA CUNHA

161 - 191
Artigo

**PERFIL MODERNO DE ATUAÇÃO
DAS CORREGEDORIAS-GERAIS
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

MODERN PROFILE OF THE INSPECTOR GENERAL AND CHIEF
DISCIPLINARY COUNSEL OF THE PROSECUTION SERVICE
JOÃO GASPARD RODRIGUES

192 - 216

Artigo

**POLÍTICA DE ATENDIMENTO À
PESSOA IDOSA: A IMPORTÂNCIA DA
DELIBERAÇÃO E EFETIVAÇÃO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS
À MELHOR IDADE NA ATUAL
CONJUNTURA DE CRISE**

ELDERLY CARE POLICY: IMPORTANCE OF THE DELIBERATION AND
EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICIES FOR THE OLD AGE
IN THE CURRENT CONJUNCTURE OF CRISIS

ROBSON LEANDRO SODA

ROSANE TERESINHA CARVALHO PORTO

217 - 243

Artigo

**TAXATIVIDADE MITIGADA NO
AGRAVO DE INSTRUMENTO:
MITIGAÇÃO DA SEPARAÇÃO
DE FUNÇÕES E DO
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

MITIGATED TAXATION IN THE INSTRUMENT APPEAL:
MITIGATION OF THE SEPARATION OF FUNCTIONS AND OF
THE PRINCIPLE OF LEGALITY

SANGES MORAIS DOS SANTOS

17 - 55

Artigo

**A ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA
DO JUDICIÁRIO NO BRASIL FACE
À REALIDADE DOS SUJEITOS
TRANSEXUAIS**

FABIANE BARBOSA MARRA

A ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO JUDICIÁRIO NO BRASIL FACE À REALIDADE DOS SUJEITOS TRANSEXUAIS

THE CONTROVERSIAL ACTION OF THE JUDICIARY IN BRAZIL FACES THE REALITY OF TRANSEXUAL SUBJECTS

FABIANE BARBOSA MARRA

Mestre em Direito

Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

fabianemarra@hotmail.com

RESUMO: Este artigo versa acerca da extrema vulnerabilidade da população transexual e, como corolário, sobre a necessidade da atuação contramajoritária do Judiciário no Brasil. A relevância do artigo ao apresentar, inicialmente, aspectos acerca do Direito positivado e da limitação do Legislativo e, em seguida, desenvolver os argumentos das decisões judiciais correlatas, se deve porque, a partir desse estudo, é possível compreender a dinâmica de atribuição de direitos e deveres, isto é, de reconhecimento jurídico, ainda que embrionário, conferido à comunidade transexual. Trata-se de artigo sob método jurídico-social, visto que se baseia na análise do Direito, como instrumento de efetividade de garantias fundamentais, somada, por sua vez, à questão da transexualidade, ambos sob um ambiente social mais amplo, portanto.

PALAVRAS-CHAVE: Vulnerabilidade; Transexualidade; Sociedade; Papel Contramajoritário; Judiciário.

ABSTRACT: This article deals with the extreme vulnerability of the transsexual population and, as a corollary, on the need for countermajoritarian action of the Judiciary in Brazil. The relevance of the article to initially presenting aspects of the Positive Law and the limitation of the Legislative and then to develop the arguments of related judicial decisions is because, from this study, it is possible to understand the dynamics of the attribution of rights and duties, that is, of legal recognition, even if embryonic, conferred on the transsexual community. It is an article under a juridical-social method, since it is based on the analysis of Law, as an instrument of effectiveness of fundamental guarantees, added, in turn, to the question of transsexuality, both under a wider social environment, therefore.

KEYWORDS: Vulnerability; Transsexuality; Society; Countermajority Paper; Judiciary.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Apontamentos sobre o direito positivado e o legislativo brasileiro. 3. A extrema vulnerabilidade de sujeitos transexuais. 4. O papel contramajoritário do Judiciário no Brasil. 5. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O ordenamento jurídico positivado foi construído com base em paradigmas da modernidade que naturalizam relações e comportamentos. Particularmente no tocante à diversidade de gênero no Brasil, a naturalização de relações binárias, como se existisse

apenas o binômio homem e mulher, cada qual com definições estáticas, perfeitas e acabadas, eleva formas preestabelecidas de ser e estar no mundo em detrimento de tantas outras formas que escapam aos padrões supostamente universais.

A seu turno, a transexualidade consiste no descompasso entre o corpo e a mente do sujeito, isto é, as expectativas de comportamento instituídas pela sociedade aos corpos físicos, desde o nascimento, não são aquelas com as quais o sujeito transexual se identifica interna e socialmente. Considerando que o Direito não acompanha em igual medida os influxos sociais, o que se confirma pelas limitações do Legislativo, percebe-se que, para além das alterações das normas postas, a garantia de direitos fundamentais a sujeitos transexuais depende da atuação contramajoritária do Judiciário.

O presente artigo justifica-se porque é necessário questionar a naturalização de padrões hegemônicos calcados em estereótipos construídos socioculturalmente acerca do gênero e sexualidade. Nesse espectro excludente, percebe-se a extrema vulnerabilidade de sujeitos transexuais, que, dia a dia, sofrem todo o tipo de violência e abuso por apenas “serem”. O método a ser utilizado no artigo será o jurídico-social, visto que se baseia na análise do Direito como instrumento de efetividade de garantias fundamentais somada, por sua vez, à questão da transexualidade, ambos sob um ambiente social mais amplo, portanto. (GUSTIN, 2010).

2. Apontamentos sobre o direito positivado e o Legislativo brasileiro

No Brasil, a proteção e a promoção dos direitos humanos foram efetivamente desenvolvidas a partir dos processos de democratização, em 1985, com o fim do regime autoritário. Apesar de passado mais de meio século da criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Estado brasileiro somente consagrou

esses direitos com o fim da legalidade de violências estatais arbitrárias e do desrespeito institucional das garantias individuais. Desde então, a política nacional de implementação dos direitos humanos, mesmo que vagarosamente, tem sido a de continuar o processo de ratificação dos tratados internacionais correlatos e reconhecer a jurisdição dos órgãos pertinentes.

O Brasil é signatário, sem qualquer reserva, dos principais tratados internacionais de direitos humanos, tanto no âmbito das Organizações das Nações Unidas (ONU) como na esfera da Organização dos Estados Americanos (OEA). Não obstante, o Brasil ainda não alcançou a efetiva proteção dos direitos humanos para a comunidade LGBTI, cujas razões serão aprofundadas a seguir (GOMES; MAZZUOLI, 2016). Antes, porém, cabe esclarecer que a incorporação de tratados internacionais na ordem interna impede que o Estado brasileiro faça reformas em seu ordenamento jurídico que vão de encontro aos preceitos de proteção dos direitos humanos.

Dessa forma, o Estado brasileiro tem o compromisso de não consentir com eventuais projetos legislativos que representem retrocesso na garantia de direitos. Além disso, existe o dever de atuar na defesa e na proteção dos direitos humanos, retirando-os do papel e colocando-os na prática. A partir do momento em que o Brasil assina e adere voluntariamente aos dispositivos internacionais de direitos humanos, na forma prevista na legislação nacional, estes passam a compor a ordem jurídica interna pelos fundamentos já explanados.

No que concerne à população transexual, somam-se aos direitos humanos internacionais os objetivos da Constituição, quando, no artigo 3º, inciso IV, dispõe acerca da promoção do bem de todos sem discriminação ou preconceitos de qualquer natureza. Nesse sentido, ainda que a Constituição não disponha expressamente sobre a vedação de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, isso não significa que tal proibição não es-

teja vigendo na legislação, uma vez que está inserida na expressão aberta “quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988) do aludido dispositivo, bem como em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário (BAHIA, 2010).

Além disso, entende-se que a previsão sobre o pluralismo na legislação interna abrange o direito à diferença como um pressuposto fundamental, o qual, somado aos princípios da igualdade e da liberdade, repele veementemente a discriminação entre os seres humanos e toda a omissão quando da atribuição de garantias e obrigações. Nas palavras de Marcelo Inocêncio Coelho:

Muito embora a Constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize expressão pluralismo agregando-lhe o adjetivo político, o que, à primeira vista, poderia sugerir a ideia de que esse princípio refere-se apenas às preferências políticas e/ou ideológicas da Sociedade, a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na polis, ou seja, um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões do viver coletivo tanto nas escolhas de natureza política, quanto nas de caráter econômico, social e cultural um direito fundamental, portanto, cuja essência Arthur Kaufmann logrou traduzir em frase de rara felicidade: não só, mas também. [...] O mesmo se diga da ideia de tolerância intimamente associada ao conceito de pluralismo a significar que ninguém pode ser vítima de preconceitos, de ódio ou de perseguição pelo simples fato de ser diferente, como, infelizmente, tem acontecido no curso da História, em que pesem os esforços de quantos ao que parece até agora pregando no deserto nos advertem de que o normal é ser diferente e que os traços característicos de cada indivíduo não devem ser vistas como estigmas, mas, ao contrário, como expressão da metafísica singularidade das pessoas enquanto criaturas substancialmente distintas das demais (COELHO *apud* TORRES, 2012, p. 19).

Assim, com base na legislação brasileira, é possível pressupor que, mesmo diante das várias singularidades dos sujeitos, a diferença inerente a cada um deles, sob nenhuma razão, deve ser

tida como instrumento de discriminação ou omissão, pois, oposto a isso, ter-se-ia afastado o reconhecimento de todos¹, indistintivamente, como sujeitos de direitos. Ocorre, todavia, que, muito embora as considerações feitas anteriormente consignem que há no ordenamento parâmetros de reconhecimento segundo os princípios da igualdade, da liberdade e do direito à diferença, o discurso ainda não foi incorporado na operacionalização do Direito. O arcabouço legislativo brasileiro ainda se encontra positivado utilizando terminologias que discriminam, de um lado, homens/mulheres, garantindo-lhes direitos e deveres e, de outro, omite a existência de diferentes formas de ser e estar no mundo para além dos padrões social e historicamente instaurados.

Nesse sentido, o próprio artigo 5º, inciso I, da Constituição da República de 1988, menciona que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Sobre requisitos para a aposentadoria, o artigo 40, inciso III, alíneas a e b, da mesma Constituição, determina: “a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher (...)” (BRASIL, 1988). O artigo 143, parágrafo 2º, da Constituição, ainda dispõe que: “As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir” (BRASIL, 1988). O artigo 183, por sua vez, em seu parágrafo 1º, menciona que: “O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil” (BRASIL, 1988).

1 Segundo Diogo Bacha e Silva e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, sobre reconhecimento e diversidade, o “reconhecimento que não se dá, obviamente, apenas pela aceitação passiva das formas de vida boa. O processo de reconhecimento implica a assunção de que é necessária a inclusão desses projetos de vida boa como inerentes à democracia e à formação da vontade pública. Saber que as concepções são inerentes ao projeto democrático significa incorporá-las à Constituição” (SILVA; BAHIA, 2015, p. 4).

Adiante, o Código de Civil, em seu artigo 553, parágrafo único, acerca do instituto da doação, assevera que: “Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente” (BRASIL, 2002). Além disso, o binômio homem/mulher também é observado em relação ao casamento no artigo 1514, do mesmo *Codex*, no qual se preconiza que: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” (BRASIL, 2002). Acerca da capacidade para o casamento, o artigo 1517 ainda estabelece que: “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil” (BRASIL, 2002). Ademais, sobre a união estável, o legislador determinou, no artigo 1723, que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

O Código Penal, em seu artigo 37, quando estabelece o regime especial de prisão, menciona expressamente que mulheres cumprirão pena em estabelecimento próprio, observados direitos e deveres inerentes à sua condição pessoal (BRASIL, 1940). Além disso, o artigo 61, inciso II, alínea f, do mesmo *Codex*, estabelece como circunstância agravante ter o agente cometido o crime “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)” (BRASIL, 1940). Ainda, tem-se no Código penalista que o feminicídio, incluído pela lei 13.104/2015, é apreendido como crime de homicídio qualificado quando praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” (BRASIL, 1940). O Código de Processo Penal, no artigo 318, elenca que poderá haver a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando: “V - mulher com filho de até 12 (doze)

anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos” (BRASIL, 1941). Por fim, quanto à legislação penal extravagante, na Lei 11.340/2006, o artigo 1º dispõe que: “Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]”.

Diante do exposto, observa-se que, mesmo frente à vasta legislação internacional sobre direitos humanos e princípios da igualdade, liberdade e direito à diferença, os instrumentos jurídicos positivados, especialmente aqueles de aplicação direta² no Brasil, ainda não são capazes, na literalidade, de reconhecer a população transexual como sujeitos de direitos. A garantia de direitos e deveres na legislação expressa ainda se encontra adstrita ao binômio homem/mulher, o que marginaliza e subalterniza aqueles que escapam aos padrões instituídos. O resultado disso não se esgota apenas no desrespeito a tratados internacionais de direitos humanos e a princípios fundamentais constitucionais, mas também, e principalmente, consagra e prestigia a invisibilidade³, a intangibilidade e a falta de proteção no que toca à transexualidade.

Particularmente no Brasil, embora existam dados alarmantes sobre a violência homotransfóbica, que oportunamente será desen-

2 Importante esclarecer que não há um posicionamento unânime acerca do cunho coercitivo dos acordos normativos internacionais de direitos humanos pactuados pelo Estado signatário, embora no presente estudo, como já dito anteriormente, seja considerada a força obrigatória de tais instrumentos. Vale dizer, ainda, que neste trabalho considera-se que os princípios constitucionais são dotados de força normativa. Contudo, também se reconhece que as demais normas positivadas possuem aplicabilidade direta, na medida em que estão expressamente delineadas e, em geral, não demandam interpretações.

3 Observa-se que a expressão invisibilidade, quando se trata da transexualidade, para alguns autores, não é adequada, visto que sujeitos transexuais seriam, na verdade, visíveis, porém tidos como inconcebíveis, errados e, por conseguinte, fadados a toda e qualquer violência. No presente artigo, contudo, mantém-se a expressão invisibilidade, porque sob a perspectiva de exclusão e discriminação, constata-se que, diferentemente daqueles que condizem com padrões hegemônicos de identidade e de sexualidade, por exemplo, às/aos transexuais resta, sim, um lugar de invisibilidade se se pensar nas estruturas públicas e privadas de funcionamento (Ex: banheiros, vagas de emprego etc), bem como se se considerar a divisão nos esportes que, inclusive, é um tema que se encontra em voga nos dias atuais.

volvida, não existe uma legislação federal específica que reconheça e cuide da proteção concreta da comunidade transexual. Não fossem suficientes a vulnerabilidade e a invisibilidade, a impunidade dos crimes perpetrados contra essa população promove um verdadeiro massacre diário. As características próprias e os traços típicos que se repetem e configuram as violências praticadas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero indicam que o Estado brasileiro é omissivo quanto ao dever de prevenir e punir aludidas condutas criminosas por meio da legislação⁴.

A face legislativa do Poder não se ocupou, até o momento, com a aprovação de leis federais que reconheçam direitos iguais ou estabeleçam proteção efetiva da população transexual. A dicotomia homem/mulher, constituinte do Direito moderno, acaba por atribuir direitos e deveres iguais, ou até distintos, conforme o caso, desde que haja uma identidade com a classificação de gêneros possíveis já instituídas. Percebe-se, pois, a necessidade de uma igualdade que reconheça os sujeitos diferentes do padrão. É preciso superar o código jurídico limitado ao masculino/feminino para uma adequada produção de leis federais, as quais devem levar em conta variações de ser e estar no mundo tão válidas e possíveis como aquelas já prestigiadas no Direito (BAHIA, 2014).

Atualmente, todas as tentativas de reconhecimento legislativo dos sujeitos transexuais restaram frustradas. As bancadas religiosas, fundamentalistas e conservadoras que habitam o Congresso Nacional impedem todo e qualquer avanço sobre o tema. A respeito disso, Alexsandro Rodrigues, Pablo Cardoso Rocon e Mateus Dias Pedrini asseveram que:

4 Com base em Silva e Bahia, tem-se que “a Constituição de 1988 criou um sistema de direitos e garantias que exige que o Estado Brasileiro aja para coibir a violência homofóbica. De igual forma, há documentos sobre Direitos Humanos oriundos de organismos internacionais [...] e recepcionados pelo Brasil que impõem criar mecanismos legais de políticas específicas para prevenir e punir a violência de natureza homofóbica. Dever este que o Brasil tem sistematicamente se recusado a cumprir” (SILVA; BAHIA, 2015, p. 9).

Desde seu período colonial, o Brasil convive com uma forte influência religiosa cristã no poder público, e dessa forma, o país ao longo de sua história experimentou legislações que forjaram uma cultura de perseguição às minorias sexuais. Entretanto, nas últimas décadas, sobretudo a partir da década de 60, essas minorias tem se organizado politicamente em prol de sua cidadania, popularizando pautas como o casamento homoafetivo, adoção, cirurgia transexualizadora, criminalização da homofobia entre outras. Ao passo que esse movimento foi reivindicando suas demandas ao Estado, ele vivenciou uma série de derrotas promovidas por religiosos organizados que há muito tempo, movidos por suas moral e fé, se colocam no âmbito do Estado como “líderes que encarnam o projeto de renovação do “mundo”, apresentando-se como personas morais, responsáveis em apresentar a “visão de mundo crente” aos de fora” (Mafra, 2006:585), e nesse sentido, os políticos religiosos tem se constituído como grande barreira, impedindo o avanço da cidadania de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros, Transexuais e Intersexis (LGBTTTI) (RODRIGUES; ROCON; PEDRINI, 2014, p. 3-4).

Soma-se aos políticos fundamentalistas e conservadores, que se ancoram na pauta falaciosa de manutenção de valores familiares, morais e religiosos, demonizando as pautas plurais e minoritárias, o fato de que grande parte da esfera pública, midiática e, em especial, legislativa, não se preocupa com a violência homotransfóbica. Ao contrário, os assassinatos, agressões e violações de toda natureza encontram-se naturalizados na sociedade brasileira. O resultado desses imobilismos legislativos não gera apenas a impunidade dos agressores, como também fomenta e praticamente legitima o extermínio de alguns sujeitos por motivos de identidade de gênero e orientação sexual.

Ademais, se a face legislativa não atua para a preservação e proteção transexual, alternativa não resta senão a atuação das outras faces do Poder. Quanto ao Executivo, existem alguns planos plurianuais e projetos nacionais de direitos humanos, conferências e conselhos de combate à discriminação, que buscam assegurar

o mínimo de direitos e condições sociais para que a comunidade transexual possa, aos poucos, sobreviver com dignidade. Ocorre, contudo, que a alternância de poder recente tem revelado ainda mais retrocessos em tais políticas públicas. Por sua vez, o Judiciário tem desempenhado um papel imprescindível em relação às/aos transexuais, o qual será aprofundado mais a frente nesse artigo. Antes, contudo, faz-se necessário o aprofundamento sobre a extrema vulnerabilidade de sujeitos transexuais.

3. A extrema vulnerabilidade de sujeitos transexuais

A instauração do paradigma heterossexual e a dicotomização do gênero, masculino e feminino, são corolários das noções desenhadas e reproduzidas pela era moderna e, desde então, condicionam à exclusão tudo aquilo que não se adapta ao centro de suposta normalidade, por ser considerado ilegítimo e desviante. Acerca desta parcela da sociedade que não se encaixa nos moldes hegemônicos, Áran afirma que “torna-se incompreensível caso não corresponda a este sistema binário hierárquico e permanece como um excesso impossível de ser inscrito no âmbito simbólico” (ÁRAN, 2006, p. 10). Assim, inaugura-se uma operação violenta de eliminação daqueles considerados subvertidos. Diante dos seguimentos tão bem delineados acerca da sexualidade, por intermédio da naturalização do vínculo corpo e gênero, a transexualidade é taxada como uma subjetividade espúria e anormal, a qual, dentro do espectro de abjeção, supostamente pode ser violentada de todas as formas e, até mesmo, ser exterminada⁵ (ÁRAN, 2006).

Neste viés, a população transexual tem sido sistematicamente discriminada no Brasil. Verifica-se que a violação de direitos hu-

5 Conforme exposto em momento anterior deste trabalho, Zizek (*apud* FERREIRA, 2014) desenvolve três tipos de violência: a violência subjetiva; a violência objetiva; e, por último, a violência sistêmica. Nota-se que, contra a população LGBTI, praticamente todas as faces da violência são, hoje em dia, cometidas e reproduzidas no Brasil.

manos, decorrente da diversidade de orientação sexual e identidade de gênero, envolvem vários aspectos, desde a negação de estudo e oportunidades de emprego, até agressões físicas, a exemplo de estupros, torturas e homicídios. Conforme o Relatório sobre violência LGBTIfóbica no Brasil da Secretaria de Direitos Humanos, referentes ao ano de 2011, foram denunciadas 6.809 violações de direitos humanos contra LGBTI, sendo 1.713 vítimas e 2.275 suspeitos. Os dados revelaram ainda uma média de 4 violações sofridas para cada vítima, o que denota o desejo de extermínio não somente das vítimas, mas também de tudo que elas representam. Nesse sentido, um mesmo sujeito, além da violência física, por vezes também sofre violência psicológica, então concretizada por meio de ofensas contra a sua dignidade. Acresce-se a essas constatações o fato de existirem um maior número de suspeitos do que de vítimas, revelando que as violências contra a população LGBTI podem ser perpetradas por mais de um agressor. Segundo consta na Carta da Diversidade (2017), a

diferença é de 32,8%, o que sugere o caráter de violências cometidas por mais de um agressor ao mesmo tempo: grupos de pessoas que se reúnem para espancar homossexuais são um exemplo comum deste tipo de crime. Jovens LGBTI recusados pelos pais têm seis vezes maior incidência em depressão e tentam oito vezes mais cometer suicídio (Addressing the Needs of Older Lesbian, Gay Bissexual, and Transgender Adults - 2/18/2011, vol. 19). Tal cenário se torna ainda mais preocupante ao se levar em conta a subnotificação de dados relacionados às violências em geral, e a este tipo de violência em particular, de maneira semelhante ao que acontece com violências contra mulheres (MACHADO, 2000, BRASIL, 2011). As violações reportadas no relatório, não correspondem à totalidade das violências ocorridas cotidianamente contra LGBTI+, infelizmente muito mais numerosas do que aquelas que chegam ao conhecimento do poder público. Apesar da subnotificação, os números apontam para um aterrador quadro de violências LGBTIfóbicas no Brasil: foram reportadas 19 violações de direitos humanos de caráter LGBTIfóbico por dia. A cada dia, durante o ano de 2011, 5 pes-

soas foram vítimas de violência LGBTIhomofóbica reportada no país. Segundo a pesquisa desenvolvida pela ABGLT 2016, sobre a violência em ambiente escolar, 79% dos entrevistados já sofreram bullying, 60% se sentem inseguros e 37% já sofreram algum tipo de violência na escola.

Nota-se, a partir dos dados mencionados, que a violência praticada contra a população LGBTI envolve diversas esferas da vida em sociedade, desde o âmbito familiar, o que contribui para o cometimento de suicídios, até os espaços de convivência social, como nas instituições de ensino e no trabalho. Um dos vários reflexos desta exclusão generalizada encontra-se no levantamento realizado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) e coletado no sítio eletrônico *Quem a homotransfobia matou hoje?*. Somente no ano de 2016 foram registrados 343 mortes decorrentes da intolerância por motivo de orientação sexual e identidade de gênero. O cenário é ainda mais grave, haja vista que, além de ser o Estado que mais mata sujeitos transexuais e travestis no mundo, sendo 868 mortes entre 2008 e 2016, no Brasil, até o presente momento, meados de 2018, já foram contabilizadas 177 mortes. Até o mês de junho de 2018, inclusive, foram constatadas 77 mortes de sujeitos vítimas da LBGTIfobia. Registra-se que, proporcionalmente, mulheres travestis e transexuais são as mais vitimizadas, na medida em que, se comparado com os índices dos Estados Unidos, por exemplo, as brasileiras tem 9 vezes mais de chances de serem mortas do que as travestis e transexuais norte-americanas. Conforme estudos internacionais⁶, mais da metade dos homicídios que aconteceram contra transexuais no mundo ocorreram no Brasil.

Por sua vez, o ano de 2017 foi aquele com maior número de assassinatos da população LGBTI, tendo sido contabilizados 387 homicídios. A cada 19 horas constatou-se a morte de um sujeito motivado pela homotransfobia. Dos 387 assassinatos, 191 deles foram contra sujeitos transexuais. O que chama atenção nesses

6 Informação extraída do sítio eletrônico: <<https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-remembrance-2017/>>.

dados, além do crescimento numérico de mortes, foi o fato de que, havendo um contingente menor de sujeitos trans do que sujeitos gays, o risco de um sujeito transexual morrer vítima de transfobia foi proporcionalmente 22 vezes maior do que gays. A *causa mortis* dos assassinatos da população LGBTI segue a mesma tendência dos anos anteriores, em que predominou a utilização de arma de fogo. Importante destacar que 37% das mortes ocorreram dentro da própria residência da vítima, 56% em vias públicas e 6% em estabelecimentos privados. Ademais, em 2017, a média de assassinatos e mortes de LGBTI no Brasil foi de 2,47 por um milhão de habitantes, o que, se comparado com o ano anterior, representa um aumento de 0,78%.

É de se destacar que o cenário político atual, com a ascensão do Presidente da República Federativa do Brasil Jair Messias Bolsonaro e toda a sua forma conservadora de pensar e reproduzir, cria um ambiente favorável ao aumento dos índices de violência praticada contra a comunidade LGBTI, na medida em que muitos extremistas não apenas se identificam com o posicionamento conservador, mas igualmente se sentem, cada vez mais, amparados, estimulados e legitimados a agirem em consonância aos discursos de ódio⁷. Em 16 de outubro de 2018,

7 Tendo em vista a expressão “discurso de ódio”, a autora Riva Sobrado de Freitas e o autor Matheus Felipe de Castro asseveram que: “Na busca de um conceito operacional para o discurso do ódio (*bate speech*), observa-se que tal discurso apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais. Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado “diferente”, quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social. A esse respeito observa-se Thweatt (2001), em suas considerações sobre o discurso do ódio, ressaltar que, para além das discriminações de grupos minoritários, o foco central do ódio é a desvalorização do outro. Por outro lado, há que se pontuar o dano difuso provocado. Em verdade, ainda que um indivíduo seja referido nesse discurso haverá violência ao segmento social ao qual ele pertence, na sua integralidade. Trata-se, portanto, de um dano não divisível e difuso em sua abrangência (SILVEIRA, 2007). De outra parte, é possível observar que tal discriminação indica não apenas uma diferença, mas uma assimetria entre duas posições: uma supostamente superior, daquela que expressa o ódio, e outra inferior, daquele contra o qual a rejeição é dirigida. O objetivo pretendido é humilhar para amedrontar pessoas ou grupos sociais evidenciando que, por suas características específicas, eles não são dignos da mesma participação política (WALDRON, 2010). Calar, excluir e alijar são propósitos da manifestação do ódio” (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 18-19).

houve um assassinato brutal de um sujeito trans aos gritos de “Bolsonaro presidente!” e “com Bolsonaro a caça aos veados vai ser legalizada”. Logo, se entre 2000 a 2016 a média de vida de transexuais é de somente 27,7 anos, outra saída não há senão a resistência e a luta social para que a conjuntura regada a ódio e intolerância não agrave ainda mais os índices de violência praticados contra a diversidade sexual e de gênero.

Com base nos dados extraídos alhures, verifica-se que, no Brasil, há uma situação de extrema vulnerabilidade de sujeitos transexuais decorrente da profunda banalização do mal transfóbico. Tal banalização ancora-se em uma generalidade de sujeitos que têm em si introjetado um pseudodireito de agredir, ofender, discriminar e, até mesmo, matar sujeitos LGBTI, única e exclusivamente, pela orientação sexual e pela identidade de gênero fora dos padrões hegemônicos. Para piorar, há uma surpreendente tolerância da sociedade em relação àqueles que praticam crimes de natureza física ou verbal contra a população LGBTI. Isso se deve porque, além dos agressores se comportarem, por vezes, de maneira condizente ao que se exige na vida em comunidade, eles também estariam promovendo uma “limpeza” social ao aniquilarem aqueles considerados subversivos e desviantes.

Conclui-se, pois, aqui, que a omissão estatal frente à transfobia – assim comprovada pela falta de devida apuração e de punição de “estupros corretivos”, mortes truculentas e agressões em locais públicos e privados contra transexuais, consagra a banalização da transfobia presente não apenas na realidade social, mas também, e principalmente, observada no âmbito do Legislativo. A partir dessas constatações, esse artigo passa a dedicar-se à análise dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que, amenizando a omissão inconstitucional do Legislativo ao exercerem um papel contramajoritário, decidiram pela garantia de direitos mínimos existenciais à comunidade transexual.

4. O papel contramajoritário do Judiciário no Brasil

O constitucionalismo contemporâneo representa uma resposta às atrocidades cometidas por propostas totalitárias, como o fascismo e o nazismo, motivo porque tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. No Brasil, especificamente, o constitucionalismo democrático, marcado pelo advento da Constituição de 1988, foi e permanece, até então, uma ideologia vitoriosa do século XX, desde que derrotou vários projetos de um Estado autoritário, intolerante e, por vezes, violento. Nessa linha, o Estado Democrático de Direito perfaz a articulação de noções que tiveram percursos históricos diversos, mas que se conjugaram de modo a construir um poder limitado e subordinado aos direitos fundamentais, o Estado de Direito, e a promover a soberania popular por intermédio de um governo representativo da vontade da maioria do povo, a Democracia⁸. Portanto, o constitucionalismo democrático consubstancia-se em uma organização social de sujeitos livres e iguais que cooperam entre si e é sustentado pelo respeito às normas fundamentais e pelo autogoverno popular.

É de fundamental importância destacar a ausência de seriedade em relação à concretização das normas constitucionais que distinguem o constitucionalismo hodierno daquela Constituição de 1824. De fato, preconizava-se que «a lei é para todos», contudo, privilégios da nobreza, o voto censitário, o regime escravocrata e a exclusão das minorias eram mantidos sem o menor constrangimento ou senso crítico social. Por sua vez, a Carta de 1969, outorgada pelo Ministro da Marinha de Guerra do Exército e da Aeronáutica Militar, garantia um extenso rol de liberdades públicas ineficazes e iludia os trabalhadores com um elenco

8 A democracia, tradicionalmente, era vista em seu sentido formal, associada à vontade da maioria. Hoje em dia, tem-se uma dimensão material. A democracia não se esgota na ideia de vontade da maioria e pressupõe, igualmente, a garantia de direitos básicos para todos, inclusive para as minorias. Além disso, na democracia atual existe uma ampliação nos mecanismos de participação popular direta, a exemplo do plebiscito, referendo, iniciativa popular etc.

de direitos não factíveis, a exemplo de «clínicas de repouso» e «colônias de férias». Nota-se, aqui, um contexto de desvios, inverdades e disfarces. Neste regime militar, a falta de normas constitucionais revela a grave disfunção do constitucionalismo brasileiro, o qual promovia estamentos dominantes de poder e, por conseguinte, refratava uma real democracia.

A Constituição de 1988 está, de fato, sujeita a imperfeições e transformações. Tendo como base o cenário de superação de duas décadas ditatoriais, observa-se que o Poder Constituinte evidenciou notória participação popular, denotando um caráter democrático. Como corolário, também se percebe que a abertura social implicou um texto constitucional com uma vasta mistura de reivindicações de trabalhadores e de categorias econômicas. Os referidos interesses múltiplos desembocaram, no entanto, em um ordenamento heterogêneo e oscilante quanto à qualidade técnica e à prevalência do interesse público (BARROSO, 2013). Há de se destacar, pois, um conteúdo prolixo, analítico e, por vezes, corporativo e casuístico, habituado a emendas, inclusive no Ato de Disposições Transitórias (ADCT). Sobre o tema, o professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso aduz que:

A Constituição brasileira, portanto, trata de assuntos demais, e o faz de maneira excessivamente detalhada. Tais características produzem duas consequências negativas bastante visíveis. A primeira: como tudo o que é relevante está lá, quaisquer alterações na trajetória política – sejam em questões econômicas, tributárias, previdenciárias ou outras – acabam dependendo de emendas constitucionais. Isso dificulta o exercício do poder pelas maiorias políticas, haja vista que a todo momento é preciso quorum qualificado de três quintos para a mudança do texto constitucional. A legislação ordinária, como se sabe, depende apenas de maioria simples. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária se faz por meio de emendas constitucionais. Tal fato gera dificuldades intuitivas, pois impõe negociações políticas permanentes, com as sequelas fisiológicas daí advindas. A segunda consequência negativa é facilmente previsível: o nú-

mero espantoso de emendas à Constituição, um recorde mundial. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência do texto constitucional e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política (BARROSO, 2013, p. 3).

Considerando o texto da Constituição da República de 1988 como extenso e minucioso, o que pode dificultar a efetividade de suas normas jurídicas e valores consagrados no tocante às matérias materialmente constitucionais, isto é, aquelas que regulam os aspectos fundamentais da vida do Estado⁹, reconhece-se uma importante estabilidade institucional no Brasil. As normas de organização estatal e a definição sobre os direitos fundamentais, embora haja uma constante conjuntura de desenvolvimento econômico e social, não foram substancialmente afetadas. Indo adiante, a indagação que emerge a partir dessas noções introdutórias diz respeito à materialização de insinceridades normativas, porquanto transparecidas no descompromisso político com o cumprimento dos princípios e regras traçadas na Constituição (BARROSO, 2013). Em busca de uma efetivação de valores e ideologias estabelecidos na Constituição, torna-se primordial uma ordem jurídica capaz de promover e garantir mecanismos de tutela por intermédio de aparatos jurídicos próprios e da atuação concreta do Judiciário. Acerca deste assunto, Barroso assevera que:

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter atuação decisiva na realização da Constituição. A doutrina da efetividade

9 Em outras palavras, as matérias materialmente constitucionais são aquelas que dispõem sobre a forma de Estado, forma de governo, estrutura do Estado, organização do Poder e os direitos fundamentais. As normas formalmente constitucionais são aquelas que, independentemente do conteúdo, encontram-se contidas no texto constitucional escrito, rígido e elaborado pelo Poder Constituinte.

serviu-se, como se registrou acima, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, como a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e o mínimo existencial (BARROSO, 2013, p. 6).

Nesse sentido, a supremacia constitucional compreende que todo o ordenamento jurídico brasileiro deve ser lido sob as lentes da Constituição, de modo a concretizar os valores nela consagrados. Em outros termos, a constitucionalização pressupõe um efeito irradiante das normas constitucionais a todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação jurídica à uma interpretação constitucional. Esta, tradicionalmente, consubstancia-se nos aspectos gramatical, teleológico, histórico e sistemático. Além disso, também existem os princípios metodológicos de desempenho do intérprete, quais sejam, a supremacia da Constituição, a razoabilidade - proporcionalidade, a presunção de constitucionalidade, a interpretação conforme¹⁰ e a efetividade. Com o passar do tempo, a interpretação constitucional tradicional deu espaço a uma interpretação que vislumbra o atendimento de demandas de uma sociedade que se torna cada vez mais complexa e plural. A ascensão do Direito Público, a centralidade da Constituição, a emergência do pós-positivismo¹¹ e, ainda, a superação do formalismo jurídico configuram reflexos de um novo ambiente social, demasiadamente diversificado (BARROSO, 2013).

10 O princípio da interpretação, conforme foi criado pela jurisprudência alemã, se aplica à interpretação das normas infraconstitucionais (e não da Constituição propriamente dita). Trata-se de uma técnica interpretativa cujo objetivo é preservar a validade das normas, evitando, assim, que elas sejam declaradas inconstitucionais. Ao invés de se declarar uma determinada norma inconstitucional, o Judiciário deve buscar dar-lhe uma interpretação que a conduza à constitucionalidade.

11 Considerando o pós-positivismo, nota-se que neste marco reconhece a centralidade dos direitos fundamentais e reaproxima o Direito e a Ética. Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha relevância, assim como almeja a concretização dos direitos fundamentais e a garantia de condições mínimas de existência aos indivíduos. Ademais, há um processo de constitucionalização de direitos, em que a Constituição ganha forte conteúdo axiológico.

Ocorre, todavia, a respeito dos direitos fundamentais, que o Legislativo tem se mostrado ineficiente perante temas fraturantes, como no caso do aborto de bebês anencéfalos, casamento de sujeitos do mesmo sexo, reivindicações do movimento LGBTI, entre outros. Existem vários projetos de lei, por exemplo, que objetivam reconhecer direitos e estabelecer sanções contra a discriminação da diversidade sexual e de gênero, mas que jamais foram aprovados pelos trâmites legislativos. Diante desta incapacidade do Legislativo em oferecer respostas e regras gerais às demandas sociais, mormente àquelas que envolvem grupos minoritários, estas são levadas ao Judiciário. Exercendo um papel contramajoritário, ele passa a garantir a efetividade de normas constitucionais e a concretização de direitos fundamentais a todos aqueles que historicamente e socialmente foram subalternizados. Sobre o tema, Santos pontua que

muitas das decisões judiciais protagônicas acabam por consagrar princípios e normas constitucionais para além ou ao contrário do está estabelecido na lei ordinária. No caso brasileiro, um bom exemplo dessa intervenção judicial está na proteção jurídica alcançada por casais homoafetivos. Nesse caso, aplicando o princípio constitucional da igualdade, as decisões judiciais têm atribuído direitos aos companheiros homossexuais a despeito da inexistência de uma lei específica que tutele seus interesses (SANTOS, 2007, p. 20).

Importa dizer, porém, que decisões judiciais que se afastam do Direito positivado somente devem ocorrer quando se configurarem como única alternativa de efetivação de garantias fundamentais. O eventual excesso no protagonismo dos tribunais superiores não somente inaugura um espaço novo e desvinculado das instituições representativas, mas também coloca em cheque o aparato normativo previsto no princípio da separação dos poderes, especialmente no que tange ao sistema de freios e contrapesos entre as faces do Poder (CITTADINO, 2003). Não bastasse, registra-se que a exacerbada atuação do Judiciário, para além de

um instrumento de efetivação de normas constitucionais, pode desembocar em ações que anulam conquistas políticas e avanços democráticos em prol de setores conservadores. Nesse contexto, é preciso distinguir a judicialização e o ativismo judicial. Este tem a ver com certa descrença com a política majoritária, enquanto a judicialização reconhece a imprescindibilidade de um Judiciário forte e independente para a proteção de direitos fundamentais, inclusive para os grupos sociais vulneráveis, como os grupos de transexuais¹². Acerca da aludida distinção, Barroso sinaliza que:

No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização. A esse contexto ainda se soma o número elevado de pessoas e entidades que podem propor ações diretas perante o STF. A judicialização ampla, portanto, é um fato, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo,

12 A atuação exacerbada do Judiciário pode gerar o que se denominou como efeito backlash. Trata-se, segundo George Marmelstein, de "uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo. O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão. O efeito backlash pode gerar dúvidas sobre os reais benefícios da jurisdição constitucional na luta pela implementação de direitos fundamentais. Ou seja, mesmo aqueles que advogam teses liberais devem ter consciência dos riscos decorrentes da imposição forçada de uma solução pró-direitos fundamentais na via judicial" (MARMELSTEIN, 2015, p. 2).

é o ativismo judicial. O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas, além dos casos já mencionados, envolveram a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Todos esses julgamentos atenderam a demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo. Registre-se, todavia, que apesar de sua importância e visibilidade, tais decisões ativistas representam antes a exceção do que a regra. A decisão do STF sobre as pesquisas com células-tronco, ao contrário do que muitas vezes se afirma, é um exemplo de autocontenção. O Tribunal se limitou a considerar constitucional a lei editada pelo Congresso (BARROSO, 2013, p. 16).

Partindo da ideia de que a atuação contramajoritária do Judiciário diz respeito a demandas sociais não supridas pelo Legislativo, a visibilidade da população transexual, na medida em que o ordenamento jurídico pátrio se encontra positivado nos limites do binarismo de gênero, depende de um importante exercício hermenêutico constitucional e de uma percepção deste grupo como formado por seres humanos dotados de direitos e deveres. Assim, a escassez de uma política minimamente razoável no atual cenário brasileiro demanda cada vez mais que juízes e tribunais atuem ativamente na garantia de direitos básicos aos sujeitos transexuais. Se as legislações constitucionais e infraconstitucionais, em suas literalidades, estão escritas atribuindo ao homem e à mulher apenas direitos e obrigações, faz-se necessária uma interpretação integral e semântica dos princípios e valores preconizados na Constituição e, por conseguinte, impregnados em toda a legislação infraconstitucional, a fim de que a transexualidade seja percebida como um fenômeno existente e possível na sociedade.

As decisões judiciais acerca da utilização de banheiros públicos e privados conforme a identidade de gênero, bem como da possibilidade de retificação do nome de registro mesmo sem ter feito a cirurgia de redesignação sexual ou, ainda, da aplicação

da Lei 11.340/2006 para sujeitos transexuais, são situações que demonstram a importância do papel contramajoritário do Judiciário como mecanismo de concretização de normas constitucionais fundamentais. Dessa forma, o presente trabalho passa à análise das mencionadas decisões e seus fundamentos, trazendo, anteriormente, todos os procedimentos metodológicos utilizados na pesquisa até então.

4.1. Principais julgados do STF e do STJ que dizem respeito à transexualidade

O Supremo Tribunal Federal, entre o período de 2014 e 2015 - período assim delimitado porque foi aquele em que estavam presentes os remédios jurídicos precípuos sobre a transexualidade -, divulgou decisão em sede de Agravo no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral - Santa Catarina nº 845.779 - e proferiu decisão no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral - Rio Grande do Sul nº 670.422. O primeiro julgado é sobre a violação da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade decorrente da proibição do uso do banheiro em estabelecimento comercial conforme a identidade de gênero. O segundo julgado, por sua vez, diz respeito à possibilidade de alteração do prenome sem a exigência de realização da cirurgia de transgenitalização. Diante dessas decisões, a presente dissertação busca, agora, esmiuçar os principais jurídicos e fundamentos que respaldaram cada veredicto. Para tanto, utiliza-se o inteiro teor de cada julgado extraído do sítio eletrônico do próprio Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao RE nº 845.779/SC, a decisão do Agravo de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso decidiu, inicialmente, que constitui questão constitucional saber se o sujeito deve ou não ser tratado socialmente segundo o gênero ao qual se identifica socialmente, ainda que tal gênero seja diverso daquele atribuído pela cultura ao seu corpo físico. Por meio do mencionado

Agravo, restou definido que o presente Recurso Extraordinário é de Repercussão Geral, uma vez que, além de envolver discussão sobre o alcance dos direitos fundamentais à minoria transexual, também não perfaz um caso isolado no território nacional, mas, ao revés, tem alta relevância social. Dessa forma, o Ministro Relator inicia o julgamento situando que o Recurso buscava a reforma do acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que descon siderou a existência do ato ilícito na abordagem da segurança do estabelecimento comercial que retirou à força uma mulher transexual do banheiro feminino, afirmando tratar-se a situação de um mero dissabor e, por conseguinte, sem o dever de indenizar.

A princípio, o Ministro Luís Roberto Barroso pontua que o caso em análise envolve uma projeção social da identidade sexual do sujeito, o que está intrinsecamente ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade - artigo 1º, inciso III, e 5º, incisos V e X. Nesse sentido, decidiu-se que o tema não pode ser reduzido à mera demanda patrimonial de responsabilidade civil. Além disso, Barroso assevera que a essencialidade do assunto e seu impacto no tratamento social dos grupos afetados justificam a manifestação do Supremo Tribunal Federal. Com base nos fundamentos apresentados no julgamento do Agravo, Barroso entende pelo caráter constitucional e pela Repercussão Geral da questão, uma vez que a decisão poderá diretamente interferir na aplicação e interpretação de normas constitucionais. Salienta-se que o Ministro Marco Aurélio se manifestou contrariamente à adequação do instituto da Repercussão Geral, sustentando, em síntese, a súmula 279 e a impossibilidade de reanálise de documentos fáticos probatórios. Por fim, em 14 de novembro de 2014, o Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, decidindo pela existência de Repercussão Geral. No tocante ao mérito do Recurso, na data de 19 de novembro de 2015, após os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso, Relator, e Edson Fachin, dando provimento ao recurso, o

Ministro Luis Fux pediu vista dos autos, de forma que o processo se encontra concluso ao Relator desde o dia 9 de julho de 2018.

Por outro lado, o RE 670.422 RS c/c ADI 4275 já teve a decisão de mérito julgada. Inicialmente, entende-se fundamental a exposição literal dos dizeres proferidos pela advogada Dra. Gisele Alessandra Schmidt e Silva perante o Supremo Tribunal Federal, que atuou, na ocasião, como representante do Grupo Dignidade e Cidadania de Gays e Lésbicas e Transgêneros em busca da autorização da retificação dos registros civis sem a exigência da cirurgia de transgenitalização. Conforme os termos da Dra. Gisele:

Essa primeira sustentação oral que eu faço nesses meus dois anos de advocacia e ela acontece justamente na Suprema Corte do nosso país. Sinto que estou fazendo história, mas se eu estou aqui perante Vossas Excelências é porque sou uma sobrevivente. Sobrevivi ao apedrejamento moral e físico, à proibição de sair na rua e nos espaços públicos, mesmo que a luz do dia, a mendicância e ao sepultamento de indignância, como acontece com a maioria das pessoas trans brasileiras, sem que, mesmo neste momento de tão extremo de morte tenham merecido respeito ao nome e ao gênero com o qual se identificam. Não somos doentes como pretende a classificação internacional de doenças, não sofro de transtorno de identidade de gênero e identidade sexual. Sofro dentro de uma sociedade cheia de preconceitos historicamente arraigados contra nós, nossos corpos e nossos corpos tido como abjetos. Não há no nosso ordenamento jurídico a regulação do procedimento de retificação de prenome e designativo de sexo para pessoas trans. Esse vácuo normativo nos lança a toda sorte de interferências e condicionamentos para alcançar esse direito, quando ele nos é negado ao final de anos em processos judiciais custosos no ponto de vista emocional e financeiro. Somos obrigadas a demonstrar certo padrão de feminilidade ou de masculinidade que varia ao sabor da subjetividade que esses conceitos encerram. Muitas vezes se nos permitem alterar o designativo do nome, não nos permitem alterar o designativo do sexo. Temos que obter um laudo médico que ateste termos um transtorno mental. Somos ouvidas pela Justiça e pelo Ministério Público, também são ouvidas teste-

munhas e nossas memórias e intimidades são escrutinadas através de fotografias que demonstrem ser quem dizemos ser. Tudo para provar que nossa identidade não é um delírio. Somos acusados de adjudicar direitos de terceiros ou de fugir de dívidas. Somos obrigadas a uma violenta intervenção em nossos corpos, mesmo quando não desejamos. É esta uma vida digna, livre, que recebe igual consideração? Assim, encerro pedindo a esta Corte que julgue parcialmente procedente o pedido inicial para reconhecer o direito à retificação no prenome e designativo de sexo às pessoas trans sem a necessidade de se submeter a uma cirurgia de transgenitalização, afastando as condicionantes propostas pela Procuradoria Geral da República [...] (BRASIL, 2017).

Após a emblemática sustentação oral transcrita acima e o encerramento de toda a instrução probatória, o RE 670.422 RS c/c ADI 427 foi julgado por maioria e nos termos do voto do Relator do Supremo Tribunal Federal em 15 de agosto de 2018. Restou definido que o transgênero¹³ tem o direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do sujeito, que poderá exercer a faculdade de alteração tanto pela via administrativa como pela via judicial. Na ocasião, a divergência nos votos dos Ministros ocorreu no tocante aos pressupostos exigidos para a mudança de nome e do gênero no registro civil e, ainda, acerca da necessidade de autorização judicial para a mencionada alteração. Foram vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio, no que concerne ao laudo médico e idade mínima de vinte e um anos, e os Ministros Gilmar Mendes, Lewandowsky e Alexandre de Moraes, os quais decidiram pela necessidade de autorização judicial.

O Ministro Celso de Mello inicia o seu voto realizando uma alusão aos Princípios de Yogyakarta (2006), os quais determinam

13 Conforme a diferenciação já trazida no capítulo 2, vale dizer que o designativo transgênero utilizado no decorrer do RE 670.422 RS c/c ADI 427 é o que, na verdade, entende-se, nesta dissertação, como o sujeito transexual.

que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sendo certo que a proteção da orientação sexual e da identidade de gênero é essencial para o exercício de uma vida digna e plena, não devendo ser motivo para discriminação e abuso. Nesse sentido, o Ministro afirma que é preciso, para garantir por decisão judicial, um estatuto de cidadania, na medida em que ninguém deve sofrer restrições ou ser privado de direitos por conta de sua identidade de gênero. Isso significa que o quadro de liberdades fundamentais do Estado brasileiro não pode provocar a exclusão jurídica de grupos minoritários, mas, ao revés, devem traduzir o reconhecimento e receber igual proteção atribuída aos grupos majoritários. Assim, o Supremo Tribunal Federal, velando pela integridade e consagração de valores de liberdade, igualdade e não discriminação, deve decidir de modo a cessar o estado de invisibilidade e marginalização imposto desde a modernidade àqueles que escapam aos padrões hegemônicos, como no caso dos transgêneros. Fundado em valiosa hermenêutica construtiva e emancipadora e em princípios fundamentais, inclusive o direito à busca pela felicidade, decidiu-se pela legitimidade ético-jurídico do procedimento de adequação dos dispositivos registrais quanto ao nome e ao gênero de sujeitos transexuais, sendo prescindível a realização dos procedimentos de redesignação sexual. O afastamento da necessidade da cirurgia correlata, segundo o Ministro, se deve porque não é o procedimento cirúrgico que define o sujeito à condição de transgênero. Ademais, os votos dos outros Ministros vencedores seguiram a mesma linha jurídica e argumentativa, afastando a exigência de laudo médico, idade mínima e autorização judicial.

Com base nos fundamentos colacionados que decidiram pela possibilidade de retificação dos registros sem a exigência da adequação do sexo, verifica-se a força normativa dos princípios constitucionais e a importante atuação do Supremo Tribunal Federal quanto ao fortalecimento da jurisdição constitucional e quanto à plena realização dos aspectos de alto relevo social expressos

e implícitos na Constituição. Além disso, os julgamentos também refletem o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, especialmente ao desempenhar, na esfera do Estado Democrático de Direito, a efetivação da proteção às minorias. Em outros termos, nota-se claramente o relevante papel da Suprema Corte diante dos excessos da maioria e em face da inércia inconstitucional do Estado decorrente principalmente das omissões legislativas, as quais ocasionam efeitos perversos de preconceito, discriminação e exclusão da ordem jurídica.

O REsp 1.626.739/RS, julgado em 9 de maio de 2017, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, também decidiu pela possibilidade de retificação de registro de nascimento para a troca de prenome e do gênero escolhido, sendo desnecessária a exigência da cirurgia de transgenitalização. A questão principal aqui definida diz respeito ao fato de que, anteriormente, havia decisões que entendiam pela necessidade de realização da adequação do sexo e também pelo entendimento de que apenas seria factível a alteração do prenome sem alteração do gênero nos documentos pessoais¹⁴. É relevante pontuar que o recurso do ano de 2017 foi integralmente provido a fim de julgar procedente a pretensão acostada na inicial, assinalada em determinação judicial. Os principais argumentos que sustentaram a decisão estão relacionados à garantia das condições existenciais mínimas para uma vida digna, de modo a preservar a individualidade e a autonomia do sujeito transexual. Sob essa ótica, os direitos fundamentais de liberdade, desenvolvimento e expressão da personalidade humana, reconhecimento perante a lei, intimidade e privacidade, todos decorrentes do princípio irradiante da dignidade da pessoa humana, ancoram a decisão que viabilizou a retificação do prenome e do gênero. Por fim, a decisão menciona que o gênero atribuído na primeira infância, pautado nas caracte-

¹⁴ O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar situações similares acerca de sujeitos transexuais, permitia a alteração dos registros àqueles que haviam feito a cirurgia de adequação do sexo - REsp 1.008.398/SP e REsp 737.993/MG, ambos do ano de 2009.

terísticas morfológicas do sujeito, não pode suprimir o aspecto psicossocial defluente das identidades de gênero do sujeito transexual, ainda que não tenha sido feito nenhum procedimento cirúrgico de adaptação corporal (BRASIL, 2017).

O REsp nº 1.561.933/RJ, julgado em 2018, ratifica os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de sorte que a controvérsia sobre a possibilidade de alteração do gênero de masculino para feminino, e vice-versa, deu espaço à perspectiva de mudança dos registros civis ainda que o sujeito transexual não tenha passado por qualquer procedimento cirúrgico, uma vez que a manutenção do formato anterior pode gerar situações vexatórias e constrangedoras. Posteriormente à exposição desta última decisão e de posse de todos os principais argumentos que promoveram o reconhecimento dos sujeitos transexuais como sujeitos de direitos, o presente trabalho inicia a análise das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais estaduais e regionais no que toca à aplicação da Lei 11.340/2006 a transexuais em contexto de violência doméstica e familiar.

5. Considerações finais

O advento da Constituição da República de 1988 consolida o projeto democrático no Brasil, promovendo a abertura discursiva sobre temas que antes se encontravam ocultados. Os desacordos morais presentes nas relações sociais e nos debates políticos são próprios do fenômeno democrático, de modo que uma eventual polarização deve figurar na política institucional brasileira, ainda que existam desacordos acerca de temas fundamentais. Nesse ponto, vale dizer que a Constituição não é, e nem pode ser tida, como um processo estagnado de surgimento de um Estado, governo e povo em um momento único e já finalizado. Ao revés, a Constituição de 1988 propõe um projeto para o futuro e aberto à inclusão de novos direitos e novos sujeitos.

Nesse contexto, a falta de compreensão da Constituição como uma proposta inacabada e em constante transformação, acaba por consagrar o positivismo jurídico, supostamente neutro, como uma qualidade do Direito. E mais, contribui para que a face do Poder Legislativo não promova o debate político sobre questões controversas e fundamentais para o reconhecimento de determinados sujeitos historicamente invisibilizados pelas normas jurídicas impostas. A corrosão da democracia insurge exatamente quando há a privação, a omissão e a violação de direitos, como ocorre no caso da negativa de reconhecimento. Este só ocorre, na verdade, na medida em que os sujeitos percebem que suas concepções de vida boa são tão plausíveis quanto outras na estrutura da sociedade, cenário em que todos se sentem autores e destinatários das decisões políticas fundamentais (SILVA; BAHIA, 2015). A construção de uma sociedade efetivamente justa, livre, igualitária e despida de preconceitos enseja a interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais conforme o excelso possível de formas de ser, estar e se relacionar no mundo.

O Estado Democrático de Direito emerge como uma resposta plausível às dificuldades de reconhecimento, porquanto “toma a heterogeneidade, o pluralismo e a diversidade não apenas como dados, mas como elementos essenciais, justamente para a Constituição do Estado e para a garantia e a efetividade dos direitos fundamentais” (SILVA; BAHIA, 2015, p. 6). Assim, denota-se a possibilidade de respeito e visibilidade da comunidade transexual, visto que avança sob as perspectivas da igualdade formal e material para aquela que vislumbra o viés da preservação da diferença. É exatamente isso que se espera de uma Constituição realmente cidadã, a qual preconiza a ampla garantia de direitos fundamentais para todos.

6. Referências

ÁRAN, M. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Revista Ágora*. Rio de Janeiro: v. IX, n. 1, p. 49-63, 2006.

ÁRAN, M.; MURTA, D.; Zaidhaft, S. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. *Psicologia & Sociedade*. Rio de Janeiro, 2008, p. 70-79.

ABLGT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos. Disponível em: < <https://www.ablgt.org/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BAHIA, A. M. F. M. A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. *Revista de informação legislativa*. Brasília: v. 47, n. 186, p. 89-106, 2010.

_____. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. In: CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. (orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 73-98, 2014.

_____. Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: v. 18, n. 116, p. 481-506, 2017.

BARROSO, L. R. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. *Juris Plenum: Direito Administrativo*. Caxias do Sul: v. 4, n. 14, p. 141-164, 2017.

BENTO, B. A. M. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2006.

_____. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. *Revista Contemporânea - Revista de Sociologia da UFSCar*. São Carlos: v. 4, n. 1, p. 165-182, 2014.

_____. *O que é Transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BRASIL. *Assembleia Geral da OEA sobre a Resolução sobre os direitos das pessoas LGBT*. Disponível em: <otdchile.org/assembleia-geral-da-oea-aprova-resolucao-sobre-os-direitos-das-pessoas-lgbtis/>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. *Código de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. *Carta da Diversidade - Plataforma Nacional dos Direitos Humanos e de Cidadania das Pessoas LGBTI+ na Agenda Legislativa e de Litigância estratégica*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/noticia/2017/64955/minuta_da_carta_da_diversidade_plataforma_direitos_lgbti.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. *Código de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. *Código de Direito Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. *Código de Direito Processual Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 8.272 de 28 de abril de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Decreto/D8272.htm>. Acesso em: 6 jun. 2017.

BRASIL. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <http://www.faap.br/responsabilidadesocial/pdf/carta_onu.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 1561933. Relator: Ministro Paulo Társo Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75944354&num_registro=201500444061&data=20180423&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago 2018.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 1626738/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transexuais&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 ago 2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28TRANSEXUAIS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7dpqsf>>. Acesso em: 10 ago 2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus nº 126.107/DF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+126107.NUME.%29+E+S.PRES.&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/kmde8ts>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 670.422. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7302788>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 845.779. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4657292>>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 4.275. Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. 1ª Turma Recursal Recurso em Sentido Estrito. Disponível em: <file:///C:/Users/FABIANE/Downloads/1089057%20(2).pdf>. Acesso em 3 jul. 2018.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. 1ª Vara Criminal, de atos infracionais da infância e da juventude e de cartas precatórias criminais da Comarca de Alfenas - MG Sentença. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/downloadArquivo.do?sistemaOrigem=1&codigoArquivo=3891091&hashArquivo=c63af90648064eb73facf8ec1b8ff0be>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. 9ª Câmara de Direito Criminal Comarca de São Paulo - Mandado de Segurança. Disponível em: <file:///C:/Users/FABIANE/Desktop/TJSP_AcordaoMS_0810210LMPtrans.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2018.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. I Juizado Especial Criminal de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/juiz-rj-autoriza-medida-protetiva.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

BRIGAGÃO, C. MELLO, V. C. (orgs) *Diplomacia Cidadã: panorama brasileiro de prevenção de conflitos internacionais*. Rio de Janeiro: Gramma, 2006.

BRITZMAN, D. P. *O que é esta coisa chamada amor - Identidade homossexual, educação e currículo*. *Educação e Realidade*. V. 21, n. 1, p. 71-98, 1996.

BUNCHAFT, M. E. *A Jurisprudência Brasileira da Transexualidade: uma reflexão à luz de Dworkin*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2013.

BUTLER, J. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

_____. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York, Routledge, 1990.

CITTADINO, G. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, L. W. *A democracia e os três poderes*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2003, p. 17-42.

FREITAS, R. S.; CASTRO, M. F. *Liberdade de Expressão e Discurso de ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão*. *Sequência*. Florianópolis, n. 66, p. 327-355, 2013.

GGB - GRUPO GAY DA BAHIA. Disponível em < <http://www.ggb.org.br/welcome.html> >. Acesso em: 21 abr. de 2018.

GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. *O Brasil e o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos*. Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, 2005. Disponível em: <http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/o_brasil_e_o_sistema_interamericano_de_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

GUSTIN, M. B. S. *(Re) pensando a pesquisa jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARMELSTEIN, G. *Efeito backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial*. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Disponível em <<https://nacoesunidas.org/conheca/>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Disponível em <http://www.oas.org/es/centro_noticias/fotonoticia.asp?sCodigo=FNC-94314>. Acesso em 18 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolução n° 2435. Disponível em <<https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ppl-gbt-180.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolução n° 2504. Disponível em <scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_13/AG06082P04.doc>. Acesso em: 18 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolução n° 2600. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj1kpbp0N7bAhWIF5AKH-Z0FAMcQFgg5MAM&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fpt%2Fcouncil%2Fcajp%2Ftopics%2Fdip.asp&usg=AOvVaw1EceSRAfucD2Lq7DwxySF_>. Acesso em: 18 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolução n° 2653. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiwx56I0d7bAhUIH5AKHb-JqBxoQFgg2MAI&url=http%3A%2F%2Fscm.oas.org%2Fdoc_public%2FPORTUGUESE%2FHIST_14%2FCP33153P02.doc&usg=AOvVaw0E_RfOCioubF_KRmivbME0>. Acesso em 18 de jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolução n° 2721. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwj8mKi10d7bAhUCg5AKHe-BKD5QQFgg0MAI&url=http%3A%2F%2Fscm.oas.org%2Fdoc_public%2FPORTUGUESE%2FHIST_14%2FCP33153P02.doc&usg=AOvVaw0E_RfOCioubF_KRmivbME0>. Acesso em: 18 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolução nº 2807. Disponível em < http://www.oas.org/pt/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf >. Acesso em: 18 jun. 2018.

PERES, W. S. Cenas de Exclusões Anunciadas: travestis, transexuais, transgênero e a escola brasileira. In: JUNQUEIRA, R. D. (org.). *Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre homofobia nas escolas*. Brasília: Ministério da Educação, UNESCO, 2009.

QUEM A HOMOTRANSFOBIA MATOU HOJE? Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

RODRIGUES, A.; ROCON, P. C.; PEDRINI, M. D. Racismo/Sexismo e o Extermínio da população LGBTI: o que os discursos pastorais/políticos e cristãos e das escrituras como “lei” tem a nos dizer? *Dimensões Revista de História da UFES - Relações de Poder e de Gênero*. Vitória, n. 36, p. 136-160, 2016.

RODRIGUES, B. A. *A despatologização da transexualidade e o processo transexualizador como um direito fundamental*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília.

SANTOS, A. C. Heteroqueers contra a heteronormatividade: notas para uma teoria queer inclusiva. In: *Congresso Heteronormativity - A Fruitful Concept?*, Department of interdisciplinary Studies of Culture, Norwegian University of Science and Technology. *Anais*. Trondheim: Universidade de Dublin, 2005, p. 1-12.

SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2009. Disponível em: <http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boaventura.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

SANTOS, B. S. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. *Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências*. Disponível em < http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia_das_ausencias.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: ____ (org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 11-32. Disponível em

<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 13 jun. 2017.

SANTOS, L. M. T. O que é transexualidade? In: RAMOS, M. M.; NICOLI, P. A. G.; BRENER, P. R. G. (orgs.). *Gênero, Sexualidade e Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Initia Via Editora Ltda, 2016, p. 108-116.

SILVA, B. P. *A efetividade da proteção da identidade de gênero e do nome da pessoa transexual: análise de constitucionalidade e convencionalidade*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

SILVA, D. B.; BAHIA, A. G. M. F. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: v. 60, p. 177-207, 2016.

SILVA, G. S. *Sustentação Oral RE 670.422 RS c/c ADI 4275*. 2017. 3 min. Disponível em <https://www.facebook.com/justificando/videos/sustenta%C3%A7%C3%A3o-oral-hist%C3%B3rica-de-gisele-alesandra-schmidt-e-silva/1441586879266479/>. Acesso em: 10 out. 2018.

TANNURI, C. A.; HUDLER, D. J. A aplicação da Lei Maria da Penha como forma de proteção às transexuais femininas: uma questão de gênero e dignidade. In: *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 12, p. 95-111, 2015.

TORRES, M. M. Direito fundamental à diferença. *Revista Eletrônica do CEAF* Porto Alegre: v. 1, n. 2, p. 1-23, 2012.

TORRES, M. A. *A emergência de professoras travestis e transexuais na escola: heteronormatividade e direitos nas figurações sociais contemporâneas*. 2012. Tese (Doutorado em Psicologia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

WISNIEWSKI, A. P. R. *A legitimidade das identidades de gênero não binárias e o reconhecimento de suas demandas como reivindicações de direitos humanos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale dos Rios Sinos, São Leopoldo.

WOODWARD, K. Identidade e diferença: uma introdução teórico e conceitual. In: SILVA, T. T. *Identidade e Diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 7-67.

ŽIŽEK, S. Violência: seis reflexões laterais. Trad. Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014. Resenha de: FERREIRA, M. *Revista de Políticas Públicas*, v. 18, n. 2, p. 539-542, 2014.

Artigo recebido em 03/06/2019

Artigo aprovado em 08/07/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200010

56 - 91

Artigo

**DEMOCRACIA:
UM ENSAIO TEÓRICO SOBRE SUAS
PRINCIPAIS CONCEPÇÕES**

JIMMY MATIAS NUNES

DEMOCRACIA: UM ENSAIO TEÓRICO SOBRE SUAS PRINCIPAIS CONCEPÇÕES

DEMOCRACY: A THEORETICAL STUDY ABOUT ITS MAIN CONCEPTIONS

JIMMY MATIAS NUNES

Bacharel em Direito

Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

jimmymnunes@gmail.com

RESUMO: A democracia é um fenômeno que comporta uma múltiplas definições, a depender de aspectos históricos, contextuais, jurídicos, temporais, entre outros. Vários teóricos se debruçaram sobre o tema e buscaram oferecer um conceito que pudesse servir de parâmetro na classificação dos regimes políticos existentes. Explorando as obras de importantes pensadores da teoria democrática, este trabalho objetiva analisar as principais concepções existentes acerca da democracia, a fim de apresentar uma visão abrangente desta espécie de regime político. Conclui-se que as teorias estudadas, de modo geral, em vez de se revogarem mutuamente, se complementam e, em seu conjunto, oferecem uma ampla compreensão acerca do fenômeno democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria democrática; democracia; concepções de democracia.

ABSTRACT: Democracy is a phenomenon that involves a multiplicity of definitions, depending on historical, contextual, legal, temporal aspects, among others. There were several theorists who sought to offer a concept that could serve as a parameter in the classification of existing political regimes. Through the exploration of the works of important thinkers of democratic theory, this work aims to analyze the main conceptions about democracy, in order to present a comprehensive view of this kind of political regime. It is concluded that the theories studied, in general, rather than mutually revoking, complement each other and, on the whole, offer a broad understanding of the democratic phenomenon.

KEYWORDS: Democratic Theory; Democracy; Conceptions of Democracy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da concepção clássica de democracia. 3. Da democracia processualista ou procedimentalista. 4. Da poliarquia de Robert A. Dahl. 5. Do elitismo democrático e da democracia concorrencial. 6. Do papel das elites nas transformações dos regimes democráticos. 7. Da readequação da teoria. 8. Da democracia deliberativa. 9. Conclusão. 10. Referências.

1. Introdução

Este ensaio tem como objetivo explorar as obras de importantes pensadores da teoria democrática e, por conseguinte, analisar as principais concepções existentes acerca da democracia, a fim de apresentar uma visão abrangente desta espécie de regime político.

De acordo com a visão clássica, a democracia é o regime no qual as decisões políticas são tomadas pelo povo, seja diretamente ou indiretamente, cujo objetivo é a realização do bem comum. Considerando a concepção clássica como excessivamente ideológica, importantes teóricos formularam outras teorias acerca da democracia, como Schumpeter, Anthony, Downs, David Held, Robert Dahl, Leonardo Avritzer, Guillermo O'Donnell, entre outros de não menor valor.

A partir das obras dos supracitados teóricos, muitas das quais ainda influenciam consideravelmente a teoria democrática contemporânea, procurar-se-á discorrer, neste trabalho, sobre as principais concepções de democracia. A escolha do tema se justifica pelo fato de que as teorias analisadas, antes de serem conflitantes, se complementam e oferecem conjuntamente uma ampla visão do fenômeno democrático. Ademais, este estudo exploratório servirá de contribuição para outras pesquisas na ciência política e em outras áreas afins.

O ensaio teórico está organizado da seguinte forma: no segundo tópico é apresentada a concepção clássica de democracia, a qual se fundamenta em três elementos basilares: a soberania popular, o bem comum e a vontade geral/do povo. Verificar-se-á que, de acordo com esta visão, a democracia é o regime que propicia a tomada de decisão política pelo próprio povo, seja diretamente ou indiretamente (mediante representantes eleitos).

Numa terceira parte, apresentar-se-á a democracia processualista ou procedimental defendida por Schumpeter, teórico considerado como um divisor de águas da teoria democrática. Por conseguinte, estudar-se-á a compreensão da democracia como um método de escolha de governantes, não de decisões políticas. Analisar-se-á, também, a teoria pluralista de democracia, a qual, embora leve em consideração alguns dos posicionamentos de Schumpeter, admite a atuação de outros atores sociais na formação das decisões políticas (grupos de interesse).

Na quarta parte será exposta, de forma sucinta, a concepção de democracia presente na obra de Robert Dahl (Poliarquia), a qual, embora também seja tida por procedimentalista, leva em conta um aspecto que Schumpeter não ponderou em sua análise: a responsividade do governo perante os seus cidadãos.

Os dois capítulos seguintes tratarão, especificamente, do elitismo democrático e da democracia concorrencial, com foco principal nos trabalhos de David Held e de Michael Burton, Richard Gunther e John Higley. Destarte, apresentar-se-á o conceito de elites, o seu papel em uma democracia e o seu poder na consolidação e na transformação de regimes políticos.

Na sétima parte será realizada uma exposição acerca da readaptação conceitual proposta por Guillermo O'Donnell, que, ao analisar as novas democracias, principalmente as oriundas da América Latina, compreendeu que a teoria democrática e o conceito de democracia ainda não estão prontos e acabados, devendo, por isso, incorporar outros aspectos analíticos, históricos, contextuais e legais.

No oitavo tópico, com base nos estudos de Leonardo Avritzer, será apresentado o revigoramento do debate e da argumentação públicos na legitimação das decisões políticas tomadas em um regime democrático (modelo de democracia deliberativa).

Por fim, nas considerações finais, serão apresentados os resultados obtidos nos estudos realizados em cada uma das referidas seções.

2. Da concepção clássica de democracia

O termo “democracia” é plurissignificativo, comporta diversas concepções de acordo com o ponto de vista estudado. Em seu conceito clássico, que dominou a filosofia democrática do século XVIII, tem-se que a democracia:

[...] é o arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo o próprio povo decidir as questões através da eleição de indivíduos que devem reunir-se para realizar a vontade desse povo. (SCHUMPETER, 1984, p. 313).

De acordo com Bobbio (2000), o pensamento democrático remonta à Antiguidade e, desde então, sofreu algumas alterações, embora não se tenha abandonado a ideia de que o titular do poder, em um regime democrático, sempre será o povo. Assim, de acordo com aquele autor, é possível fazer uma diferenciação entre a democracia dos antigos e a democracia moderna, tomando como parâmetro o exercício do poder. Na primeira, tem-se o poder exercido diretamente pelos cidadãos, aos quais cabe tomar as decisões coletivas de forma pessoal. Já a segunda surge em razão da grande dimensão dos Estados modernos, o que tornou impossível o exercício direto do poder por todos os cidadãos. Nesse último caso, as decisões políticas passaram a ser tomadas indiretamente pelo povo, por meio de seus representantes eleitos.

Vale salientar, todavia, que importantes teóricos ignoram o argumento de que a soberania possa ser representada e, assim, rechaçam a ideia de uma democracia representativa. Rousseau, por exemplo, em consonância com tal posicionamento, afirmou que:

[...] ‘uma verdadeira democracia jamais existiu nem existirá’, pois exige, acima de tudo, um Estado muito pequeno, ‘no qual seja fácil ao povo se reunir’; em segundo lugar, ‘uma grande simplicidade de costumes’; além do mais, ‘uma grande igualdade de condições e fortunas’; por fim ‘pouco ou nada de luxo’. (ROUSSEAU apud BOBBIO, 2000, p. 33).

À parte o posicionamento acima transcrito, pondera-se que:

[...] tanto a democracia direta quanto a indireta descendem do mesmo princípio da soberania popular, apesar de se distinguirem pelas modalidades e pelas formas com que essa soberania é exercida. (BOBBIO, 2000, p. 34).

Entretanto, malgrado compartilhem o mesmo princípio, Bobbio defende que a democracia representativa é mais perfeita que a direta, pois seria menos vulnerável aos interesses particularistas e transitórios dos cidadãos individualmente considerados. Nesse sentido:

[...] a democracia representativa também nasceu da convicção de que os representantes eleitos pelos cidadãos estariam em condições de avaliar quais seriam os interesses gerais melhor do que os próprios cidadãos, fechados demais na contemplação de seus próprios interesses particulares; portanto, a democracia indireta seria mais adequada precisamente para o alcance dos fins a que fora predisposta a soberania popular. (BOBBIO, 2000, p. 34).

Cumpre esclarecer que a verdadeira democracia representativa, segundo os seus defensores, é aquela em que há o abandono do mandato vinculatório¹, ou seja, em que os representantes eleitos se desvinculam dos interesses individuais dos seus eleitores para lutar pelo interesse geral da nação.

Também é importante mencionar o esforço de Bobbio em esclarecer que um governo democrático não depende necessariamente de nenhuma forma de concepção do Estado, de modo que a democracia é capaz de se desenvolver tanto em um Estado liberal, quanto no denominado Estado de bem-estar social (*Welfare State*). No que se refere ao liberalismo, especificamente, o autor aduz que é plenamente possível um Estado liberal e democrático, desde que, nesse caso, o ideal de igualismo democrático ceda espaço para a concepção de democracia como método ou fórmula política (sufrágio universal). Destarte, a ideia do sufrágio universal não contraria nem limita as vigas de sustentação do liberalismo, quais

1 A ideia da desvinculação do mandato se contrapõe à teoria econômica da democracia proposta por Anthony Downs (2013), segundo a qual o objetivo principal de um governo é a reeleição e que o meio para ele atingir esse objetivo é o voto. Sendo assim, interessado no voto do cidadão, o governo se vê obrigado a considerar os interesses daquele, de modo que, de acordo com tal pensamento, não seria possível que os representantes eleitos se desvinculassem totalmente do mandato atribuído pelos cidadãos.

sejam: o Estado de Direito (limitação dos poderes do Estado) e o Estado Mínimo (limitação das funções do Estado).

Pode-se dizer, pelo exposto, que a democracia, em sua concepção clássica, nada mais é que o regime através do qual o próprio povo, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos, formula as decisões políticas que terão o condão de concretizar o bem comum. Quando a democracia é do tipo representativa/índireta, o próprio povo escolherá seus representantes por intermédio de um processo eletivo, os quais, após eleitos, deverão decidir de modo que realize a vontade daquele povo que está sendo representado.

Tem-se, pelo exposto, três elementos basilares da teoria democrática clássica: a soberania popular, o bem comum e a vontade geral/do povo.

3. Da democracia processualista ou procedimentalista

Tomando por base a teoria clássica da democracia acima exposta, em que consiste o bem comum e qual é, especificamente, a vontade geral à qual devem servir os representantes do povo na democracia moderna?

O pensamento de Schumpeter pode ser considerado um divisor de águas da teoria democrática, pois, ao criticar fervorosamente a concepção clássica, apresenta uma visão mais pragmática e menos ideológica da democracia. De acordo com esse teórico (1984, p. 315), o bem comum anunciado pelos clássicos simplesmente não existe, uma vez que o significado de bem comum pode variar entre grupos e indivíduos. Outrossim, ainda que os indivíduos, em uma coletividade, entrassem em consenso quanto ao que seria esse bem comum, cada um deles teria uma opinião diferente acerca da forma pela qual ele seria realizado. Nesse caso, de acordo com o exemplo dado pelo autor, se todos

os cidadãos concordassem que o bem comum fosse a satisfação econômica, cada um deles apresentaria respostas distintas quanto à forma pela qual essa satisfação seria alcançada.

Quanto à vontade geral, esta também é ilusória justamente pelo fato de depender da existência de um bem comum definido. Assim:

[...] tanto a existência como a dignidade desse tipo de *volonté générale* se vão logo que a idéia de bem comum nos abandona, e ambos os pilares da doutrina clássica inevitavelmente se transformam em pó” (SCHUMPETER, 1984, p. 316).

Em clara contraposição à visão clássica, Schumpeter se propõe a apresentar uma concepção mais realista (de bases empíricas) de democracia, a qual, de acordo com essa visão, deve ser concebida como um processo, cujas decisões políticas não produzirão necessariamente a vontade do povo.

Destarte, a compreensão de democracia deve ser desprendida da vontade geral, visto que o regime nem sempre se inclina aos desejos do povo, os quais até mesmo podem ser realizados por um órgão não democrático, como ocorreu na França de Napoleão Bonaparte, onde, em plena ditadura militar, foi feito o acordo religioso que o povo tanto desejava e necessitava. Sobre este ponto:

O segundo argumento de Schumpeter contra a ‘doutrina clássica’ é que as decisões de agentes não democráticos podem, algumas vezes, se provar mais aceitáveis para as pessoas em geral do que ‘decisões democráticas’, pois tais agentes podem usar suas posições especiais para produzir políticas com as quais os vários partidos afetados, em primeira instância, não conseguiram concordar ou teriam rejeitado com base na afirmação de que estas envolviam níveis inaceitáveis de sacrifícios (HELD, 1987, p. 157).

Também é interessante expor as considerações de Schumpeter acerca do comportamento político do cidadão, o qual, para o

teórico, quando inserido na coletividade, possui um reduzido senso de responsabilidade, um baixo nível de energia de pensamento e uma sensibilidade maior às influências não lógicas. Outrossim, individualmente considerado, o cidadão se interessa apenas por um estreito campo de temas que o afetam direta e pessoalmente, podendo ser facilmente influenciado pela propaganda e por outros métodos de persuasão.

Logo, nem sempre será possível verificar racionalidade no comportamento dos cidadãos; muito pelo contrário, não raramente se encontrará um reduzido poder de discernir fatos, uma reduzida preparação para agir sobre eles e um diminuto senso de responsabilidade. Quanto à capacidade de decisão dos eleitores sobre os negócios nacionais, Schumpeter é cético ao afirmar que eles:

[...] são maus juízes, frequentemente corruptos e muitas vezes até mesmo são maus juízes de seus próprios interesses de longo prazo, pois apenas a premissa de curto prazo diz alguma coisa politicamente e apenas a racionalidade de curto prazo se afirma de modo efetivo. (SCHUMPETER, 1984, p. 326).

Tem-se, portanto, que o eleitor (do não instruído ao mais erudito) direciona seus esforços tão somente para aqueles assuntos que o afetam diretamente em um curto prazo, faltando-lhe discernimento para assuntos de política interna e externa. Tal ponto de vista, anos mais tarde, iria ao encontro da Teoria Econômica da Democracia de Anthony Downs, que em sua obra aduz que a racionalidade do cidadão é direcionada para o seu interesse pessoal, pois sempre o homem racional escolhe a alternativa que ele acredita que lhe trará a maior utilidade. Assim sendo, “cada cidadão vota no partido que ele acredita que lhe proporcionará mais benefícios do que qualquer outro” (DOWNS, 2013, p. 57).

Na realidade schumpeteriana, os eleitores podem ser facilmente influenciados por atores denominados políticos profissionais, isto é, por outros cidadãos que se qualificam e que direcionam

seus esforços para participar e dirigir a política. Daí Schumpeter (1984, p. 329) faz uma constatação que coloca em xeque a vontade geral canonizada pela doutrina clássica: “[...] tais grupos são capazes de fascinar e, dentro de limites muito amplos, até mesmo criar a vontade do povo”. A vontade geral, portanto, não seria algo natural, mas um produto artificial do processo político. Ao se fazer um paralelo com a obra de Downs (1999, 2013), pode-se afirmar que cada grupo de interesse apresentará ao eleitor uma ideologia, a qual, em vez de constituir metas reais de bem comum, representa nada mais que um instrumento para a obtenção do poder político.

Em síntese, o problema da teoria democrática clássica consiste basicamente em compreender a democracia como um meio para que os eleitores tomem, conjuntamente, decisões políticas. Diante disso, Schumpeter propõe uma outra teoria, segundo a qual a democracia é um método de produção de governos, não de decisões políticas. É por meio desse método que o povo será chamado a eleger um governo, que será o responsável pelas decisões políticas no lugar do povo, de modo que o poder de decisão caberá a um grupo de indivíduos que adquiriu tal poder através de uma luta competitiva pelos votos da população.

A competição política da teoria de Schumpeter toma como base as concepções da competição na esfera econômica. Por conseguinte, assim como ocorre na economia, a competição em uma democracia também pode ser injusta ou fraudulenta, de modo que “[...] há um espectro contínuo de variações dentro do qual o método democrático de governo se dilui, em passos imperceptíveis, ao autocrático” (SCHUMPETER, 1984, p. 339).

Para que haja uma competição livre e justa, Schumpeter defende que a coletividade, antes de tudo, goze de certas liberdades individuais (de consciência, de expressão, de imprensa, etc.), pois subsiste uma íntima relação entre tais liberdades e a democracia.

Dito isso, é possível concluir que o teórico parte do pressuposto de que o Estado Liberal deve ser instalado antes do método democrático, conforme se verifica no seguinte trecho:

[...] o método democrático requer que todos, em princípio, sejam livres para competir pela liderança política. Para que este requisito seja satisfeito, devem (*sic*) haver um 'considerável volume de liberdade de discussão para todos e isso envolve tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de imprensa' (SCHUMPETER, 1942, p. 270, apud HELD, 1987, p. 161).

Em razão do fato de Schumpeter ter subordinado o êxito do método democrático à satisfação de condições relacionadas a liberdades individuais, autores como O'Donnell (1999) chegaram a afirmar que aquele teórico não é tão minimalista como parece.

Além do exposto, a política, nos dizeres de Schumpeter, deve ser compreendida como uma verdadeira carreira profissional, na qual disputam as lideranças das elites pelo poder político. O vencedor de tal competição é escolhido pelo povo, através do procedimento democrático.

De acordo com Leonardo Avritzer (2000, p. 30), Schumpeter acentuou os elementos antideliberativos do modelo decisionístico, pois rejeitou as formas públicas de discussão e argumentação, e identificou as práticas decisórias com o processo de escolha dos governantes, de modo que a deliberação democrática se reduziria unicamente à escolha de representantes por meio do voto. Posteriormente, Downs (2013) endossaria tal posicionamento defendendo a ideia, com base na teoria da escolha racional, de que a democracia seria o método pelo qual os partidos competem pela obtenção dos votos dos eleitores (único meio para a obtenção do poder político) e pelo qual os cidadãos, através do voto, elegem aquele partido/grupo que poderá lhes proporcionar maiores rendas de utilidade.

Por último, cumpre dizer que as ideias de Schumpeter não estiveram a salvo de críticas de outros teóricos, os quais afirmam que sua obra se inspirou grandemente no pensamento de Max Weber, consignado em *Economia e Sociedade* (1999). Ademais, segundo tais críticos, a teoria schumpeteriana, apesar de ter pretensões realistas, possui aspectos claramente normativos.

Os adeptos do pluralismo aduzem que a teoria de Schumpeter é incompleta e parcial, pois ignora as atividades de grupo de interesses organizados (sindicatos, associações, grupos religiosos, etc.) que têm o papel de conectar as pessoas às mais diversas instituições.

O pluralismo, de acordo com David Held (1987), se desenvolveu nos anos 50 e 60, nos estudos políticos da América do Norte, e ainda possui bastante influência na ciência política contemporânea. Apesar de os adeptos desta corrente considerarem corretas algumas das ideias de Schumpeter, como, por exemplo, a da apatia do eleitorado, rejeitam a ideia de que o poder inevitavelmente se centraliza integralmente nas mãos das elites, haja vista a existência de uma pluralidade de centros de poder (facções/grupos de interesse/grupos de pressão).

Os grupos de interesse são uma decorrência natural da liberdade de associação e representam interesses comuns de indivíduos inseridos em um sistema industrial fragmentado e de grande diversidade de demandas sociais (HELD, 1987). Cada grupo, em conformidade com os recursos que lhe são disponíveis, é capaz de pressionar o governo, principalmente o Executivo, a satisfazer os seus interesses e demandas. Logo, os “[...] resultados políticos advêm da tentativa do governo e, em última instância, do executivo, de tentar mediar e adjudicar entre as demandas de grupos concorrentes” (HELD, 1987, p. 172). O próprio governo constitui um desses grupos que luta pela satisfação de seus próprios interesses.

Em um regime democrático, de acordo com a tese clássica do pluralismo, as decisões políticas serão resultado de um processo

de barganha e troca entre grupos, cujos interesses não poderão ser integralmente realizados, visto que o poder se acha disperso numa pluralidade de pontos de pressão. Essa diversidade impediria o domínio político de apenas um grupo de interesse e geraria, portanto, uma estabilidade democrática:

Uma vez que, nas palavras de Truman, todas as pessoas 'toleravelmente normais' fazem parte de múltiplos grupos dispersos com diversos (e mesmo incompatíveis) interesses, cada grupo de interesse provavelmente permanecerá tão fraco e internamente dividido que não conseguirá garantir para si uma parcela de poder inco-mensurável com seu tamanho e objetivos. (HELD, 1987, p. 173).

É perceptível, portanto, que a teoria de Schumpeter, embora seja pertinente e realista, centralizou-se na figura do eleitor, dos partidos e das elites, desconsiderando outras figuras não menos ativas e essenciais ao processo democrático, como os grupos de interesses focalizados pela doutrina pluralista.

4. Da poliarquia de Robert A. Dahl

Robert A. Dahl, em *Poliarquia*, apresentou a democracia como um ideal, como um sistema hipotético que serve de instrumento de avaliação do grau de democratização dos diversos regimes existentes, denominados por aquele teórico poliarquias. Vale salientar que em nenhum momento de sua obra ele apresenta uma definição do que seria uma democracia plena.

De acordo com Dahl (1997), o grau de democratização de um regime se revela por meio de duas dimensões: o nível de contestação pública (exercício da oposição ao governo) e o grau de participação da população em eleições e cargos públicos. Tais dimensões variam de acordo com o gozo de alguns direitos pela população, tais como: liberdade de formar e aderir a organiza-

ções, liberdade de expressão, direito de voto, direito de líderes políticos disputarem apoio, acesso a fontes alternativas de informação, elegibilidade para cargos políticos, etc.

A poliarquia é o regime no qual se atingiram altos níveis naquelas duas dimensões, isto é, onde há um alto nível de tolerância quanto à oposição ao governo (substancialmente liberalizado) e onde grande parcela da população possui direito ao sufrágio (inclusive). Note-se que ambos os níveis variam de forma independente. Em consequência, a variação e a relação entre os níveis de contestação pública e de participação podem gerar quatro espécies de regime, quais sejam: *oligarquias competitivas*, *hegemonias fechadas*, *hegemonias inclusivas* e *poliarquias* (DAHL, 1997, p. 30).

Sendo assim, é possível que determinado regime, denominado de *oligarquia competitiva*, restrinja amplamente a participação dos cidadãos na escolha dos governantes, mas, por outro lado, seja bastante tolerante quanto ao exercício da contestação pública ao governo. Esse tipo de regime é preferível a uma hegemonia inclusiva, pois:

[...] um país com sufrágio universal e com um governo totalmente repressivo certamente proporcionaria menos oportunidades a oposições do que um país com um sufrágio limitado mas com um governo fortemente tolerante. (DAHL, 1997, p. 28-29).

A poliarquia de Dahl, assim como o modelo proposto por Schumpeter, também constitui um método de escolha de um governo. Entretanto, Dahl acrescenta uma característica à democracia que não é tratada por aquele teórico: a responsividade do governo.

Em suma, a responsividade nada mais é do que o *accountability vertical* oriundo dos altos níveis de contestação pública e de inclusividade (participação) existentes numa poliarquia. Por conseguinte, Dahl (1997, p. 25) parte do pressuposto “de que uma característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”.

5. Do elitismo democrático e da democracia concorrencial

Viu-se no tópico anterior que a democracia também é compreendida como um método por meio do qual os grupos e indivíduos competem pelo poder político e assumem o governo. Cumpre agora responder à seguinte pergunta: quem são esses atores que participam da competição política em uma democracia?

De acordo com David Held (1987), o elitismo democrático teve como grande expoente o pensamento de Max Weber, o qual erigiu suas ideias diante do florescimento de organizações de grande escala que limitavam os papéis dos indivíduos na sociedade. Por conseguinte, para Weber (1968), a democracia direta era totalmente inapropriada nas sociedades modernas, em virtude do seu tamanho, complexidade e diversidade, de modo que, se fosse nelas adotada, geraria uma ineficiente e indesejada administração, bem como seria incapaz de solucionar conflitos entre facções (classes). Assim, defendendo claramente a ideia de uma democracia representativa como o modelo mais adequado para selecionar líderes mais capacitados e competentes, o referido autor chegou a afirmar que:

[...] só uma escolha cabe: ou uma democracia admite como dirigente um verdadeiro chefe e, por consequência, aceita a existência da 'máquina' ou renega os chefes e cai sob o domínio dos 'políticos profissionais', sem vocação [...] (WEBER, 1968, p. 103-104).

Para Weber (1968), a abertura da participação política às massas transformou a dinâmica da vida política, tendo os partidos modernos atingido uma posição política central. Assim, em uma realidade de sufrágio amplo, surgiu a necessidade de se formar associações políticas formadas por grupos de cidadãos que detinham interesse na administração de questões públicas (cidadãos politicamente ativos).

Tais associações, denominadas de partidos políticos, representam e organizam uma pluralidade de forças sociais em disputa,

as quais, para ganhar as eleições e atingir o poder, necessitam angariar recursos, obter influência e recrutar seguidores através da burocratização e da adoção de estratégias sistemáticas. Como verdadeiras organizações de grande escala que são, os partidos devem ser dirigidos politicamente através de suas lideranças, as quais, por sua vez, se destacariam inclusive entre o próprio grupo dos representantes eleitos. Quanto ao papel dos partidos políticos, Schumpeter (apud HELD, 1987) afirma que embora cada um possua seus princípios e plataformas próprias, eles funcionam como instrumentos (máquinas) criadas com o intuito de vencer a luta competitiva pelo poder, haja vista a incapacidade dos cidadãos ordinários de administrar suas próprias atividades políticas.

Por outro lado, Weber (1968) atribui uma característica de total passividade aos cidadãos comuns integrantes das massas, consequência da pouca possibilidade de participação no mundo burocrático moderno e da emotividade inerente a tais massas. Assim, na democracia representativa de Weber, poucos são os que se destacam da massa e se tornam capazes de competir pelo poder. Cabe ao cidadão comum apenas o papel de escolher entre um líder e outro:

[...] a democracia é como um 'mercado', um mecanismo institucional para podar os mais fracos e colocar no poder aqueles que se mostram mais competentes na luta competitiva por votos e pelo poder. (HELD, 1987, p.143).

Logo, a democracia constitui nada mais, nada menos do que um procedimento que legitima a seleção das lideranças políticas e nacionais mais eficientes.

Para David Held, Weber privilegiou o poder das lideranças e subestimou o papel dos subordinados, entre os quais se encontram a burocracia e os cidadãos comuns. Assim, de acordo com aquele teórico, as burocracias podem aumentar o seu poder mediante o controle das informações essenciais dos processos de

tomada de decisão, evitando o controle hierárquico. Ademais, se os cidadãos comuns são capazes de escolher os líderes políticos mais competentes, então eles não são inteiramente incapazes de refletir sobre questões políticas, como afirmava Weber. Por fim, tal inaptidão atribuída aos cidadãos pode resultar mais da ausência de oportunidades de participação efetiva na política do que da passividade que Weber pretendeu lhes atribuir. Sendo assim:

É altamente significativo que a participação no processo de tomada de decisões (de qualquer tipo) é muito mais extensa quando se relaciona a questões que afetam diretamente a vida das pessoas e quando os afetados têm motivos para estar confiantes de que sua participação neste processo realmente terá algum valor; ou seja, que terá uma influência equitativa em relação a outros e não será simplesmente ignorada por aqueles que detêm maior poder. (HELD, 1987, p. 148).

A partir de supracitada crítica ao pensamento weberiano, Held atenta para a necessidade de se romper com as estruturas institucionais que criam sistemas de participação limitada ou ausente. A complexidade da vida moderna realmente reclama uma maior centralização do poder político, mas não deve servir de justificativa para a limitação da participação política dos cidadãos em geral.

Tem-se, portanto, que o elitismo competitivo desemboca no próprio conceito de democracia concorrencial, que pode ser compreendida como um método por meio do qual as lideranças dos diversos partidos competem pela obtenção dos votos dos cidadãos, a fim de adquirir o poder de decisão sobre todas as questões políticas. Assim, a política deve ser entendida como uma verdadeira carreira formada por líderes experientes e competentes, de modo que a democracia seria o processo de eleições periódicas de tais lideranças políticas em situação de concorrência.

A eleição, segundo Schumpeter (apud MIGUEL, 2002, p. 502), não significaria a vontade do povo, nem da maioria, mas seria

apenas o método pelo qual as elites governantes se legitimam no poder, tendo em vista que o povo, por meio do voto, pensa que está efetivamente decidindo e, por isso, resolve obedecer à vontade dos governantes.

Para Luis Felipe Miguel (2002), a sociedade é naturalmente desigual e em qualquer ramo de atividade haverá grupos que se destacam no exercício de suas capacidades, fato que não ocorre apenas na atividade política. Nesse sentido:

Elite é o nome dado ao grupo de indivíduos que demonstram possuir o grau máximo de capacidade, cada qual em seu ramo de atividade. O grande cirurgião e o grande financista fariam parte da elite em seus respectivos setores, da mesma maneira que o ladrão mais habilidoso ou o pistoleiro de melhor pontaria. (MIGUEL, 2002, p. 493).

Dessarte, as elites podem ser classificadas em elites governantes, que seriam formadas por um grupo minoritário que se destaca por monopolizar e exercer o poder político, e elites não governantes, que se sobressaem nos demais ramos de atividades.

6. Do papel das elites nas transformações dos regimes democráticos

Em *Introduction: Elite Transformations and Democratic Regimes*, capítulo do livro *Elites and Democratic Consolidation in Latin America and Southern Europe*, Michael Burton, Richard Gunther e John Higley (1992) discorrem acerca do papel decisivo das elites nas transformações de regimes democráticos, não apenas quanto à consolidação destes, mas também quanto à sua retração para um regime autoritário.

Na primeira parte, que trata dos regimes consolidados e outros regimes democráticos, os autores distinguem quatro espécies de

regimes democráticos, cujos conceitos levam em consideração os critérios procedimentais estabelecidos por Robert Dahl, quais sejam: eleições livres e abertas, com barreiras relativamente baixas à participação; autêntica competição política; e ampla proteção das liberdades civis.

O primeiro regime explicitado pelos autores é a democracia consolidada, a qual satisfaz todos os critérios procedimentais supracitados e cujas elites mais importantes da sociedade aceitam as instituições políticas e aderem às regras do jogo. Esses regimes consolidados, em virtude de suas características, possuem amplas perspectivas de sobrevivência ao longo do tempo, tornando-se resistentes aos desafios que lhes são apresentados.

A título de exemplificação, têm-se os casos da Grã-Bretanha e da Espanha, países que, em uma análise superficial, poderiam ser considerados como democracias não consolidadas, haja vista os movimentos regionais separatistas e, até certo ponto, violentos, existentes na Irlanda do Norte e no País Basco, respectivamente. Cumpre ressaltar, contudo, que nenhum regime democrático se adequa totalmente às características da democracia procedimental, que se deve ter por “tipo ideal”. Por isso, a Grã-Bretanha e a Espanha devem ser considerados democracias consolidadas, pois, apesar daqueles conflitos, as elites politicamente significativas de ambos os países permanecem firmes no apoio ao regime democrático existente.

Por outro lado, os regimes democráticos não consolidados são definidos como aqueles em que as elites ainda não possuem consenso quanto às regras do jogo e às instituições políticas. Pode-se observar tal panorama em fases subsequentes à queda de regimes autoritários, como ocorreu na Segunda República Espanhola (1931 a 1936), subsequente à ditadura de Primo Rivera. Com constituições formalmente democráticas, estes regimes são marcados por uma elite desunificada, um funcionamento instável e precário e, muitas vezes, por conflitos violentos entre facções.

Outro conceito trazido por Burton, Gunther e Higley é o de democracias limitadas estáveis, que, embora tenham uma elite consensual e uma unidade estrutural, dispõem de um sufrágio restrito que estorva a ampla participação. A estabilidade dessa espécie de regime democrático é explicada pelo fato de as elites conterem a massa da população excluída, impedindo que haja ataques e golpes. O México de 1929 serve como exemplo de democracia estável e limitada.

O quarto e último tipo apresentado são as pseudodemocracias, nas quais existe uma elite dominante que monopoliza as decisões políticas. Assim, apesar da realização de eleições nesses regimes, a participação das massas e a competição entre as elites são insignificantes.

A segunda parte do texto, intitulada “Elites e os Regimes Democráticos”, trata de forma mais aprofundada sobre as elites, definindo-as como conjunto de pessoas que, em virtude de sua posição em poderosas organizações, têm a capacidade de afetar os resultados políticos nacionais de forma regular e substancial. Tais pessoas constituem os principais tomadores de decisão das organizações culturais, militares, profissionais, de comunicação, econômicas, etc.

De acordo com a definição dada, uma elite não é necessariamente aquela que domina todos os aspectos operacionais e políticos de um determinado regime, mas apenas um conjunto de indivíduos que é capaz de afetar os resultados políticos em prol dos seus próprios interesses. É possível identificar uma elite quando a sua ausência em determinada decisão política produz efeitos substanciais no resultado desta.

Os grupos sociais são organizados e liderados por elites, cujos acordos têm a capacidade de comprometer seus respectivos grupos de seguidores. Por isso, as elites são cruciais para a consolidação e a estabilidade de um regime democrático.

Na terceira parte, intitulada de “Tipos de Elites”, os autores abordam a tipologia das elites, a qual foi formulada de acordo com duas dimensões básicas: a extensão da integração estrutural – que incide sobre a inclusão relativa de redes formais e informais de comunicação e influência entre pessoas, grupos e facções – e a extensão do consenso de valor – que considera o consenso entre as elites sobre as regras, instituições e códigos de conduta. Destarte, foram identificados três tipos ideais, entre os quais é possível distribuir as elites de diferentes países: a desunificada, a consensualmente unificada e a ideologicamente unificada.

A elite desunificada é aquela marcada pela comunicação deficiente e pela inexistência de consenso sobre as regras do jogo. Em tal conformação, as elites vivenciam uma verdadeira “guerra política”, na qual uma sempre está disposta a se tornar dominante, enquanto que outras visam a derrubar e prejudicar o regime e as elites que o operam. Por outro lado, as elites consensualmente unificadas são aquelas que coexistem em um ambiente onde há uma rede de comunicação entre as diversas facções, que, por sua vez, não é dominada por nenhuma delas. Nesse contexto, a maioria das elites consegue participar da decisão política e aceita o regime como um jogo de soma positiva, o que torna a democracia mais estável. Por último, as elites ideologicamente unificadas são as que apenas aparentemente representam um consenso de valores, pois, embora a rede de influência abranja todas as facções, somente uma delas apresenta dominância nas decisões políticas.

Em “Assentamento das Elites”, os autores tratam do evento no qual as elites, que até então guerreavam na arena política, se reorganizam deliberadamente e negociam compromissos entre si, gerando duas importantes consequências: uma competição mais pacífica entre as facções, que desemboca em uma democracia limitada; e, em alguns casos, a facilitação do surgimento de uma democracia consolidada. De acordo com os fatos históricos apresentados no texto, o fenômeno do assentamento parece ocorrer

em um ambiente de crise e conflito, no qual as elites firmam compromissos que não seriam realizados em circunstâncias normais. É interessante destacar que os acordos formais, por si sós, dificilmente serão suficientes, pois ao lado deles deve haver uma grande força de comportamento tolerante e conciliador entre os mais importantes atores da elite, como ocorreu com o Rei William, da Inglaterra (1689), que honrou e aceitou as restrições que a *Declaração de Direitos* colocou em sua autoridade.

Na quinta parte, “Assentamentos de Elites e Consolidação Democrática, demonstra-se, por meio de vários casos históricos, que as democracias estáveis são resultado direto do assentamento das elites, pois este fenômeno tem o condão de estabilizar os ambientes políticos e de regular os conflitos entre as elites rivais.

Outrossim, os autores argumentam que, à medida que as sociedades se modernizam economicamente, as populações se tornam politicamente “mobilizadas” em termos de valores e participação, desempenhando papéis mais relevantes na política nacional. Por conseguinte, entre o assentamento da elite e a concretização da democracia consolidada, a mobilização das massas e as demandas de participação surgem como importantes variáveis intervenientes. Logo, a manutenção dos assentamentos de elite ao longo do tempo requer a capacidade, por parte das elites fundadoras e das instituições por elas criadas, da aceitação de novos grupos como participantes ativos do jogo político-democrático. Quando esses novos grupos são excluídos, o resultado será uma pseudodemocracia ou uma democracia não consolidada.

No tópico “Convergência da Elite”, os autores explicam um tipo de transição que ocorre em democracias não consolidadas, caracterizadas por uma elite desunificada. Nesse caso específico, as facções antagônicas descobrem que, ao formar uma ampla coalizão eleitoral, ganham o poder de mobilizar uma maioria confiável de eleitores e, por conseguinte, de vencer as eleições re-

petidamente, dominando o poder executivo do governo. Diante desse panorama, as grandes elites dissidentes, para conseguirem vencer a coalizão dominante recém-formada, se veem obrigadas a reconhecer a legitimidade das instituições democráticas existentes e prometem adesão às regras do jogo, tornando-se, assim, concorrentes confiáveis e aceitáveis pela maioria dos eleitores.

Quando ocorre a convergência das elites, forma-se uma unidade consensual que acaba por consolidar o regime democrático. Para exemplificar seu argumento, os autores apresentaram o caso da Quinta República francesa, na qual houve a formação de uma forte e duradoura coalizão entre as facções centristas e de direita, que fez com que a elite esquerdista abandonasse a sua posição contrária ao sistema e passasse a ser mais moderada. A França, portanto, teria se tornado uma democracia consolidada em virtude da convergência das suas elites.

Finalmente, em algumas observações finais, os autores apresentam de forma sintética as principais ideias defendidas no capítulo, quais sejam: a) a estabilidade e as perspectivas de longo prazo para a sobrevivência dos regimes democráticos dependem da unidade consensual das suas elites; b) o consenso entre as elites pode ser alcançado por dois meios – o assentamento e a convergência; c) a aceitação, pelas elites, da legitimidade das instituições e das regras do jogo político é essencial para a consolidação da democracia, ao mesmo tempo que a não aceitação de tais regras ocasiona um efeito de retração democrática que pode culminar em uma democracia limitada ou, até mesmo, em um regime autoritário; d) os modelos de assentamento e convergência de elites estão basicamente preocupados com o estabelecimento de instituições políticas e de regras com as quais as elites possam conviver; e) o assentamento e a convergência de elites se assemelham ao conceito de pacto de elite definido por O'Donnell (1999) e Schmitter, que definem tal pacto como um acordo explícito, não necessariamente público, entre um seletivo

conjunto de atores que busca definir ou redefinir as regras que regem o exercício do poder, com base em garantias mútuas para todos aqueles que a elas irão se submeter; f) e, considerando a concepção procedimental da democracia, é plenamente aceitável que haja negociações privadas entre elites na governança democrática, visto que apenas nas democracias diretas se exige que as decisões sejam tomadas em fóruns públicos.

Em suma, a chave para consolidação de novos regimes democráticos depende da transição de uma elite desunificada para uma elite consensual, o que pode ser feito por meio do assentamento ou da convergência dessas elites.

7. Da readequação da teoria

A teoria democrática e o conceito de democracia, para Guillermo O'Donnell (1999), ainda não estão prontos e acabados, e sua insuficiência se torna ainda mais patente quando a América Latina é o objeto de estudo. Desse modo:

[...] Praticamente todas as definições de democracia são uma condensação da trajetória histórica e da situação atual dos países originários. Entretanto, as trajetórias e a situação de outros países que hoje podem ser considerados democráticos diferem muito do que ocorreu nos originários. Por isso, uma teoria de alcance adequado deveria dar conta dessas diferenças, tanto pelo que elas significam em si mesmas, quanto porque podem ser causa de características específicas ou de subtipos de democracias no universo dos casos relevantes. (O'DONNELL, 1999, p. 3).

Diante da supracitada constatação, O'Donnell afirma que deve ser promovida uma readequação da teoria democrática existente, a qual deveria levar em consideração aspectos analíticos, históricos, contextuais e legais. Ademais, no estudo das democracias contemporâneas, devem ser afastadas as definições clássicas

de democracia – que ainda se prendem à ideia de que é o povo quem governa –, bem como as abordagens vagas e imprecisas. Posto isso, O'Donnell estabelece, em sua obra, diversos atributos que devem ser compreendidos e devidamente explicados, a fim de que se disponha de uma concepção mais realista e abrangente da democracia, conforme se verá adiante.

Para que um regime seja tido como democrático, não basta apenas a existência de um método eletivo para a escolha da liderança governante, pois a ocorrência, por si só, de eleições pode ser observada até mesmo em regimes autoritários. Assim, as eleições em um regime democrático são caracterizadas por serem competitivas (ao menos dois partidos devem concorrer em paridade de condições e oportunidades); livres (a decisão e o voto dos cidadãos não devem sofrer qualquer tipo de coação); igualitárias (o voto de cada cidadão deve ter o mesmo peso nas eleições e deve ser computado sem fraude); decisivas (os eleitos devem tomar posse dos cargos para os quais foram eleitos, de acordo com as regras legais e constitucionais, e devem deixar os cargos quando exaurido o prazo estipulado em tais normas); e includentes (o direito de votar e de ser votado deve ser compartilhado por todos os cidadãos adultos de um país). Quanto ao atributo decisivo das eleições, O'Donnell exemplifica:

Em diversos países houve casos em que os candidatos, depois de ganharem as eleições que satisfaziam os atributos mencionados, foram impedidos de tomar posse, frequentemente por um golpe militar. Por outro lado, governantes democraticamente eleitos, como Boris Yeltsin e Alberto Fujimori, dissolveram anticonstitucionalmente o Congresso e destituíram os ocupantes de altos postos no Poder Judiciário. [...] Em todos esses casos, as eleições não são decisivas: não geram, ou deixam de gerar, algumas das consequências básicas que supostamente deveriam acarretar. (O'DONNELL, 1999, p. 7).

Tem-se, portanto, a importância da estrutura institucional na definição das regras do jogo e a necessidade de fiel observância dessas regras na garantia do caráter decisivo das eleições.

Na democracia, as eleições, além de competitivas, são institucionalizadas, de modo que há a expectativa, na população, de que elas ocorrerão contínua e permanentemente no futuro, visto constituírem o único meio de alcançar os cargos políticos. Diferentemente ocorre em um regime autoritário, no qual não existe nenhuma expectativa de que uma eleição volte a acontecer e onde as altas posições políticas podem ser acessadas por outros meios não eletivos.

Obviamente que a mera existência de um procedimento eletivo não tem a capacidade de sustentar a democracia. Por isso, autores como Dahl e Schumpeter defenderam que o processo eleitoral deve estar ancorado em um conjunto de liberdades individuais e políticas, a fim de que garantam um mínimo de institucionalidade e competitividade.

Todavia, de acordo com O'Donnell (1999), é bastante difícil definir teoricamente o significado e os limites daquelas liberdades, principalmente quando se considera a modificação do seu conteúdo ao longo do tempo, isto é, sua variabilidade histórica. Apesar de tais liberdades possuírem um caráter indecível, o seu conjunto “[...] parece ser necessário para sustentar uma alta probabilidade de haver eleições livres e isentas” (O'DONNELL, 1999, p. 9).

Considerando que as instituições são padrões de comportamento que têm o condão de moldar a ação dos indivíduos, tem-se que, em uma democracia contemporânea, elas irão determinar que cada pessoa possua direitos e obrigações iguais, principalmente quanto aos atos de votar e de ser votado, bem como estipularão as consequências e responsabilidades inerentes a tais atos. Dessarte, os indivíduos, em uma democracia, são obrigados a aceitar o caráter universal e incluyente do regime, pois este constitui uma opção institucionalizada do próprio Estado, na qual cada um tem a obrigação jurídica de se submeter ao risco de resultados equivocados, independentemente de suas preferências. Logo:

Um regime democrático (ou democracia política, ou poliarquia) inclui: (a) um Estado que delimita dentro do seu território aqueles que são considerados cidadãos políticos, e (b) um sistema legal vinculado a esse mesmo Estado que outorga cidadania política, conforme definida na proposição anterior, sobre uma base universalista e includente. (O'DONNELL, 1999, p. 13).

Na democracia há uma presunção de *agency*, isto é, presume-se que os sujeitos são agentes dotados de racionalidade e autonomia, devendo ser garantidos a todos os mesmos direitos subjetivos, salvo algumas exceções previstas no próprio ordenamento jurídico do Estado.

Note-se que o reconhecimento de direitos civis, nos países originários, ocorreu muito antes do surgimento da democracia inclusiva. Por isso, quando este regime apareceu com sua proposta inclusiva, foi melhor aceito por aqueles países, diferentemente do que ocorreu em algumas novas democracias. Nesse sentido:

[...] Em muitas novas democracias, mesmo que, por sua própria definição, se realizem eleições competitivas, e tanto estas quanto a aposta universalista estejam institucionalizadas, os direitos civis têm escassa vigência em todo seu território e nas classes e setores sociais. Além disso, quando se adotou nesses países a aposta includente, muitas salvaguardas liberais não estavam em vigor e algumas permaneceram ausentes [...] Foi essa dinâmica que, no passado e até muito recentemente, alimentou o aparecimento de várias formas de regime autoritário na América Latina e em outras regiões. (O'DONNELL, 1999, p. 17).

Alguns regimes ditos democráticos, apesar de conferirem formalmente direitos políticos aos seus cidadãos, pecam no reconhecimento e na garantia de direitos civis e sociais, fato que interfere na qualidade geral da democracia, visto que estes últimos direitos influenciam diretamente a efetivação de uma cidadania política. Este parece ser o caso de algumas novas poliarquias, as quais importaram o sistema jurídico-democrático de países

originários sem, contudo, ter consolidado direitos civis e sociais básicos, fato que, de acordo com O'Donnell (1999), interfere no funcionamento do regime, bem como nas suas relações com o Estado e a sociedade.

Observa-se que O'Donnell minudenciou a concepção de democracia que já havia sido proposta por teóricos como Schumpeter e Dahl, e realocou o foco de análise para a própria figura do Estado. Desse modo, para aquele teórico, o Estado é o ente que estabelece um sistema institucional em dado território, por meio do qual impõe a obrigatoriedade de liberdades civis e políticas que dão ensejo à aposta democrática. É o Estado, portanto, que dá sustentação à democracia, mediante um sistema jurídico cujas normas devem ser obedecidas não apenas por seus cidadãos, mas também por todos os poderes e instituições formais.

Em síntese, nesta readequação do conceito de democracia, tem-se que ela se diferencia de outros regimes por quatro características essenciais (O'DONNELL, 1999): a) eleições competitivas e institucionalizadas; b) caráter includente e universalista; c) existência de um sistema legal que dá respaldo mínimo às liberdades civis, sociais e políticas que amparam o regime democrático; e d) a impossibilidade jurídica de que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, se declare acima da autoridade legal.

Cumprido, por fim, salientar que nada adianta a existência de meras previsões normativas, sem que o Estado tenha condições de dar efetividade a tais normas por meio de sua rede de instituições, isto é, sem que se tenha, ao lado do *accountability* vertical/eleitoral, um sistema forte de *accountability* horizontal, isto é, instituições formais capazes de desencadear processos públicos adequados de identificação e punição de atos que violam as liberdades democráticas. Esse é justamente o problema encontrado em algumas poliarquias latino-americanas, as quais, apesar de possuírem um sistema de *accountability* vertical bem definido, são fracas quanto ao *accountability* horizontal (O'DONNELL, 1988).

8. Da democracia deliberativa

Tomando como ponto de partida a distinção entre o modelo decisionístico e o modelo deliberativo de democracia, Avritzer (2000) realiza um estudo da crise do primeiro modelo e sua passagem para o segundo. Esse novo modelo deliberativo resgata a importância do debate público em um regime democrático, aspecto que foi totalmente rechaçado por teóricos como Schumpeter e Downs, conforme já visto.

O modelo decisionístico influenciou a teoria democrática da primeira parte do século XX e tem como principais expoentes Weber, Schumpeter e Downs. Essa corrente de pensamento exclui da discussão política os aspectos culturais e as clássicas concepções de bem comum, além de compreender a participação popular como um obstáculo a uma administração burocrática eficiente. Logo, para o modelo decisionístico, a participação popular deve se restringir apenas à escolha dos governantes:

[...] o papel do processo argumentativo na formação da vontade geral não seria para Schumpeter nada mais que uma ficção. Sua proposta é inverter a relação entre soberania e governo, ao propor uma doutrina na qual a população, ao invés de ‘escolher representantes que expressem as suas opiniões’, passe a ‘escolher os indivíduos que estariam tomando decisões’ (Schumpeter, 1942:269). Nesse sentido, a deliberação democrática se reduziria unicamente à escolha de representantes através do voto. (AVRITZER, 2000, p. 30).

Não havendo nenhum espaço para a argumentação e a discussão públicas no modelo decisionístico, tem-se que as preferências dos cidadãos são tomadas individualmente, através de suas preferências, em tese, imutáveis.

A partir dos anos 70, o modelo decisionístico começou a perder força na teoria democrática. Autores como John Rawls e Jürgen Habermas fizeram renascer as ideias inerentes ao debate públi-

co. Desenvolve-se, a partir de então, o modelo deliberativo de democracia, no qual o pluralismo é levado em conta e a esfera pública é entendida como o local em que os indivíduos debatem acerca das questões políticas e discutem sobre as decisões emanadas das autoridades públicas (AVRITZER, 2000).

Para a corrente deliberativa, a legitimidade das decisões políticas, em uma democracia, não se restringiria apenas à observância da vontade da maioria, mas também à preocupação com a participação efetiva de todos os indivíduos que serão atingidos por aquela deliberação. É o que Habermas denominou de Princípio D:

Somente são válidas aquelas normas-ações com as quais todas as pessoas possivelmente afetadas possam concordar como participantes de um discurso racional. (apud AVRITZER, 2000, p. 39).

Logo, a posição da minoria não mais deve ser integralmente rechaçada.

E, acordo com Avritzer (2000), a democracia deliberativa deve ocorrer no âmbito dos fóruns, locais conformados entre o Estado e a sociedade, como acontece no orçamento participativo realizado no Brasil. Tais locais, segundo aquele autor, deveriam guardar as seguintes características: a) local cedido pelo Estado, no qual tanto a maioria quanto as minorias podem participar e expor seus distintos interesses; b) espaços onde os atores expõem e tornam públicas as informações necessárias à tomada de decisão política; assim, “os arranjos deliberativos pressupõem que as informações ou soluções mais adequadas não são *a priori* detidas pro nenhum dos atores e necessitam ser construídas coletivamente” (AVRITZER, 2000, p. 44); e c) possibilidade de testar múltiplas experiências, isto é, de experimentar e partilhar diversos resultados.

Portanto, a pluralidade inerente às sociedades do século XXI impõe a necessidade de acolher e socializar as mais diversas diferenças entre grupos e indivíduos, em processos que devem ocor-

rer, também, fora do Estado e cujos resultados, de acordo com Avritzer, sejam capazes de vincular todos os atores envolvidos.

9. Conclusão

A compreensão de democracia varia conforme o tempo, o espaço e os aspectos do regime que são analisados e estudados. A partir da teoria clássica, da qual emergem os ideais de soberania popular, vontade geral e bem comum, começaram a ser elaboradas outras teorias, com o fim de proporcionar uma visão mais ampla e realista da democracia, uma vez que a concepção clássica é considerada por muitos teóricos como ideológica e fundada em bases não empíricas.

Considerado um divisor de águas da teoria democrática, Schumpeter criticou fervorosamente os supracitados ideais da teoria clássica e concebeu a democracia não como um meio popular de tomada de decisão pública, mas como um método/procedimento de escolha de um governo. De forma mais pragmática, aquele autor, assim como Dahl e Downs, defendeu a ideia de que aos cidadãos, incapazes de se posicionar racionalmente acerca de decisões políticas, cabe tão somente a função de escolher um governo, o qual, após eleito, é o único ente a quem se atribui o papel de tomar decisões políticas num regime democrático.

Se a passividade e a emotividade dos cidadãos comuns os tornam incapacitados de tomar decisões políticas, a quem caberia exercer esta responsabilidade em um regime democrático? Para responder tal questionamento, autores como Schumpeter e David Held exaltaram o papel das lideranças políticas (elites políticas), que se destacam no meio social por sua maior capacidade de deliberar sobre questões públicas e por direcionarem seus esforços para a administração do poder político.

Destarte, o elitismo competitivo desemboca no próprio conceito de democracia concorrencial, que pode ser compreendida como um método por meio do qual as lideranças dos diversos partidos competem pela obtenção dos votos dos cidadãos, a fim de adquirir o poder de decisão sobre todas as questões políticas. Assim, a política deve ser entendida como uma verdadeira carreira formada por líderes experientes e competentes, de modo que a democracia seria o processo de eleições periódicas de tais lideranças políticas concorrentes.

Vale salientar que existem elites em todo e qualquer ramo de atividade, seja política, ou não. É imperativa a desconstrução da visão negativa que o senso comum atribui às elites, pois, de acordo com Luis Felipe Miguel (2002), a sociedade é naturalmente desigual e em qualquer ramo de atividade, não apenas no político, haverá grupos que se destacam no exercício de suas capacidades. A preocupação, portanto, não deve recair sobre a inevitável existência de elites na política, mas sobre a forma como tais elites exercem o poder num dado regime.

Conclui-se, do exposto, que o comportamento das elites tem papel decisivo nas transformações de regimes democráticos, tanto no que se refere à sua consolidação, quanto no tocante à sua retração para um regime autoritário.

Outra importante constatação foi a de que a democracia deve se amparar em direitos/liberdades individuais e políticas. Assim, para que haja uma competição livre e justa, a coletividade, antes de tudo, deve gozar de certos direitos fundamentais, pois subsiste uma íntima relação entre esses direitos e a democracia.

Também se infere, neste trabalho, que aspectos além dos propostos por Schumpeter devem ser considerados na compreensão do regime democrático. Outros atores políticos, como os grupos de interesse (facções), estudados no pluralismo, também exercem forte influência no funcionamento da democracia, assim como o

eleitor e as lideranças políticas preconizadas por Schumpeter. É inegável que cada grupo de pressão, em conformidade com os recursos que lhes são disponíveis, são capazes de pressionar o governo, principalmente o Executivo, a satisfazer os seus interesses e demandas. O próprio governo constitui um desses grupos que luta pela satisfação dos próprios interesses.

Ademais, Robert Dahl, embora também adepto da visão processualista de democracia, abordou outro aspecto inerente ao regime democrático, qual seja, a responsividade do governo, isto é, a viabilização de um maior *accountability* vertical oriundo dos altos níveis de contestação pública e de inclusividade (participação) existentes. Cumpre ressaltar que, para Dahl, a democracia constitui um ideal que ainda não foi atingido por nenhum país, motivo pelo qual denomina de Poliarquia o regime que mais se aproxima daquele ideal.

São igualmente essenciais ao estudo da democracia os papéis exercidos pelo Estado e pelas suas instituições formais. A partir de tal assertiva, O'Donnell expôs minuciosamente a concepção de democracia já proposta por teóricos como Schumpeter e Dahl, e pôs o foco de análise na figura do Estado. Para aquele teórico, o Estado é o ente que estabelece um sistema institucional em determinado território, impondo a obrigatoriedade de liberdades civis e políticas ensejam a aposta democrática. Portanto, o Estado dá sustentação à democracia, por meio de um sistema jurídico cujas normas devem ser obedecidas não apenas pelos cidadãos, mas também por todos os poderes e instituições formais do próprio ente estatal.

Conclui-se, de acordo com O'Donnell, que não basta que haja eleições para que um regime seja considerado democrático. É preciso que o Estado garanta um processo eletivo competitivo (ao menos dois partidos devem concorrer em paridade de condições e oportunidades); livre (a decisão e o voto dos cidadãos

não devem sofrer nenhum tipo de coação); igualitário (o voto de cada cidadão deve ter o mesmo peso nas eleições e deve ser computado sem fraude); decisivo (os eleitos devem tomar posse dos cargos para os quais foram eleitos, de acordo com as regras legais e constitucionais, e devem deixar os cargos quando exaurido o prazo estipulado em tais normas); e incluyente (o direito de votar e de ser votado deve ser compartilhado por todos os cidadãos adultos de um país).

Outrossim, de nada adiantam meras previsões normativas, se o Estado não tiver condições de dar efetividade a tais normas por meio de sua rede de instituições, isto é, sem que haja, ao lado do *accountability* vertical/eleitoral, um sistema forte de *accountability* horizontal, isto é, de instituições formais capazes de desencadear processos públicos adequados de identificação e punição de atos que violam as liberdades democráticas.

Por fim, verificou-se que as teses de autores como Schumpeter e Downs se fundam em um modelo decisionístico de democracia, no qual a participação da população se resume na escolha dos governantes, não havendo nenhum espaço para o debate público e para a construção de decisões políticas de forma conjunta com os cidadãos.

Rompendo os paradigmas do modelo decisionístico e ampliando ainda mais o conceito de democracia, a visão deliberativa do regime democrático fez voltar à tona a importância do debate público na tomada das decisões políticas. Assim, para esta corrente, a legitimidade das decisões políticas, em uma democracia, não se restringiria apenas à observância da vontade da maioria, mas também à preocupação com a participação efetiva de todos os indivíduos que serão atingidos por aquelas deliberações, de modo que a posição da minoria não mais deve ser integralmente rechaçada.

Depreendeu-se que as teorias estudadas, de modo geral, em vez de se revogarem mutuamente, se complementam e, quando

analisadas em seu conjunto, oferecem uma ampla compreensão acerca do fenômeno democrático.

10. Referências

AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. *Lua Nova* [online], n. 50, p. 25-46, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BURTON, Michael; GUNTHER, Richard; HIGLEY, John. Introduction: elite transformations and democratic regimes. In: *Elites and Democratic Consolidation in Latin America and Southern Europe*. New York: Cambridge University Press, 1992. p. 1-37

DAHL, Robert. Democratização e oposição pública. In: *Poliarquia: participação e oposição*. 1 ed. 3 reimpr. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. 1 ed. 1 reimpr. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Paideia, 1987.

MIGUEL, Luis Felipe. A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. *DADOS*. Rio de Janeiro, v. 45, n. 3, 2002, p. 483-511.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliárquias. *Lua Nova*, n. 44, p. 27-54, 1998.

O'DONNELL, Guillermo. Teoria Democrática e Política Comparada. *DADOS*. Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, p. 655-690, 1999.

SCHUMPETER, Joseph. A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

WEBER, M. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1968.

WEBER, M. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

Artigo recebido em 10/07/2019

Artigo aprovado em 05/11/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200011

92 - 113

Artigo

**INTERNET, DIREITO DIGITAL E OS
CRIMES VIRTUAIS PRATICADOS
NAS REDES SOCIAIS:
UM ENFOQUE NA PORNOGRAFIA DE
VINGANÇA A PARTIR DA LEI 13.718/2018**

ROBSON LEANDRO SODA
ROSANE TERESINHA CARVALHO PORTO
RODRIGO DOS REIS GUETHS

INTERNET, DIREITO DIGITAL E OS CRIMES VIRTUAIS PRATICADOS NAS REDES SOCIAIS: UM ENFOQUE NA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA A PARTIR DA LEI 13.718/2018

INTERNET, DIGITAL LAW AND VIRTUAL CRIMES PRACTICED IN SOCIAL NETWORKS:
A FOCUS ON PORNOGRAPHY OF REVENGE FROM LAW 13.718/2018

ROBSON LEANDRO SODA

Advogado
Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil
robsonsoda1@gmail.com

ROSANE TERESINHA CARVALHO PORTO

Doutora em Direito
Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil
rosane.porto@unisc.com.br

RODRIGO DOS REIS GUETHS

Doutor em Direito
Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil
reis.rrg@unisc.com.br

RESUMO: O presente artigo analisa os crimes acontecidos no ambiente cibernético e que incidem na sociedade digital por sua disseminação nas redes sociais. A pornografia da vingança, também conhecida por *revenge porn*, uma espécie de violência moral contra a vítima, consiste na publicação de vídeos e de imagens íntimas de uma pessoa ou de um casal na internet, sem consentimento, com o devido fim de vingança ou de humilhação. Sobre o tema houve pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, visto que a sociedade contemporânea está experimentando avanços tecnológicos inacreditáveis depois da internet, o que acabou por influenciar de forma direta o aparecimento dos crimes virtuais.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes virtuais. Direito. Internet. Pornografia de vingança. Redes Sociais.

ABSTRACT: This article aims to analyze the crimes that occur in the cyber environment and that affect the digital society, emphasizing its dissemination through social networks. The main scope of the work presented is the so-called pornography of revenge, also known as revenge porn, a kind of moral violence against the victim that consists in the publication without consent of videos and intimate images of the person or couple on the internet, with due purpose of revenge or humiliation. In relation to the technique, the hypotheses were investigated through bibliographical, doctrinal and jurisprudential research. Finally, the theme is of fundamental importance, since contemporary society is experiencing incredible technological advances and the emergence of these new technologies, such as the Internet, has a direct influence on the appearance of virtual crimes.

KEYWORDS: Virtual Crimes. Law. Internet. Pornography of revenge. Social networks.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Internet, direito digital e crimes virtuais. 2.1. Evolução histórica da internet. 2.2. Direito Digital. 2.3. Crimes virtuais: incidência na sociedade digital. 2.4. Os crimes virtuais praticados nas redes sociais. 3. Pornografia de vingança. 4. Conclusão. 5. Referências

1. Introdução

Marcado pela agilidade na transmissão de informações, o acesso à internet, não há como negar, está cada vez mais dinâmico na forma de como se realizam as atividades cotidianas da grande maioria das classes sociais. A tecnologia facilita a pesquisa, a comunicação, o trabalho, os estudos, os momentos de lazer. Torna a informação muito mais acessível. Fica difícil imaginar essas atividades sem o uso da internet.

Contudo, esse ambiente possibilita danos praticados por anônimos, pois a difícil identificação e a falta de tipificação jurídica tornam os crimes cibernéticos sedutores para o agente criminoso.

A análise do que incide na sociedade digital e nas redes sociais é o escopo principal deste artigo, que destaca a chamada pornografia de vingança, a qual também é conhecida por *revenge porn*.

A origem histórica da internet demonstra como essa tecnologia determinou mudanças na sociedade contemporânea, reinventou hábitos e influenciou nas relações sociais e no Direito.

O estudo trata também criminalidade na sociedade digital ao abordar os perigos que espreitam esse novo ambiente, em especial a “pornografia de vingança”, uma espécie de violência moral contra a vítima que consiste na publicação sem consentimento de vídeos e imagens íntimas de uma pessoa ou de um casal na internet, com o devido fim de vingança ou humilhação, crime tipificado recentemente em território nacional, com penas que podem chegar a cinco anos de prisão.

O método utilizado, o dedutivo, parte de conhecimento geral sobre tema já explorado em pesquisa bibliográfica, documental

e jurisprudencial. O estudo dos crimes virtuais para o Direito Penal moderno é fundamental, em face de a gama de possibilidades de delitos e as consequências sérias deles advindas serem ameaças que se encontram no mundo virtual muito parecidas com as do mundo real.

2. Internet, direito digital e crimes virtuais

Anos atrás a informação era um item caro, pouco acessível e privado a poucos. Os pesquisadores da Universidade da Califórnia não poderiam imaginar a dimensão que uma troca de informações tomaria nas décadas seguintes. A internet, como posteriormente veio a denominar-se, é uma vasta rede capaz de conectar os computadores de todo o mundo, possibilitando uma troca de comunicação entre eles (PINHEIRO, 2013).

Essa ferramenta de comunicação em massa resultou em um novo paradigma de liberdade extraordinário na sociedade contemporânea. E o direito como ciência social está ligado à evolução, às mudanças ocorridas na sociedade. Ao procurar se adaptar, novas normas podem ser elaboradas a qualquer momento. Com o avanço da globalização, a tecnologia inseriu-se no cotidiano das pessoas. Vive-se uma era virtual, um mundo cibernético onde todos estão conectados frequentemente compartilhando informações e dados.

2.1. Evolução histórica da internet

A conectividade entre computadores surgiu no período da Guerra Fria, na década de 1960, a partir de um projeto militar de novas tecnologias de comunicação da *Advanced Research Project Agency* (ARPA), órgão responsável pelo desenvolvimento de projetos especiais do Departamento de Defesa dos Estados Uni-

dos com o intuito de alcançar uma superioridade tecnológica em relação à União Soviética (CASTELLS, 2003).

A concepção de uma rede para difundir a comunicação entre os centros de produção científica e as bases militares que conseguissem sobreviver a um possível ataque nuclear, e que inevitavelmente destruiria os meios convencionais de comunicação, ficou conhecida como Arpanet. A rede se utiliza da tecnologia de troca de pacotes para o transporte de informações (WENDT; JORGE, 2013).

Castells (2003) relata que os primeiros centros de pesquisa conectados pela Arpanet estavam na Universidade da Califórnia, em Los Angeles, Santa Bárbara, na Universidade de Utah, e também na Universidade de Stanford. Logo esses centros de pesquisa se foram multiplicando, e em 1972 ocorreu a primeira demonstração pública bem-sucedida da Arpanet em uma conferência na cidade de Washington. Já em 1973, realizou-se a inédita conexão internacional entre a Inglaterra e a Noruega. No final dessa década, a Arpanet substituiu o protocolo de comunicação de pacotes, o *Network Control Protocol* (NCP), por *Transmission Control Protocol/Internet Protocol* (TCP/IP).

Na década de 1980, a Arpanet se disseminou nos Estados Unidos ao promover a interligação entre universidades, órgãos militares e governo. E em 1983, com o enfraquecimento da tensão causada pela Guerra Fria, a Arpanet se dividiu em Milnet, uma rede independente só para usos militares específicos, e a Arpa-internet, destinada à pesquisa.

No início da década de 1990, muitos provedores montaram suas próprias redes e estabeleceram suas próprias portas de comunicação em bases comerciais, em virtude de o Departamento de Defesa americano ter comercializado a tecnologia internet (CASTELLS, 2003).

Nessa década, a internet passou por um processo de expansão sem precedentes. Seu rápido crescimento deve-se a recursos de

transmissão que vão desde o correio eletrônico (*e-mail*) até o acesso a banco de dados e a informações disponíveis na World Wide Web (WWW), seus espaços multimídias (PINHEIRO, 2013, p. 33).

Desse crescimento resultou a atual rede global de computadores, que é um dos principais meios de comunicação da sociedade contemporânea (CASTELLS, 2003). E conforme Wendt e Jorge (2013), a internet se popularizou de forma exponencial devido à evolução tecnológica e ao barateamento dos computadores e dos dispositivos móveis.

As pessoas se tornaram dependentes da nova tecnologia para, por meio de um dispositivo conectado à internet, implementar atividades econômicas, comerciais, educacionais, políticas e culturais, entre inúmeras outras.

De acordo com uma pesquisa do IBGE em 2016, no Brasil existem mais de 116 milhões de usuários. Entre 94,6% dos entrevistados, o aparelho de telefone móvel foi destaque como meio de acesso à internet. A agilidade e o baixo custo fazem com que o uso da internet cresça de forma impressionante, tornando-se indispensável na sociedade atual.

Com essa grande ascendência proporcionada pela tecnologia, percebe-se viver na Era Digital. Sob esse aspecto, Brito (2017, p. 73) expõe:

Estamos mais acessíveis, mais acessados, mais expostos. Passamos por uma comunicação mais dinâmica e rápida. Deixamos de ter amigos no bairro e passamos a ter amigos no mundo virtual. Mas esse cenário vai além da amizade ou da mera busca por informações. Com a chegada do comércio eletrônico e dos bancos online, a internet passou a ser um meio eficaz de interação entre pessoas. Na verdade, hoje, não estar na internet significa quase estar fora do próprio mercado de trabalho.

O avanço tecnológico, de nítidas mudanças de hábitos e de condutas das pessoas, trouxe grandes e inegáveis benefícios. Contudo, a tecnologia proporciona um cenário fértil ao surgimento de condutas ilícitas praticadas na rede mundial de computadores, um problema que a sociedade, e especialmente o Direito, está tendo por essa realidade.

2.2. Direito Digital

Da necessidade de regular a vida em sociedade surge o Direito como forma de estabelecer o controle e a solução dos conflitos que nascem das relações humanas. Sob esse viés, Reale (2006, p. 60) explica:

É próprio do Direito ordenar a conduta de maneira bilateral e atributiva, ou seja, estabelecendo relações de exigibilidade segundo uma proporção objetiva. O Direito, porém, não visa a ordenar as relações dos indivíduos entre si para satisfação apenas dos indivíduos, mas, ao contrário, para realizar uma convivência ordenada, o que se traduz na expressão “bem comum”. O bem comum não é a soma dos bens individuais nem a média do bem de todos; o bem comum, a rigor, é a ordenação daquilo que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos.

O que torna viável o convívio em sociedade é esta função de controle exercida pelo Direito por meio de instrumentos disponíveis à realização dos ideais e valores coletivos. Sem tal função, não há possibilidade de estabelecer uma convivência social harmônica, visto que, em sua ausência, cada um dos integrantes da sociedade faria o que bem entendesse, invadindo e violentando a esfera de liberdade do outro indivíduo (CAPEZ, 2012).

Assim, não existe sociedade sem o Direito, pois cabe a este a função ordenadora das relações sociais. O papel do Direito é

regular os inevitáveis conflitos que se estabelecem na vida em sociedade, que mudou graças à grande inclusão digital proporcionada pela tecnologia no cotidiano dos ambientes de trabalho e das residências.

Com a facilidade encontrada pelo excesso de informações, a carência de conhecimento se torna algo grave. Sem regras bem estipuladas, que delimitariam certas condutas, a internet é muito mais que uma rede meramente utilizada para comunicação eletrônica. É em virtude dela que hoje são oferecidos serviços de lazer, comércio, banco, ensino, alimentação, entre outros.

Desse modo, surge um grande número de conflitos de interesse que torna frequente a prática de crimes e de ilícitos civis na internet. Sob esse aspecto, o Poder Judiciário demonstra dificuldade em acompanhar a evolução social (BRITO, 2017).

Historicamente, todos os meios de comunicação que compõem a sociedade contemporânea passam a ter importância jurídica no momento em que se tornam ferramentas de comunicação em massa, visto que a massificação deste comportamento exige que as novas condutas sejam estudadas pelo Direito. Se não forem abordadas, correm o risco de criar insegurança no ordenamento jurídico e também na sociedade (PINHEIRO, 2013).

A evolução social trazida com o advento da informática exige uma necessidade do Direito em se adaptar às mudanças que a tecnologia proporcionou diretamente nas relações entre as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. Ademais, essa transformação fez com que o Direito necessitasse de novos instrumentos para coordenar essas relações. Com isso, as leis da sociedade passaram a buscar a proteção de um novo modelo de Direito, mesmo que não codificado, que é o Direito Digital (NOGUEIRA, 2009).

Assim nasce o Direito Digital, que consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje (PINHEIRO,

2013, p. 38). Desse modo, princípios fundamentais e instrumentos jurídicos capazes de atender os novos conflitos proporcionados pela tecnologia, e não disciplinados por leis, exigem muitas vezes o uso da analogia a normas já vigentes e à criação de leis, de forma que atualize naturalmente o ordenamento jurídico para regular as novas formas de relações sociais. Contudo, o Direito Digital não é um novo ramo do Direito e, sim, uma releitura do tradicionalmente conhecido Direito.

Com esse entendimento, Pinheiro (2013, p. 38) magistralmente ensina que não existe um direito da internet, assim como não há um direito televisivo ou um direito radiofônico. Há particularidades do veículo que devem ser contempladas pelas várias áreas do Direito, mas não existe a criação de um Direito específico.

Nesse contexto, Crespo (2011) concorda que de fato o Direito Digital não aparenta ser um ramo autônomo do Direito até o momento, mas é observado como uma nova leitura, uma nova forma de interpretação das normas jurídicas diante da atual sociedade.

Assim como não possui os elementos suficientes para ser considerado um novo ramo do Direito, Brito (2017) o considera multidisciplinar, uma vez que com a ascendência da tecnologia encontra-se ligado a áreas já existentes do direito civil, trabalhista, penal, constitucional, tributário, contratual, consumidor, internacional, entre tantas outras.

Conforme Castro (2003), as inovações tecnológicas proporcionadas pela internet atingem o direito em todas as suas áreas. Encontram-se na rede opções online de compra e venda de inúmeros tipos de serviços. O comércio eletrônico cresce de forma abundante. As transações de bens feitas por intermédio da internet trazem um grande número de consumidores.

Na esfera do Direito Constitucional, a relação com a internet é aberta. De acordo com Almeida (2010, p.105 apud BRITO 2017 p.75), a imagem da pessoa também deve ser protegida no mundo virtual, já que a Constituição Federal serve de escudo à honra,

à intimidade e à vida privada do cidadão, e é ele que decide sobre o uso de sua imagem.

Publicação de fotos em redes sociais, por exemplo, sem a devida autorização da pessoa, pode caracterizar responsabilidade civil virtual de uso indevido de imagem. Desse modo, a liberdade de expressão e as garantias individuais também devem ser resguardadas no mundo virtual, pois a internet não pode ser considerada um território imune ao Direito, nem tampouco um mundo de fantasia onde tudo é permitido (BRITO, 2017).

No Direito Civil também há questões especialmente que dizem respeito às obrigações. Assim, os contratos, por exemplo, definidos como espécie de negócio jurídico, bilateral ou plurilateral, dependem, para sua formação, do encontro da vontade das partes, o que cria uma norma jurídica individual reguladora de interesses privados perfeitamente aplicáveis aos meios eletrônicos, resultando daí os contratos eletrônicos. Esses contratos causam problemas na atualização de versões, segurança de informação, nível de garantia de serviço, propriedade de conteúdos e bancos de dados, entre outros (CRESPO, 2011).

No âmbito fiscal, diversos tributos incidem sobre as operações de internet, haja vista que os fatos geradores não mudam dos moldes tradicionais. Inclusive é discutido como tributar serviços prestados pela internet que não têm domicílio em território nacional (CASTRO, 2003).

Crespo (2011) aduz que a relação do Direito Penal com a evolução tecnológica também se mostra em questões que dizem respeito ao acesso não autorizado de sistemas, à engenharia social, a invasões de dispositivos eletrônicos, ao vírus de computador, aos crimes praticados através de dispositivos conectados à rede, entre outros. Assim, é devido à evolução tecnológica novos tipos de crimes ou novas formas de se praticarem os tipos penais já existentes.

Conforme explica Pinheiro, o Direito Digital não é algo totalmente novo. Ao contrário, ele tem seu amparo na maioria dos

princípios basilares do Direito, além de aproveitar a maior parte da legislação atual. Assim, mais do que trazer novas questões jurídicas, o Direito Digital exige cada vez mais o papel de estrategista jurídico, muito mais de prevenção do que de reação, para garantir a segurança jurídica das relações sociais. E nesse contexto Pinheiro (2013, p.40) salienta:

É errado, portanto, pensar que a tecnologia cria um grande buraco negro, no qual a sociedade fica à margem do Direito, uma vez que as leis em vigor são aplicáveis à matéria, desde que com sua devida interpretação. O Direito tem de partir do pressuposto de que já vivemos uma sociedade globalizada. Seu grande desafio é ter perfeita adequação em diferentes culturas, sendo necessário, por isso, criar flexibilidade de raciocínio, nunca as amarras de uma legislação codificada que pode ficar obsoleta rapidamente. Aqui voltamos para a questão dos Indivíduos, entendidos não só como pessoas, mas como empresas e instituições. Como sabemos, Direito é a somatória de comportamento e linguagem e, hoje, esses dois elementos estão mais flexíveis do que nunca, fato que demonstra que um direito rígido não deverá ter uma aplicação eficaz. Assim, é dever dos operadores do Direito compreender que estamos vivendo na Era Digital, e interpretar esse novo ambiente com as particularidades trazidas pela internet e pelas tecnologias em geral, de modo que lembre que existe uma forma ética, legal e segura de se usar a tecnologia.

Desse modo, é importante que o Direito acompanhe a evolução tecnológica, principalmente para refletir as grandes mudanças culturais e comportamentais vividas pela sociedade contemporânea. Pois é em virtude dela que tem sido cada vez mais constante o surgimento de condutas ilícitas praticadas na rede mundial de computadores, tendo em vista que os crimes virtuais atingem diversos bens jurídicos e interferem em diversos ramos do Direito.

2.3. Crimes virtuais: incidência na sociedade digital

Os crimes virtuais constituem um fenômeno característico das inovações tecnológicas propiciadas à sociedade atual, e que afe-

tam diretamente o Direito Penal. De maneira sintética, os crimes virtuais podem ser conceituados por um fato típico, antijurídico, culpável cometidos através da informática em geral, ou contra um sistema, dispositivo informático ou rede de computadores (JESUS; MILAGRE, 2016).

São condutas de acesso não autorizado ou ações destrutivas a sistemas informáticos, a interceptação de comunicações e dados sigilosos, infrações a propriedade intelectual, incitação ao ódio, discriminação, difusão de pornografia infantil, ciberterrorismo, entre outras (CRESPO, 2011).

A humanidade está cada vez mais globalizada e, dentro dessa evolução tecnológica atribuída à internet, surge e se difunde a criminalidade de tal modo que os criminosos encontram novas formas de se fazerem presentes na sociedade contemporânea. Com um vasto paraíso de informações e de dados, é inevitável que a internet siga atraindo agentes para o crime. Percebe-se a fragilidade desse âmbito virtual quando se veem grandes quantias de dinheiro serem interceptadas e furtadas (BRITO, 2017).

Em vez de portarem fogo, os criminosos podem agora usar numa rede de computadores sofisticados programas para cometer crimes. E fazem isso de qualquer região ou país, sem a necessidade de se fazerem presentes fisicamente, já que atuam num território sem fronteiras, acreditando que, em consequência disso, ficarão imunes ao poder de polícia (BRITO, 2017).

Hoje, as facilidades de enviar e de receber arquivos maliciosos portadores de vírus pela internet são tão grandes que, muitas vezes, a própria vítima nem percebe que o computador dela está infectado e acaba, mesmo que involuntariamente, passando os dados do seu computador para o criminoso, que utiliza a inocência dos usuários para tirar proveitos financeiros e coletar informações preciosas como RG, CPF, e-mail, dados bancários.

Com o rápido crescimento da informação e de compartilhamento de vídeos nas redes sociais, acaba se propagando crimes como racismo, bullying, pedofilia, entre outros, pois os usuários, por meio de troca de dados online, muitas vezes “esquecem” que estão sujeitos a regramentos legais e que suas condutas recaem no mundo real. Os crimes contra honra injúria, difamação, calúnia e ameaça, mesmo que já tipificados no ordenamento jurídico, ganham, devido à rapidez na divulgação do ato atentatório, uma projeção, visibilidade e notoriedade muito maior ao serem expostos na internet, uma vez que alcançam um maior número de pessoas (BRITO, 2017).

Conforme Pinheiro (2013), legislar sobre a matéria de crimes virtuais é extremamente complexo e delicado porque, sem a devida redação do tipo penal, corre o risco de acabar punindo uma pessoa inocente. Mesmo com os recursos da computação forense, é difícil diferenciar culpa de dolo. Pois um computador não traz informações de contexto da situação.

Claro que já existem leis sobre delitos informáticos, mas a doutrina conclui serem insuficientes no direito brasileiro para os casos que já ocorrem há tempos na sociedade. Em uma era baseada na informação, e estabelecida em sistemas digitais que utilizam a mais sofisticada tecnologia, não se pode negar que os crimes virtuais façam parte cada vez mais da nova realidade.

2.4. Os crimes virtuais praticados nas redes sociais

As pessoas se sentem protegidas atrás de uma tela de computador em face do anonimato que isso proporciona. Por pensar que todas as ações que elas praticarem poderão ser simplesmente “deletadas” da internet, tornou-se comum notar inúmeros crimes todos os dias em redes sociais.

Por ser um fenômeno tecnológico, a internet não veio com um manual de instruções. Os principais riscos encontrados no mundo virtual são muito parecidos com os do mundo real. Têm a ver com sofrer uma ofensa ou um assédio, passar por situações de exposição da intimidade. Criança ou adolescente que ganha um celular de presente dos pais e acaba tirando fotos de outros colegas de aula sem autorização e publicadas na internet poderá causar sérios danos psicológicos às vítimas e ainda ensinar um possível cyberbullying (PINHEIRO, 2013).

No ambiente virtual, crimes contra a honra são muito comuns. Para caracterizar calúnia, basta que uma pessoa impute falsamente a alguém um fato tido como crime e divulgue a informação na internet. O crime de difamação tem campo vasto, principalmente nas redes sociais mais usadas, podendo ser bem comum observar casos corriqueiros divulgados pela mídia de pessoas que usam páginas ou *sites* específicos para difamar outras pessoas (BRITO, 2017).

No crime de calúnia, o agente, obrigatoriamente, deve ter conhecimento da falsidade do fato a que se atribui ser falso. E vale lembrar que a calúnia apenas se consuma quando um terceiro, e não a vítima, toma conhecimento da imputação falsa de fato definido como crime em lei.

Conforme artigo 139 do Código Penal, fato ofensivo acaba gerando um dano que fere a reputação da vítima. Assim, publicação em rede social de acusação sobre uma traição, por exemplo, mesmo que verdadeira, é difamação. Greco complementa que com a difamação pune-se tão somente aquilo que popularmente é chamado de “fofoca”. É, outrossim, o crime daquele que, sendo falso ou verdadeiro o fato, o imputa a alguém com o fim de denegrir sua reputação (GRECO, 2017, p. 393).

Diferentemente da difamação, O Código Penal define injúria, no artigo 140, como ofensa à dignidade ou ao decoro da vítima. É essencialmente uma manifestação de desprezo para ofender

a honra no seu aspecto interno. No entendimento de Greco (2017, p. 405), ao contrário da calúnia e da difamação, no delito de injúria busca-se proteger a chamada honra subjetiva, ou seja, o conceito, em sentido amplo, que o agente tem de si mesmo. Logo, sua efetivação não está condicionada à divulgação ou à publicização a terceiros, já que uma mensagem direta entre dois internautas pode ser definida como injúria (BRITO, 2017).

Outro crime recorrente na internet é o de ameaça, disciplinado no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, artigo 147 do Código Penal, que dispõe que será tido como crime aquele que ameaçar alguém por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.

A ameaça, tanto nas relações humanas pessoais quanto nos meios virtuais de comunicação, possui implícito no seu conceito o temor da vítima, a fim de acabar com o seu sossego ou com o sentimento de segurança (BRITO, 2017).

Tais crimes acontecem corriqueiramente no ambiente digital porque muitas pessoas não se dão conta de que estão praticando atos ilícitos e danosos a outros usuários, em muitos casos, justamente por não terem ciência da lei. O criminoso digital excepcionalmente não é aquele com um alto conhecimento de informática. Pode ser também uma pessoa comum que, por ignorância, acaba por infringir certas condutas penalmente estipuladas.

3. Pornografia de vingança

Uma das principais consequências da sociedade da informação é a constante perda de privacidade. Nesse universo digital, as rápidas transformações tecnológicas criaram ferramentas e plataformas que favoreceram a interação das pessoas em ambientes eletrônicos.

É nesse ambiente que se intensifica cada vez mais a prática da pornografia da vingança, também conhecida por *revenge porn*,

uma espécie de violência moral contra a mulher que consiste na publicação sem consentimento de vídeos e imagens íntimas da pessoa ou do casal na internet, com o devido fim de vingança ou de humilhação (DAMITZ; FARIA, 2017).

Inúmeras vítimas buscam no Judiciário uma forma de reparar o dano lastimável sofrido.

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TÉRMINO DE RELACIONAMENTO AMOROSO. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA OU *REVENGE PORN*. PUBLICIZAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS DA DEMANDANTE NA INTERNET PELO EX-NAMORADO. DANOS MORAIS EVIDENTES. FATO GRAVÍSSIMO. 1. No caso concreto, a prova produzida em contraditório demonstra, com clareza, a tomada de fotografias íntimas na constância do namoro havido entre a demandante e o demandado, a permanência delas em poder deste último após o término e o respectivo compartilhamento entre pessoas próximas do ex-casal - tanto no aspecto afetivo quanto no aspecto profissional. Caracterizado o ilícito e a culpa, consideradas as circunstâncias, a prova e as presunções aplicáveis, os danos morais também são presumíveis diante da gravidade do fato, que revela importante violação à imagem e à honra - tanto subjetiva quanto objetiva - da demandante. Referida divulgação de fotografias íntimas da demandante pelo ex-namorado no pós-relacionamento, classificada como pornografia de vingança ou *revenge porn*, é fato gravíssimo que atinge as mulheres em sua imensa maioria. Trata-se de tema extremamente sensível à discriminação de gênero e à subjugação que a mulher historicamente sofre da sociedade em geral, por conta dos padrões de comportamento que esta lhe impõe. 2. O valor fixado em sentença, R\$ 20.000,00, deve ser mantido justamente para evitar *reformatio in pejus*, haja vista os precedentes desta 10.^a Câmara e a ausência de recurso da demandante. (BRASIL, 2017, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

Destaque-se que as vítimas quase sempre são mulheres. Os agressores, diferente dos crimes virtuais mais complexos praticados por desconhecidos que invadem dispositivos eletrônicos, agora, são pessoas que tiveram um relacionamento afetivo com a víti-

ma, como, por exemplo, ex-namorados, ex-maridos, amigos ou conhecidos, que publicaram imagens íntimas com o único fim de vingança (CRESPO, 2014).

O fato de as pessoas se permitirem fotografar ou filmar em momentos íntimos demonstra uma grande confiança entre os envolvidos. E quando o agressor divulga essas imagens nas redes sociais, elas causam uma série de consequências práticas na vida das mulheres principalmente, gerando humilhações, abandono da vida social e profissional, constrangimento familiar e, em situações mais graves, o suicídio (DAMITZ; FARIA, 2017).

É preciso lembrar que, em uma sociedade extremamente machista e hipócrita, a disseminação de imagens de nudez feminina logo remete à ideia de que a mulher é a culpada por se ter permitido confiar no parceiro naquele momento de intimidade, diferentemente do que acontece se o homem for a vítima dessa situação. Homens não passam pelo mesmo julgamento moral que as mulheres na sociedade. Para os homens é até mesmo um motivo de afirmação de sua masculinidade (CRESPO, 2014).

De acordo com o *site* SaferNet, que presta apoio a vítimas de crimes virtuais, em 2013 foram feitos 101 pedidos de ajuda e em 2014 o número subiu para 224 pedidos, sem contar os casos não contabilizados.

A vítima de *porn revenge* passa por uma tripla agressão: a vergonha da exposição, a punição social, o desrespeito da pessoa com a qual mantinha uma relação de afeto. Mais ainda, o alcance da mensagem e a cumplicidade de conhecidos e desconhecidos que a repassam adiante intensificando o poder de agressão. [...] A internet se tornou outro mecanismo por meio do qual se perpetua a violência de gênero; portanto, deve-se buscar o recurso jurídico para regulamentar os crimes virtuais, pois a lei penal ainda é um meio de proteção e, em consequência, é necessário educar os sujeitos ao utilizar o espaço virtual, bem como empoderar mulheres a fim de reduzir a subordinação de um sexo a outro. (DAMITZ; FARIA, 2017, p. 80).

Embora a legislação permita o enquadramento sob a luz da responsabilidade civil e criminal, uma vez que a honra, a intimidade e a dignidade são violados, o Código Penal apenas penaliza a pornografia de vingança com o crime de injúria — salvo nos casos que envolvam crianças e adolescentes — não impedindo a extrema exposição da vítima a uma grande quantidade de pessoas.

A Lei 13.718, sancionada em 24 de setembro de 2018, tipifica a conduta de pornografia de vingança como crime de “divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”. Ou seja, são três situações: cena de estupro ou estupro de vulnerável; apologia ou indução ao estupro; cena de sexo, nudez ou pornografia. Agora se introduziu no Código Penal o artigo 218-C, segundo o qual constitui crime:

Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio — inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática —, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

No parágrafo 1.º do referido artigo inclui-se que a conduta de quem compartilha ou divulga cena de nudez, sexo ou pornografia, sem o consentimento da vítima, tem a pena aumentada em até dois terços se o crime for praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, como marido, mulher, ex-marido, namorado ou namorada, ou que tenha cometido o crime com o fim de vingança ou humilhação. A intenção da nova legislação é evitar os casos de pornografia de vingança e sanar a lacuna jurídica que existia, visto que a cada ano é maior o número de casos.

Se as pessoas acima de 18 anos querem compartilhar imagens de cunho erótico entre si, não há impedimento legal nem mesmo para o seu armazenamento. Contudo, ao repassá-las a grupos *online*, redes sociais ou *sites*, sem autorização, o agente estará enquadrado no artigo 218-C do Código Penal.

Conforme a Lei 12.965/2014, nos casos de *porn revenge* os provedores de internet que não retirarem do ar o material pós-notificação extrajudicial poderão responder pelos danos causados à vítima. Ressalte-se que a obtenção das imagens não se pode dar por ato voluntário da vítima em casos de furto ou de roubo de equipamento eletrônico ou até mesmo quando o agente que possui um conhecimento de informática avançado invadir o dispositivo eletrônico da vítima e obter acesso às fotos íntimas, por exemplo. Nesse caso, configura-se o crime previsto no artigo 154-A do Código Penal, que foi acrescido pela Lei 12.737/2012 (DAMITZ; FARIA, 2017, p.81).

Ademais, ainda que seja possível identificar e responsabilizar tanto na esfera criminal quanto na civil aqueles que praticarem essa lamentável exposição alheia no mundo virtual, inexistente uma forma de garantir que alguém não se torne vítima de pornografia de vingança, pois não há como assegurar que a pessoa que recebeu o conteúdo íntimo não o vá compartilhar com terceiros. Com isso, apesar de a lei estabelecer que o conteúdo ilícito e íntimo seja retirado da internet, o melhor que se pode fazer é evitar a exposição desnecessária, porque os danos à imagem da vítima são sérios e, muitas vezes, irreversíveis (CRESPO, 2014).

A tipificação dessa prática no Código Penal foi um grande avanço na legislação brasileira principalmente porque a pornografia de vingança tende a se tornar um mal comum. O compartilhamento de mídias digitais tem crescido rapidamente, e uma das formas de combater essa prática no mundo virtual seria a exposição do tema nas escolas e nas universidades para conscientizar as pessoas acerca desse novo fenômeno da sociedade contemporânea.

4. Conclusão

As novas tecnologias estão impulsionando o processo de globalização e proporcionando avanços que, com a internet, acabam influenciando de forma direta o aparecimento dos crimes virtuais.

De forma lenta e precária, o Estado vem promulgando leis que reprimem tais ações. Assim, mesmo que o agente criminoso pratique condutas em um território “virtual”, por acreditar que estará livre da jurisdição do Estado, arcará com consequências reais.

A internet se originou de um projeto militar para difundir a comunicação entre os centros de produção científica e as bases militares em rede. Porém, a internet se popularizou e o seu uso aperfeiçoado passou a ser comercial e indispensável à sociedade contemporânea. Mudaram-se hábitos, formas de relacionamento, meios de realizar as atividades do dia a dia.

Em certo aspecto, a legislação penal era lacunosa e clamava por uma “atualização” que refletisse a própria mudança social diante dos novos ilícitos, novas ferramentas, novos valores, provocando uma característica natural do Direito em se manter adepto da sociedade contemporânea na constante perda de privacidade decorrente das interações virtuais.

Nesse contexto, o fenômeno da pornografia de vingança se difundiu no ambiente digital, e é importante observar que não há só grandes crimes praticados com um amplo conhecimento técnico. Existem crimes mais comuns que são praticados “aos montes” nas redes sociais ou em grupos *online* sem uma solução rápida aos problemas.

A educação digital, portanto, é essencial para promover medidas preventivas de segurança e ética, além de conscientizar sobre o uso coerente da tecnologia em face da gama de delitos que podem advir da sociedade digital, assim como também é de suma importância o estudo dos crimes virtuais para o Direito Penal moderno.

5. Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRITO, João Riél de Oliveira. *A responsabilidade civil pelos danos praticados nas redes sociais: uma análise dos crimes virtuais praticados na internet*. 3. ed. Sobradinho: CentroSerra, 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes Digitais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Revengeporn: a pornografia de vingança*. Jus Brasil, 2014. Disponível em: <<https://marcelocrespo1.jusbrasil.com.br/artigos/153948423/revenge-porn-a-pornografia-da-vinganca>>. Acesso em: 26 set. 2018.

DAMITZ, Caroline Vasconcelos; FARIA, Josiane Petry. Porn Revenge: Uma questão de gênero. *Revista Estudos Legislativos*. Porto Alegre, ano 11, n. 11, p. 73-88, 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. *Manual de crimes informáticos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Rio Grande do Sul. Tribunal de justiça. *Apelação* cível n.º 70073274854, da 10.^a Câmara Cível. Apelante. L.S.R.C. Apelado. A.B.R. Relator. Catarina Rita Krieger Martins. Porto Alegre, 30 nov. 2017. Disponível em: <<http://tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NOGUEIRA, Sandro D' Amato. *Manual de Direito Eletrônico*. 10. ed. BH. 2009.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. *Crimes cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

Artigo recebido em 03/06/2019

Artigo aprovado em 15/10/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200012

114 - 137

Artigo

**O “DIREITO DE MORRER”:
ASPECTOS DA
LEGALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA
NO ÂMBITO INTERNACIONAL**

OTÁVIO MORATO DE ANDRADE

O “DIREITO DE MORRER”: ASPECTOS DA LEGALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

THE “RIGHT TO DIE”: ASPECTS OF INTERNATIONAL LEGALIZATION OF EUTHANASIA

OTÁVIO MORATO DE ANDRADE

Pós-graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

otaviomorato@gmail.com

RESUMO: A regulamentação da eutanásia em alguns países é fruto de um longo processo histórico. O aumento da expectativa de vida, das doenças incapacitantes e a busca pela medicina humanizada ajudam a explicar estes novos marcos regulatórios, mas não só. Há um efervescente background social, jurídico e cultural que dá fôlego ao debate público, alavancando o tema para o interior das mais altas cortes judiciais e câmaras legislativas ao redor do mundo. Dentro desse *background*, situam-se polêmicas judiciais, *lobby* de setores não governamentais e articulações políticopartidárias. O tema da morte assistida é atual e controvertido, mas aos poucos tem sido corajosamente enfrentado, o que revela, entre tantas mazelas, uma face madura de algumas democracias contemporâneas. Este artigo sintetiza a criação e a consolidação de tais marcos regulatórios, além de argumentos e discussões nos âmbitos jurídico e legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Eutanásia. Direito a morrer. Livre-arbítrio.

ABSTRACT: The regulation of euthanasia around the world results of a long historical process. The increase in life expectancy, incapacitating diseases and the search for humanized medicine help to explain these new regulatory frameworks, but not only; there is an effervescent social, juridical and cultural background that gives breath to the public debate, leading the theme to the highest judicial courts and legislative chambers. Within this background, there are judicial controversies, lobbies and intense political articulation. In this scenario, assisted death is a current and still very controversial theme, but has been bravely confronted, revealing, among so many mischances, a mature face of some contemporary democracies. This article aims to provide an updated review of the creation and consolidation of such regulatory frameworks, identifying the agents involved, identifying their arguments and how these discussions have been introjected in the legal and legislative spheres.

KEYWORDS: Euthanasia. Right to die. Free will.

SUMÁRIO: 1. Eutanásia *lato sensu*. 1.1 Eutanásia ativa voluntária. 1.2 Suicídio assistido. 1.3 Ortotanásia. 1.4 Eutanásia não voluntária. 1.5 Eutanásia passiva. 1.6 Eutanásia involuntária. 1.7 Distanásia. 1.8 Objeção da consciência. 2. Marcos regulatórios da eutanásia. 2.1 Holanda. 2.1.1 Evolução histórica. 2.1.2 Codificação da eutanásia na Holanda. 2.2 Bélgica. 2.2.1 Status Legal. 2.2.1 Eutanásia solicitada por jovens e crianças. 2.3 Suíça. 2.3.1 Status legal. 2.3.2 O turismo suicida. 2.4 Canadá. 2.5 Situação legal no Brasil. 3. Conclusão. 4. Referências

1. Introdução

O cientista e filósofo Francis Bacon (1561-1626) foi o primeiro autor na história moderna a usar a nomenclatura “eutanásia”. De

acordo com Dowbiggin (2005, p. 50), Bacon emprega o termo em sua concepção etimológica, para significar “uma morte fácil através da mitigação da dor [...]”.

Já na concepção de Jonathan Moreno (1995, p. 26), o termo refere-se a ações ou a omissões que resultam na morte de uma pessoa que já está gravemente doente: “as técnicas de eutanásia ativa variam desde um disparo de arma de fogo até a injeção letal, enquanto a eutanásia passiva pode ser alcançada, por exemplo, pela interrupção de um tratamento de pneumonia ou pela suspensão ou retirada de aparelhos de respiração artificial”.

Apesar de ser historicamente rejeitado ou ignorado pela grande maioria dos ordenamentos jurídicos, o instituto da eutanásia vem sendo cada vez mais debatido no círculo acadêmico, na literatura jurídica e no ambiente legislativo. Há também a participação ativa de movimentos¹ como a *Exit International* (Holanda), Direito a morrer com dignidade (Portugal) e *Dignitas* (Alemanha), que promovem o debate no intuito de estabelecer marcos regulatórios em prol da questão.

O tema também tem atingido o público em razão das grandes polêmicas judiciais em processos famosos como o de Terri Schiavo (nos Estados Unidos da América), Eluana Englaro (na Itália) e, mais recentemente, no caso María José Carrasco (na Espanha). A legalização em alguns países, como Holanda e Bélgica, fez com que a eutanásia passasse a ser constantemente debatida por parlamentares em nível global. A grande controvérsia é se os procedimentos de eutanásia e de suicídio assistido devem ser legalizados, discussão que perpassa conceitos jurídicos, éticos, espirituais e culturais da sociedade civilizada.

1 A The World Federation of Right of Die Societies congrega mais de 50 organizações que apoiam a instituição de marcos legais para apoiar a morte digna. A lista completa pode ser encontrada em <https://www.worldrtd.net/member-organizations>

O jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, que se notabilizou como um dos grandes defensores do aborto e da eutanásia (2003, p. 76), preleciona que cada indivíduo tem o direito de tornar as escolhas mais íntimas e pessoais centrais para a dignidade e autonomia pessoal. Esse direito engloba o exercício de algum controle sobre a ocasião e a maneira de morrer (1997, p. 26).

Irwin (2013, p. 19) argumenta que o direito de morrer deve ser uma opção pessoal. “Somos capazes de escolher todos os tipos de coisas na vida: com quem casamos, o trabalho que fazemos e, quando se chega ao fim da vida, se você tiver uma doença terminal ou se for idoso, uma escolha sobre o que acontece com você”.

No campo oposto, Coburn (1999, p. 22) argumenta a inexistência do direito jurídico à eutanásia: “Não temos esse poder [...] nós devemos ter o direito de buscar a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Nada diz que temos o direito de perseguir a morte”.

Doerflinger (2017, p. 34) pondera que:

Nos estados que legalizaram o suicídio assistido, a maioria dos pacientes passa a solicitar as drogas letais não devido à dor, mas devido a preocupações como ‘perda de dignidade’ e ‘tornar-se um fardo para os outros’ - atitudes que essas leis encorajam. A solução é cuidar das pessoas de modo a assegurar que elas tenham dignidade e é um privilégio, não um fardo, cuidar delas enquanto viverem.

Para expor as minúcias desse debate global que tanto divide opiniões e aprofundamento do tema, cabe examinar exemplos de marcos regulatórios já estabelecidos.

Países como Holanda, Bélgica, Suíça e Canadá, cujas populações tradicionalmente são identificadas com pautas liberais, também apresentam grande receptividade em relação ao reconhecimento do direito ao aborto, à doação de órgãos e à legalização das drogas. Além da aprovação popular, ainda há importantes agentes sociais e eventos jurídicos e legislativos com papel fundamental

na consolidação da eutanásia. A Holanda, por exemplo, teve, nas décadas de 1970 e 1980, casos judiciais de repercussão nacional. A projeção pública a esse debate possibilitou a flexibilização de sanções a casos de suicídio assistido.

A cristalização desses marcos regulatórios na Holanda, na Bélgica, na Suíça e no Canadá, a gradual jurisprudência pró-eutanásia, a evolução dos debates em âmbito jurídico e público culminarão em corajosas transformações legislativas, o que traz o amparo legal necessário à prática da eutanásia em conformidade com a estrutura legislativa do direito interno dessas nações.

Também há que se destacar o ativismo feito por associações e até pelos próprios pacientes terminais, que buscam perante a Justiça, o governo e a opinião pública ampliar o debate sobre o reconhecimento do “direito à morte”.

1. Eutanásia lato sensu

A eutanásia vem das palavras gregas: *eu* (bom, verdadeiro) e *thanatos* (morte). Dessa junção, colhe-se a essência do instituto “boa morte” (Chao, Chan, & Chan, 2002, p. 18).

As variadas modalidades de supressão ou não prolongamento da vida coadunam-se com a essência de “uma intervenção deliberada, empreendida com a intenção expressa de acabar com uma vida, para aliviar o sofrimento intratável”².

Apesar da profícua quantidade de subespécies e classificações possíveis, entende-se possível a utilização do termo eutanásia de maneira genérica para se referir a qualquer uma das subespécies (itens 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.5). Isso inclui o suicídio assistido, a eutanásia voluntária ativa, a ortotanásia, a eutanásia não voluntária e a eutanásia passiva.

2 Conceito adotado em 1993 pelo Comitê de Ética Médica da Câmara dos Lordes, designado pelo parlamento para discutir a eutanásia. Disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldselect/ldasdy/86/4120202.htm>

No que se refere ao controverso conceito de eutanásia involuntária, a percepção é de que seu significado colide perigosamente com a etimologia e com a maioria das acepções admitidas pela literatura sobre o termo. Por essa razão, assim como Young (2000, p. 11), entende-se imprópria tal nomenclatura, reservando a ela um item à parte na sessão “outros conceitos”.

1.1. Eutanásia ativa voluntária

A eutanásia ativa voluntária é a forma mais comum e mais debatida de eutanásia. Ela se dá quando o médico atua diretamente na morte do paciente, situação que tipicamente envolve a administração intravenosa de uma substância letal (2019, p. 33). Nesse caso, deve-se proporcionar a morte por meios dignos e indolores, mediante consentimento prévio e expresso do paciente. Diferentemente do suicídio assistido, a eutanásia ativa voluntária possibilita que o próprio médico ministre as quantidades adequadas de sedativos e substâncias letais, além de acompanhar o desfecho do processo.

Brock (1993, p. 34) argumenta que a eutanásia ativa voluntária é mais vantajosa que o suicídio assistido, sobretudo nos casos em que o paciente está muito doente para a autoadministração. Não é mais capaz de engolir, digerir comida ou absorver medicação oral. Afinal, além de administrar corretamente os fármacos, o profissional poderá monitorar os batimentos cardíacos, frequência respiratória, temperatura e pressão arterial, eliminando riscos e conferindo mais segurança ao procedimento.

1.2. Suicídio assistido

De acordo com a American Medical Association (2016, p. 22), o suicídio assistido ocorre quando um médico facilita a morte ao fornecer os meios necessários para que o paciente interrompa sua própria vida. Não será o médico, mas o paciente, quem administrará a medicação letal.

O suicídio assistido é mais fácil emocionalmente para o médico do que a eutanásia, já que o profissional não tem que causar diretamente uma morte, mas apenas fornecer os meios para o uso pessoal do paciente. Defensores dessa prática acrescentam que ela traz o benefício adicional de permitir que o paciente determine com total autonomia o momento da morte dele.

Contudo, o uso de drogas orais autoadministradas, embora ofereça privacidade e autonomia ao paciente, carrega o risco de erro causado, por exemplo, por administração inadequada da substância letal ou, o que é muito comum em pacientes terminais, por dificuldades de absorção metabólica ou comprometimento da deglutição.

1.3. Ortotanásia

Ortotanásia, uma espécie de eutanásia passiva, ocorre quando se toma a decisão de não estender artificialmente o processo de vida além dos padrões naturais (Menezes, 2013, p. 5). Dessa forma, o médico deixa de prescrever medicação ou aparelhos que prolonguem artificialmente a vida do portador de uma doença grave e incurável. É também conhecida por paraeutanásia, eutanásia omissiva, moral ou terapêutica (Nucci, 2002, p. 66). Trata-se, portanto, de permitir uma morte natural, sem qualquer interferência de agentes que acelerem o processo de supressão da vida.

A ortotanásia encontra menos objeções nos diversos setores conservadores da sociedade, uma vez que até mesmo algumas religiões se identificam com a ideia de proporcionar um curso natural à vida, sem postergá-la excessivamente por meio de intervenções artificiais.

1.4. Eutanásia não voluntária

A eutanásia não voluntária é aquela procedida sem o consentimento explícito do indivíduo, como é o caso de pacientes em

estado vegetativo. Para Fieser (2017, p. 10), na eutanásia não voluntária o paciente é incapaz para tomar uma decisão, e uma terceira parte age como um preposto em nome dos melhores interesses do paciente. Nesse cenário, a solicitação geralmente é formulada por um familiar próximo, com base na qualidade de vida, no sofrimento e nas perspectivas médicas do doente.

1.5. Eutanásia passiva

Segundo Manning (1998, p. 10), na eutanásia passiva o autor da prática deixa de fazer algo com o objetivo direto e imediato de provocar a morte a pedido do paciente. Nestes casos, não se ministra uma substância letal (como na eutanásia ativa ou no suicídio assistido). A morte se dá pela falta de recursos necessários à manutenção das suas funções vitais (água, alimentos, fármacos ou cuidados médicos).

Foi o que aconteceu em 2005 com a norte-americana Terri Schiavo, 41 anos, 15 dos quais em estado vegetativo. Ela era alimentada por meio de um tubo inserido no estômago dela. Em 1998, o marido, Michael Schiavo, entrou com uma petição na Corte da Flórida para remover o canal de alimentação que a mantinha artificialmente viva. Os pais de Terri se opuseram, e houve debate de grandes proporções nos Estados Unidos (Weijer, 2005, p. 12).

Depois de anos de batalhas judiciais, o juiz George Greer, do condado de Pinellas, na Flórida, determinou “remoção da nutrição e hidratação da enfermaria” e fixou que o tubo de alimentação seria removido às 13h de sexta-feira, 18 de março de 2005. A decisão foi mantida pela Suprema Corte Federal dos Estados Unidos, e Terri Schiavo faleceu 13 dias depois (Haberman, 2014).

James Rachels (1975, p. 67) pondera que a eutanásia ativa não é pior do que a eutanásia passiva. Para ele, o processo de “permitir morrer” pode ser relativamente lento e doloroso, enquanto receber uma injeção letal é relativamente rápido e indolor.

1.6. Eutanásia involuntária

A eutanásia involuntária é aquela praticada em uma pessoa apta a fornecer consentimento informado, mas não o faz. Por exemplo, um deficiente físico absolutamente paralisado, mas consciente, que não realizou qualquer solicitação de interrupção de vida. Questiona-se se a eutanásia involuntária consistiria basicamente em um homicídio, sem quaisquer autorização e amparo legal. Essa nomenclatura ainda é muito encontrada, pois foi utilizada no contexto do Estado nazista como pretexto de eugeniização (Gomes, 2009, p. 2).

Historicamente, a eutanásia involuntária foi defendida e implantada pelos nazistas no âmbito do programa Aktion T4, visando a exterminar e a esterilizar pessoas consideradas “inadequadas” pelos médicos eugenistas (Burleigh, 1995, p. 13). Para tanto, foram criados seis centros de extermínio, onde aproximadamente 200 mil vítimas foram assassinadas coletivamente em câmaras de gás em seis anos. As estações de eutanásia involuntária foram fechadas pelas tropas aliadas em 1945 (Friedlander, 1995, p. 9).

Para Peter Singer (1979, p. 12), as mortes produzidas pelo Aktion T4 não podem ser consideradas eutanásia. “Na verdade, os nazistas não tinham um programa de eutanásia no sentido correto da palavra. Seu chamado programa de eutanásia não foi motivado pela preocupação com o sofrimento dos mortos”.

1.7. Distanásia

Distanásia é a intervenção pela qual se prolonga, por meios artificiais e desproporcionais, a vida de um enfermo incurável (Morache, 1904, p. 2). Esse procedimento é por vezes referido como “tratamento fútil ou obstinação terapêutica”.

Definida como uma atitude médica que visa a salvar a vida do paciente terminal, submete-o a grande sofrimento. Nessa condu-

ta, não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer (Pessini, 1996, p. 10).

1.8. Objeção da consciência

Há um debate sobre se qualquer médico deveria ser obrigado a realizar o procedimento, independentemente da sua perspectiva ética, nos casos em que a eutanásia foi legalizada no ordenamento jurídico.

Conforme Frederico Ferri de Resende (2012, p. 9), a vontade do médico também deve ser levada em conta, já que, em certas situações, ele pode, inclusive, recusar-se a realizar certos procedimentos, fundamentado na sua objeção de consciência, desde que indique meios para que o enfermo não fique completamente desassistido.

A objeção de consciência tem sido amplamente introduzida nas regulamentações sobre a eutanásia. No entanto, nos países onde a eutanásia foi codificada até o momento, a objeção do médico está sendo devidamente resguardada, ou seja, o profissional pode se recusar a fazer o procedimento por questões morais.

Baumrin (1998, p. 13) argumenta: “Nada, absolutamente nada, exige que os médicos sejam instrumentos de ajuda suicida. A tarefa do médico é dizer ao paciente o que há de errado e, com a melhor capacidade do médico, o que vai acontecer.”

2. Marcos regulatórios da eutanásia

A Dignity in Dying (antiga *Voluntary Euthanasia Society*), fundada em dezembro de 1935 no Reino Unido, foi a primeira sociedade organizada de ativismo em favor da eutanásia. Em 1936, um projeto de lei em prol da legalização do instituto foi debatido na Câmara dos Lordes no Reino Unido, mas foi rejeitado.

A Segunda Guerra Mundial interferiu severamente nos rumos da discussão sobre a eutanásia. Em 1939, a Alemanha nazista iniciou o programa Aktion T4, exterminando ou esterilizando cerca de 200 mil pessoas. Esse projeto de eutanásia involuntária, que na prática era um programa de extermínio, acabou comprometendo o debate sobre a eutanásia voluntária ativa e o suicídio assistido.

O debate sobre a eutanásia ficou em silêncio entre as décadas de 1970 e 1980, quando a Suprema Corte da Holanda julgou, com enorme repercussão pública, os casos Postma e Alkmaar (Have & Welie, 2005, p. 12). Esses casos culminaram na legalização da eutanásia na Holanda e, logo depois, na Bélgica.

2.1 Holanda

2.1.1. Evolução histórica

O debate sobre a eutanásia na Holanda foi desencadeado em 1973 no processo que ficou conhecido como “Caso Postma”, em que a médica Truus Postma foi processada por interromper a vida da própria mãe, uma idosa permanentemente incapacitada em razão de uma hemorragia cerebral. Depois que a mãe expressou o desejo de morrer, a filha ministrou-lhe uma dose letal de morfina. Julgada, Truus Postma foi sentenciada a uma semana de prisão e em seguida colocada em liberdade condicional por um ano (Gevers, 1996, p. 4).

Em 1984, a Suprema Corte holandesa absolveu um médico responsável por eutanásia em uma senhora de 95 anos com severa deterioração física, que implorou que a vida dela fosse interrompida. “O médico não será condenado se tiver ponderado cuidadosamente entre o dever de aliviar o sofrimento do paciente e o dever de preservar-lhe a vida” (Thomas, 1984, p. 12).

Esses e outros processos serviram para que a jurisprudência holandesa passasse a introduzir critérios de mitigação da responsa-

bilidade penal nos casos de eutanásia. Em 1984, a Associação Médica Real Holandesa declarou que os profissionais que realizavam a eutanásia não seriam processados se houvesse a devida comprovação do estado do paciente, do prévio consentimento dele, da revisão do caso por um segundo médico (Gevers, 1996, p. 4).

Na década de 1990, quando a prática da eutanásia já era bastante disseminada na Holanda, a Associação Médica Real Holandesa constatou que 60% de todas as mortes assistidas não estavam sendo relatadas devidamente (Van der Maas, Van der Wal, & Haverkate, 1996, p. 2). Como fruto desses estudos, a Holanda desenvolveu diretrizes de controle mais eficazes. Essas ações incluíam protocolos mais exigentes e a ampliação do suporte psicológico e terapêutico aos pacientes que se inscreveram em programas eutanásia.

2.1.2 Codificação da eutanásia na Holanda

Embora existissem no mundo casos isolados de leis estaduais ou decisões judiciais coniventes com a eutanásia, o Congresso holandês fez história ao debater e aprovar o procedimento em meados de 2001. Dessa forma, a Holanda foi a primeira nação a legalizar a eutanásia.

A *Lei de interrupção da vida mediante solicitação e suicídio assistido*³ foi aprovada em abril de 2001 e passou a vigorar no ano seguinte. A eutanásia já era praticada pela comunidade médica holandesa havia mais de 20 anos. Mas a sua codificação deu mais segurança legal a médicos e a pacientes ao reformular artigos do Código Penal⁴ que tratavam de homicídio e estabeleciam procedimentos de controle e revisão dos processos de suicídio assistido.

3 *Termination of Life on Request and Assisted Suicide* em tradução livre

4 *Chapter IV. Amendments to other Acts Article 20 - Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act [2002]*

O artigo 1.º do capítulo II dessa lei fixou requisitos para a solicitação da eutanásia ao estabelecer que: i) o médico deve estar convencido de que o paciente tinha autonomia e informações suficientes para decidir; ii) deve haver convicção de que o sofrimento do paciente era duradouro e insuportável; iii) o paciente foi informado sobre a situação em que estava e sobre suas perspectivas; iv) o paciente estava convencido de que não havia outra solução razoável para a situação em que se encontrava; v) um outro médico deve examinar o paciente e emitir um parecer independente sobre a solicitação; vi) o médico deve auxiliar no suicídio de maneira apropriada.

2.2. Bélgica

2.2.1. Status legal

O ato belga que legaliza a eutanásia foi apresentado no Congresso em 1999 e aprovado em 28 de maio de 2002⁵, entrando em vigor quatro meses depois (Diesbach, Loze, Brochier, & Montero, 2012, p. 4).

A seção 3 da referida norma prevê que o médico que proceda a eutanásia não cometerá ilícito penal quando reunidas as seguintes condições: i) quando o paciente for maior de idade ou menor emancipado e estiver “competente e consciente” no momento do requerimento; ii) quando o requerimento for voluntário, bem considerado e reiterado, e não for resultado de pressão externa; iii) quando o paciente foi vítima de doença ou acidente que o tenha conduzido a insuportável e irreversível sofrimento físico ou mental.

Em provisões gerais, o ato trouxe o conceito de eutanásia, mas não contemplou o de suicídio assistido. Embora haja uma lacuna no texto legislativo, os casos de suicídio assistido reportados à

5 *The Belgian Act on Eutanasia* (2002) – disponível em <http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?LAN=E&TABLE=EP&ID=59>

Comissão Federal de Controle e Avaliação de Eutanásia são equiparados à eutanásia e têm tratamento jurídico análogo. Um relatório da referida comissão (2018) contabiliza casos de eutanásia voluntária ativa e de suicídio assistido: houve 2.028 dessas mortes em 2016 e 2.309 em 2017.

Em termos de critérios e procedimentos adotados, a legislação belga é semelhante à holandesa, com algumas particularidades: quando o paciente não é terminal, o médico deve consultar um especialista independente. Além disso, entre o requerimento do paciente e o ato da eutanásia deverá transcorrer o prazo de um mês. Todavia, no que tange à faixa etária apta a solicitar os programas de auxílio ao suicídio, a Bélgica inovou ao possibilitar a eutanásia em pessoas jovens.

2.2.2. Eutanásia solicitada por jovens e crianças

Em 13 de fevereiro de 2014, a Bélgica removeu a restrição de idade para a eutanásia, apesar de forte oposição de religiosos e de alguns profissionais da classe médica. Com a nova legislação, crianças de qualquer idade estão aptas a requerer a eutanásia, desde que possam entender as consequências de suas decisões, conforme certificado por um psicólogo ou psiquiatra infantil (Raus, 2016, p. 3).

A criança deverá estar em condição terminal, com constante e insuportável sofrimento físico, que não possa ser aliviado. Os pais ou representantes da criança solicitante devem apoiar os melhores interesses da criança, mas têm garantido o seu direito a veto (Raus, 2016, p. 3).

Embora a restrição da idade não seja imposta por lei, a criança deve mostrar capacidade de discernimento e estar consciente no momento de fazer o pedido. Por isso, apesar da previsão legal, os pré-requisitos tendem a limitar rigorosamente o número de

crianças postulantes. Nos anos de 2017 e 2018, três menores de 18 anos, com idades de nove, 11 e 17 anos, tiveram a solicitação de eutanásia aprovada por unanimidade. De acordo com Arya Hodjat (2018)⁶, as condições terminais dos três variaram de distrofia muscular a tumores cerebrais e fibrose cística.

2.3. Suíça

2.3.1. Status legal

No código criminal suíço (1942)⁷ há uma brecha legal que viabiliza o suicídio assistido. Enquanto o artigo 114 proíbe “causar a morte” por “motivos louváveis e, em particular, por compaixão pela vítima”, o artigo 115 prevê a punição de até cinco anos a quem, “por motivos egoístas”, incite ou auxilie o suicídio. Ou seja, o diploma penal foi omissivo acerca dos casos de auxílio ao suicídio que ocorrem em nome dos melhores interesses do paciente. Embora não tenha sido originalmente concebido para a regulamentação dessa prática, o artigo 115 passou a ser explorado juridicamente por organizações de apoio à morte assistida, sobretudo a partir da década de 1980.

O instituto tem ampla aceitação social na Suíça, o que fez com que a brecha legal no código criminal tenha sido consensualmente mantida pela sociedade nas últimas décadas. Num referendo de 2011, por exemplo, a iniciativa de proibir o suicídio assistido foi rejeitada por 85% dos eleitores do cantão de Zurique⁸. Ao longo dos anos, a jurisprudência da Suprema Corte Suíça também permitiu a consolidação da prática ao introduzir e refinar critérios para os procedimentos de suicídio assistido.

6 *Belgium Approved Euthanasia of 3 Minors, Report Finds* (VoaNews). Disponível em <https://www.voanews.com/a/belgium-approved-euthanasia-three-minors-report-finds/4499976.html>

7 O *Strafgesetzbuch (StGB)* é o Código Criminal Suíço, elaborado em 1937 e em vigor desde 1942.

8 Switzerland: Zurich votes to keep assisted suicide (BBC) – Disponível em <https://www.bbc.com/news/world-europe-13405376>

Melhor sorte não assistiu à eutanásia ativa voluntária, aquela em que o profissional ministra a dose letal ao paciente, modalidade sempre vedada pelo artigo 114, sem modificações jurisprudenciais ou legislativas no curso dos anos.

2.3.2. O turismo suicida

A Suíça é o único país que aceita cidadãos estrangeiros por um suicídio legal medicamente assistido (Sherwell & Leidig, 2004, p. 8). Isso tem atraído, nos últimos anos, milhares de estrangeiros que viajam até a Suíça para solicitar auxílio para morrer. Essa peregrinação de forasteiros em busca de uma morte tranquila e lícita tem sido chamada de “turismo suicida”.

Em 2012, pesquisadores encontraram 172 casos de estrangeiros apenas em Zurique (o maior estado da Suíça), um aumento de 28% em relação a 2008, quando foram registrados 123 procedimentos. De acordo com a *Dignity in Dying*, os custos para um estrangeiro morrer na Suíça ultrapassam £10,000⁹.

Pode-se dizer que a prática do suicídio assistido na Suíça se dá com três grandes diferenças em relação à maioria dos países: 1) o suicídio assistido não é regulamentado de maneira clara, uma vez que não existem leis específicas que determinam sob quais condições uma pessoa pode solicitar assistência; 2) a eutanásia ativa voluntária é completamente vedada, caracterizando ilegalidade, com enquadramento no artigo 114; 3) a Suíça permite que cidadãos estrangeiros se inscrevam nos programas de auxílio ao suicídio, o que teria gerado o fenômeno do “turismo suicida”.

9 Campaign for Dignity in Dying - Morte assistida na Suíça - Disponível em <https://www.dignityindying.org.uk/assisted-dying/international-examples/switzerland/>

2.4. Canadá

Até mesmo a tentativa de autoextermínio na sua modalidade clássica era passível de punição no antigo Código Penal Canadense. Em 1972, o governo revogou essa disposição, o que possibilitou o debate público sobre outras formas de suicídio, como a morte assistida (Kellner, 2016).

A legislação manteve proibição à eutanásia e ao suicídio assistido. O artigo 241 (alíneas a e b) do Código Penal previa pena de até 14 anos àqueles que ajudassem ou aconselhassem uma pessoa a cometer suicídio. A seção 14, por sua vez, determinava que o consentimento do paciente “não afeta a responsabilidade criminal daquele que infringiu a morte” (1985).

Em 1993, a proibição do suicídio assistido foi contestada judicialmente por Sue Rodriguez, uma mulher de 42 anos diagnosticada com esclerose lateral amiotrófica. Durante a batalha judicial, as declarações impactantes de Sue Rodriguez mobilizaram a opinião pública: “Se não posso dar consentimento para minha própria morte, de quem é esse corpo? Quem é dono da minha vida?” (*The New York Times*, 1992). Por 5 votos a 4 (Rodriguez v. British Columbia, 1993), o pleito foi indeferido pela Suprema Corte do Canadá, e Rodriguez acabou realizando a morte assistida de forma clandestina, em 1994.

Kay Carter morreu em 2010 e Gloria Taylor em 2012, ambos devido a doenças terminais. As famílias deles, representadas por uma associação de direitos civis, contestaram nas cortes canadenses os dispositivos do Código Penal que vetavam a eutanásia. Alegaram violação aos artigos 7.º (direito à vida, liberdade e segurança da pessoa) e 15 (igualdade) da Carta.

Em fevereiro de 2015, a Suprema Corte do Canadá decidiu em Carter *versus* Canadá que os médicos podem viabilizar a eutanásia ou o suicídio assistido a portadores de doenças terminais

graves, desde que estes sejam “adultos canadenses mentalmente competentes que estejam sofrendo intolerável e duradouramente” (2015). O Código Penal foi alterado em junho 2016 para dar efeito à decisão em todo o país. A eutanásia ativa voluntária passou, pois, a ser legal no Canadá a maiores de 18 anos que têm uma doença terminal que progrediu a ponto de a morte natural ser “razoavelmente previsível”.

O *Bill C-14*¹⁰, aprovado pelo Parlamento do Canadá em junho de 2016, emendou o Código Penal canadense de modo a legalizar a eutanásia ativa voluntária e o suicídio assistido por médico, o que garantiu o acesso a esses procedimentos no sistema de saúde público. A eutanásia e o suicídio assistido não estão disponíveis a menores de idade nem em razão de doença mental, incapacidade a longo prazo ou qualquer condição reversível.

2.5. Situação legal da eutanásia e da ortotanásia no Brasil

De acordo com Raquel Dodge (2009), embora a eutanásia não esteja prevista no ordenamento jurídico, a leitura do diploma penal à luz das premissas insculpidas na Constituição de 1988 possibilita a sua caracterização como homicídio ou auxílio ao suicídio. Por isso, o consentimento do paciente ou a motivação piedosa de quem pratica a eutanásia não afastam a ilicitude do ato, tampouco isentam de culpa o agente.

No que concerne à ortotanásia, embora inexista isenção expressa no Código Penal, a melhor doutrina tem entendido pela incorrência de tipicidade desta figura, à luz do princípio constitucional da dignidade humana. Neste diapasão, a prática tem sido socialmente aceita e praticada pela comunidade médica.

10 BILL C-14 - An Act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying) Statutes of Canada – disponível em https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/2016_3.pdf

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução 1.805. Ela possibilita que o médico limite ou suspenda “procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal”. Questionada pelo Ministério Público Federal, que conseguiu, por meio de uma ação civil pública, liminar suspensiva para anular os efeitos da norma, o CFM no novo Código de Ética Médica passou ao largo de temas polêmicos como a ortotanásia.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2009, p. 2), o novo Código de Ética nada disse sobre os controvertidos temas eutanásia, ortotanásia e morte assistida (suicídio assistido). A discussão é controversa e aguarda regulamentação legislativa. O anteprojeto do Novo Código Penal prevê no § 2.º do artigo 31 a exclusão de ilicitude em casos de ortotanásia, ou seja, naqueles em que o autor deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave e irreversível, desde que haja consentimento do paciente e que a enfermidade seja confirmada por outros dois médicos.

Já em relação à eutanásia, embora existam no Congresso projetos de lei com a pretensão de tipificar o instituto e flexibilizar penas, não há indicativo de apoio popular ou consenso legislativo para os aprovar. Todavia, o envelhecimento da população e o aumento das enfermidades crônicas e incapacitantes devem suscitar vigoroso debate nas próximas décadas.

3. Conclusão

Ao deslindar as dimensões da eutanásia, distinguindo-a de procedimentos similares como a ortotanásia e a distanásia, também se examinaram as várias espécies de eutanásia à luz da literatura acadêmica.

Apesar das distinções doutrinárias, muitas vezes o termo eutanásia é utilizado na mídia e no debate público com a intenção de abarcar também o suicídio assistido, além das modalidades eutanásia voluntária ativa, passiva e não voluntária.

No que tange à eutanásia involuntária, ponderou-se que ela colide com definições básicas e consensuais de eutanásia, a qual visa, antes de tudo, a aliviar o sofrimento.

Para Peter Singer, seria um equívoco a nomenclatura “eutanásia”. Mais recomendável seria circunscrever o termo apenas ao lamentável contexto histórico em que foi efetivamente implantado, o do injustificável extermínio de deficientes físicos e mentais perpetrado arbitrariamente pelo Estado nazista.

A diferença entre eutanásia voluntária ativa e suicídio assistido reside sobretudo no agente responsável por ministrar a substância letal. Aquela é feita pelo médico, esta pelo próprio paciente. Apesar dessas diferenças, é interessante notar que o centro de justificação moral e jurídica para ambas é bastante similar. Consiste na ponderação de princípios que privilegiam o “direito de morrer” como ato autônomo e que, como direito natural, deveria ser garantido juridicamente (Dworkin, 2003); (Irwin, 2013).

Embora existam argumentos sólidos a favor e contra a eutanásia, a questão é de natureza complexa na medida em que agrega aspectos éticos, culturais, políticos, religiosos, entre outros.

Nos países onde a eutanásia foi legalizada, nota-se um conjunto de contingências e movimentações políticas que antecedem a chegada de um marco legal federal, a saber: i) casos jurídicos relevantes que mobilizaram o interesse nacional; ii) o extenso trabalho informativo e de mobilização política de associações em prol da legalização; iii) construção gradual de jurisprudência ou de normas subsidiárias mais permissivas, ampliando as possibilidades de ação dos médicos.

É certo que a experiência de introdução desse instituto em algumas sociedades têm muito a dizer às nações que ainda debatem a legalização da eutanásia. Países que têm debatido vigorosamente a eutanásia, como Espanha, Portugal, Estados Unidos e Austrália,

se beneficiarão das experiências existentes para subvencionar o debate dos princípios, diretrizes e possíveis impactos de uma regulação de métodos de supressão ou não prolongamento da vida.

Pesquisas realizadas na Holanda – onde a eutanásia é praticada e aceita socialmente há mais de 30 anos – servem de referência para que outros países interessados no tema estabeleçam limites éticos e legais nas discussões sobre a legalização da eutanásia, de forma a resguardar a dignidade dos pacientes e a fornecer segurança jurídica à comunidade médica.

Até mesmo o Brasil – que mostra interesse incipiente sobre a eutanásia – poderia extrair informações e exemplos dos marcos regulatórios que deixem a população mais consciente e preparada, nas próximas décadas, para um debate público corajoso sobre o tema.

Impende ressaltar que cada sociedade tem a responsabilidade de enfrentar o assunto por meio de uma discussão transparente, a fim de decidir, sob as regras do contexto democrático, se a legalização da eutanásia está ou não de acordo com tradições e parâmetros éticos cultivados por seus cidadãos. Trata-se, sobretudo, de alcançar um delicado equilíbrio de conciliar os valores culturais àqueles tradicionalmente plasmados por anseios e perspectivas.

4. Referências

AMA Principles of Medical Ethics: I, V. (2016).

Baumrin, S. B. (1998). Physician, Stay Thy Hand! Physician Assisted Suicide: Expanding the Debate.

Brock, D. (1993). Voluntary Active Euthanasia. Hastings Center Report.

Burleigh, M. (1995). Death and Deliverance: 'Euthanasia' in Germany 1900–1945.

- Callahan, D. (1995). *Arguing Euthanasia*.
- Chao, D., Chan, N., & Chan, W. (2002). *Euthanasia revisited*. Family Practice - Oxford Academic.
- Coburn, T. (1999). *Consideration of House Resolution 2260, Pain Relief Promotion Act of 1999*.
- Commission fédérale de Contrôle del'Euthanasie (2018). *Huitième rapport aux Chambres législatives*.
- Criminal Code of Canada (1985).
- Diesbach, E., Loze, M., Brochier, C., & Montero, E. (2012). *Euthanasia in Belgium*. Dossier of the European Institute of Bioethics.
- Dodge, R. E. (2009). *Eutanásia - Aspectos Jurídicos*. Revista Bioética.
- Doerflinger, R. (2017). *Q&A with the Scholars: Physician-Assisted Suicide and Euthanasia*. Lozier Institute website.
- Dowbiggin, I. (2005). *History of Euthanasia: Life, Death, God, and Medicine*.
- Dworkin, R. (1997). *Assisted Suicide: The Philosophers*. The New York Review of Books.
- Dworkin, R. (2003). *Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Martins Fontes.
- Ethics, H. O. (1994). *Euthanasia concept*.
- Fieser, J. (2017). *Moral Issues that Divide Us*. University of Tennessee at Martin.
- Friedlander, H. (1995). *The Origins of Nazi Genocide: From Euthanasia to the Final Solution*. University of North Carolina Pres.
-

Gevers, S. (1996). *British Medical Bulletin*.

Gomes, L. F. (2009). *Eutanásia e o novo código de ética médica. Rede de Ensino LFG*.

Haberman, C. (2014). *From Private Ordeal to National Fight: The Case of Terri Schiavo*. *The New York Times*.

Have, H., & Welie, J. (2005). *Death and Medical Power: An Ethical Analysis of Dutch Euthanasia Practice*.

Irwin, M. (2013). *Euthanasia: The Right to Die Should Be a Matter of Personal Choice*. *Mirror*.

Judgments, S. C. (1993) *Rodriguez v. British Columbia*.

Kellner, F. (2016). *Suicide in Canada*. *The Canadian Encyclopedia*.

Manning, M. (1998). *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide: Killing or Caring?*

Menezes, R. A. (2013). *Em busca da boa morte*.

Morache, G. A. (1904). *Naissance et mort*.

Moreno, J. (1995). *Arguing Euthanasia: The Controversy Over Mercy Killing, Assisted Suicide, and the "Right to Die"*.

Nucci, G. d. (2002). *Código Penal Comentado*.

Pessini, L. (1996). *Distanásia: até quando investir sem agredir?* *Revista Bioética*.

Rachels, J. (1975). *Active and Passive Euthanasia*. *The New England Journal of Medicine*.

Raus, K. (2016). *The Extension of Belgium's Euthanasia Law to Include Competent Minors*.

Resende, F. F. (2012). Objeção de consciência do médico e autonomia do paciente.

Sherwell, P., & Leidig, M. (2004). Swiss to crack down on suicide tourism. *The Telegraph*.

Singer, P. (1979). *Practical Ethics*. Cambridge University Press.

Supreme Court Judgments. (2015). *Carter v. Canada*.

The New York Times. (1992). Canadian Woman Urges Legal Suicide Aid.

Thomas, J. (1984). Dutch Courts Act on "Right to Die". *The New York Times*.

Van der Maas, P. J., Van der Wal, G., & Haverkate, I. (1996). *Euthanasia, Physician-Assisted Suicide, and Other Medical Practices Involving the End of Life in the Netherlands, 1990–1995*.

Weijer, C. (2005). A death in the family: Reflections on the Terri Schiavo case.

Young, R. (2000). The 'Euthanasia' of People with Disabilities in Nazi Germany: Harbinger of the 'Final Solution'.

Young, R. (2019). Voluntary Euthanasia. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*

Artigo recebido em 04/06/2019

Artigo aprovado em 31/10/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200013

138 - 160

Artigo

O BARROQUISMO NA PROSA JURÍDICA

JOÃO PEDRO VIANA CUNHA

O BARROQUISMO NA PROSA JURÍDICA

BAROQUEISM IN THE LEGAL PROSE

JOÃO PEDRO VIANA CUNHA

Licenciado em Letras
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
joaocunha@yahoo.com.br

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo explicar e demonstrar a presença de barroquismo na prosa jurídica dos promotores de justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Para isso, analisar-se-ão prosas processuais, a fim de buscar alguns elementos em comum com o movimento Barroco, sobretudo quanto ao modo de escrita de prosas desse período. A partir da definição do conceito de barroquismo e da comparação com trechos da literatura barroca, apontar-se-á a presença desse estilo na prosa jurídica, principalmente do uso intenso de elipses na redação. Destacar-se-á o objetivo do texto jurídico, a sua natureza utilitária e o seu compromisso com uma linguagem enxuta, simples, clara, objetiva e eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: texto jurídico, barroquismo, prosa barroca jurídica.

ABSTRACT: This study aims to explain and demonstrate the presence of baroqueism in the prose of prosecutors of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais. In order to do this, procedural prose will be analyzed and some elements in common will be found in them, which are present in the baroque movement, especially the writing mode of prose of this period. Compared with excerpts from Baroque literature and the definition of the concept of baroque, the presence of baroqueism in juridical prose, especially the intense use of ellipses in the essay, will be pointed out. It will highlight the purpose of the legal text, its utilitarian nature and its commitment to lean, simple, clear, objective and effective language.

KEYWORDS: legal text, baroqueism, juridical baroque prose.

1. Introdução

A prosa barroca e a prosa jurídica contêm características semelhantes, embora apresentem finalidades distintas. A prosa barroca tem objetivo de se expressar por meio da palavra, de tentar concretizar o abstrato e de fazer arte por meio da literatura, enquanto o texto forense tem o objetivo de relatar, interpelar, acusar, acordar, contestar. Na prática jurídica, observa-se que há uma espécie de desvio da função do texto forense quando o redator se utiliza de certos recursos próprios do texto literário ao construir uma ideia com estratégias pouco usadas em prosas de natureza utilitária.

Embora ambas as formas tenham uma certa preocupação estética, o texto barroco é considerado literatura, enquanto o texto jurídico não é e não pode ser considerado arte, em condições rotineiras. Têm-se, no entanto, características análogas entre as peças processuais — textos jurídicos — e as prosas do Barroco, embora sejam épocas, gêneros e finalidades distintos. A escrita do meio jurídico contém peculiaridades relevantes para este estudo, especialmente no que se refere ao modo de produção de textos, sobretudo das peças processuais dos promotores de justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Embora sejam textos de caráter objetivo, essas prosas têm linguagem rebuscada, consideradas aqui marcas do barroquismo.

O estilo barroco pertence ao campo da arte e, como tal, atende as suas condições de produção, quais sejam: enunciador e possível enunciatário pertencentes a um contexto estilístico, filosófico e religioso, tomados por uma formação artístico-acadêmica; objetivos de se expressar, com estratégias de requinte e rebuscamento.

O estilo barroco jurídico pertence ao campo utilitário da linguagem e, como tal, deveria prescindir da estratégia de arte, em suas condições de produção, quais sejam: enunciador do campo jurídico e enunciatários tanto do meio forense quanto de fora dele; objetivo de persuadir e se fazer compreender, com estratégia de escrita simples, direta e objetiva para alcance desses interlocutores.

Um estudo sobre essa aproximação dos textos jurídicos à prosa barroca torna-se relevante quando há nos textos utilitários atuais a presença de marcas de um movimento literário caracterizado pelo exagero e pelo rebuscamento, ocorrido há mais de três séculos.

No Barroco, há uma forte presença do exagero, da erudição, do extremo formal e da preocupação com o estético, aspectos que diferenciam as obras, tornando-as arte. Nas prosas jurídicas, há, marcadamente, a preferência por textos que seguem a mesma ideia desse período literário, desde expressões a construções textuais.

O discurso do Barroco usa motivacionalmente o barroquismo, qual seja, expressar-se por meio de um discurso tortuoso, conforme exigia sua época, enquanto o discurso jurídico se apropria indevidamente dessas estratégias barrocas para fins da promoção de *status* linguístico, deixando de cumprir parcialmente seu papel de esclarecer o assunto aos envolvidos de forma simples, direta e objetiva, conforme exige sua prática.

A semelhança, dessa forma, entre as prosas barrocas e as prosas processuais estão no quesito linguagem, no que se refere ao uso de barroquismo, isto é, elementos previamente selecionados que visam a um efeito requintado e rebuscado. Enquanto o Barroco se utilizava da arte da escrita para o requinte de seus textos com toques artísticos no caráter literário, as peças jurídicas são produzidas com as mesmas características, porém os motivos são a forma pela forma e a manutenção de um texto de caráter linguístico tortuoso.

Este trabalho visa analisar a presença do barroquismo em prosas processuais, no que se refere à estratégia linguística utilizada na produção de gêneros textuais do âmbito forense, qual seja, a figura de construção *elipse*, utilizada como meio de barroquismo na prosa barroca jurídica.

Será preciso, portanto, explicar a prosa barroca e o barroquismo; demonstrar o modo de escrita da prosa jurídica dos textos de promotores de justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; e analisar a presença de barroquismo nas peças jurídicas ao evidenciar, por exemplo, a presença de *elipse*.

Para isso, será mister seleção e análise de trechos de obra barroca, cuja estratégia seja o barroquismo; seleção e análise de 20 (vinte) peças processuais produzidas por promotores de justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com vistas às características *barroquinas* na linguagem; e estudo de caso, visando ao levantamento dos aspetos *barroquinos* evidenciados pelo uso intenso de elipses em prosas jurídicas.

1. A prosa jurídica e o barroquismo

Os textos jurídicos se assemelham a alguns pontos da estética barroca, pois há neles, assim como no Barroco, forte presença do exagero, da erudição, do extremo formalismo, aspectos que transformam os escritos em arte e que são reproduzidos por profissionais do Direito.

O Barroco foi um movimento estilístico que ocorreu, aproximadamente, entre o fim do século XVI e o início do século XVIII, e que revelava forte ligação com a Contrarreforma e o Renascimento. Esse movimento influenciou a literatura, a música, a arquitetura, as artes plásticas e o teatro.

Para o Barroco, arte é beleza, e beleza é sofisticação. As características desse movimento são: arte rebuscada e exagerada, valorização do detalhe, dualismo e contradições, obscuridade, complexidade, sensualismo. Na linguagem, especificamente, podem ser ressaltados cultismo, conceptismo e figuras de linguagem, como antítese, paradoxo, hipérbole, metáfora, prosopopeia, elipse. Como afirmam Antônio Candido e J. Aderaldo Castello:

Procura-se enriquecer a língua com vocábulos raros, derivados do latim, e adota-se com certa frequência uma sintaxe latinizante [...]. Intensifica-se o uso do *hipérbaton* sob diversas modalidades — separação do substantivo do adjetivo, do demonstrativo do substantivo, do artigo definido do substantivo, do vocábulo introduzido pela preposição *de* com relação à palavra de que depende, transposição do verbo — a ponto de dificultar o entendimento da frase ou de destorcer o pensamento. O uso insistente de certos giros estilísticos, de caráter adversativo ou restritivo, transforma-se em verdadeiras fórmulas fixas. (CANDIDO; CASTELO, 1971, p. 17).

Ainda, destacam:

No seu afã de beleza e no seu desejo de se esquivar da realidade, o barroco encontra, assim, na linguagem, a partir da utilização

de processos ligados pela tradição clássica e renascentista, os recursos expressivos necessários, levando-os ao máximo do exagero. (CANDIDO; CASTELO, 1971, p. 17 e 18).

Baseando-se nos ensinamentos dos autores e corroborando as ideias que descrevem o movimento, vale ressaltar que o nome *barroco* tem como significado “pérola de formato anômalo” (HOUAISS, 2004, p. 409) e isso ratifica a ideia de “irregularidade” do movimento.

Assim como no Barroco, no meio jurídico a manipulação da linguagem e a construção de um tom obscuro no texto são usadas como forma de requintar excessivamente a escrita, dificultando, inclusive, a compreensão do cidadão que não pertence à esfera jurídica. Para GNERRE (1998, p. 23 e 24), há grupos específicos que têm linguagens especiais, e que essa esfera é praticamente impenetrável por alguém que não participe dela. Além disso, argumenta:

[essas línguas especiais] têm um real valor comunicativo, mas excluem da comunicação as pessoas da comunidade linguística externa ao grupo que usa a linguagem especial e, por outro lado, têm a função de reafirmar a identidade dos integrantes do grupo reduzido que tem acesso à linguagem especial. (GNERRE, 1998, p. 23).

Esse parece ser o caso da escrita do mundo jurídico. Adequar o texto à linguagem padrão é necessário, porquanto o ambiente exige essa modalidade da língua, mas “não se trata, de forma alguma, de tornar o texto rebuscado. O rebuscamento do estilo serve apenas para desorientar o leitor em relação à direção argumentativa do texto” (PEIXOTO, 2016, p. 159). No mesmo sentido, Maurizio Gnerre nos diz:

[...] o problema é, por um lado, de compreensão de mensagens e conteúdos e, por outro lado, de produção de mensagens. A começar do nível elementar de relações com o poder, a linguagem constitui o arame farpado mais poderoso para bloquear o acesso ao poder. Para redigir um documento qualquer de algum

valor jurídico é realmente necessário não somente conhecer a língua e saber redigir frases inteligíveis, mas conhecer também toda uma fraseologia complexa e arcaizante que é de praxe. Se não é necessário redigir, é necessário pelo menos entender tal fraseologia por trás do complexo sistema de clichês e frases feitas. (GNERRE, 1998, p. 22).

Conquanto haja essas observações, os textos forenses insistem em lograr continuidade na execução de requinte em peças jurídicas, assim como no Barroco. Não que a escrita formal deva ser ignorada, mas “o que se condena são as despropositadas invenções verbais, a literatice anódina, gratuita, quando não tola” (XAVIER, 1999, p. 231).

R. Caldeira Xavier, tendo em consideração os textos jurídicos, discute:

[...] tudo deve ser escrito de modo objetivo, claro, em obediência à lógica e à precisão dos conceitos, eliminando-se indesejáveis filigranas verbais, rebuscamentos de estilo, floreios literários, ambages desnecessários e períodos tortuosos. Dos usos individuais que se possam fazer da língua (idioletos), não há cabida para sequer a mais leve cogitação. Enfim, a redação jurídica precisa ser correta, enxuta, limpa de exibicionismos e visar um só alvo: a comunicação técnica, imediata e direta. (XAVIER, 1999, p. 231).

A linguagem utilizada no meio forense promove, portanto, o afastamento do real objetivo de transmissão das ideias presentes no texto, isto é, repassar o conteúdo de forma clara, simples e objetiva a seus interlocutores, no que tange aos processos jurídicos. Ao utilizar essa forma de escrita, o que não cabe ao meio jurídico, os gêneros forenses fogem à natureza do que é um texto informativo. Deve-se sempre buscar a clareza e a objetividade ao redigir uma peça processual, visto que não é necessário requintar o texto para que ele tenha qualidade. Palavras e conectivos simples promovem o efeito desejado, e o contrário disso se torna, quase sempre,

forma de prolixidade. Em alguns casos, por meio de elementos usados exclusivamente para rebuscar o texto, surgem erros gramaticais, devido ao fato de a preocupação estética ser superior à preocupação utilitária. Foca-se muitas vezes em como dizer em vez de preocupar-se com a mensagem propriamente dita.

O barroquismo surge em meio ao movimento Barroco para caracterizar tudo aquilo que possa ser permeado por todas as peculiaridades de overdose de detalhes característicos desse período artístico e se apresenta como uma “definição” de tudo aquilo que possa ser exacerbado e requintado excessivamente. Como está registrado no HOUAISS (2004, p. 409), barroquismo significa “forma extravagante de criação artística [...]” ou “qualquer extravagância na linguagem, nos objetos, nos atos etc.”. Ele está presente em diversos textos atuais, sobretudo nos do meio jurídico, mesmo não sendo artísticos. A ornamentação e o requinte da linguagem são utilizados de forma barroca, não como arte — pois essa característica não é adequada aos gêneros jurídicos —, mas, sim, como forma de afastamento do principal propósito. Os textos processuais, que abrangem diversos gêneros, como procuração, petição inicial, contestação, apelação, ação, mandado de segurança, requerimento, réplica, memorial, denúncia, não pertencem à esfera da arte, logo, como declara XAVIER (1999, p. 230), “uma regra deve, *a limine*, ficar assente: nos papéis que tramitam em juízo não se faz literatura”. Esses textos devem conter linguagem clara e objetiva, visando sempre à boa interpretação, livres de quaisquer exuberâncias ou requintes. Ainda, o autor argumenta que o profissional do direito “não está no Pretório para brilhar, ou fazer literatura, senão unicamente para defender o interesse do cliente” (XAVIER, 1999, p. 230 e 231) ou de qualquer pessoa que seja representada por ele. Além disso, BOSI (1970, p. 63) nos diz: “O rebuscamento em abstrato é sem dúvida o lado estéril do Barroco e o seu estiolar-se em barroquismo”. Tratando o texto forense como rebuscado, o barroquismo na prosa jurídica se transforma em algo infecundo.

A título de exemplificação da escrita jurídica, há um excerto retirado de uma peça processual que ilustra claramente o modo de produção de textos forenses na maior parte dos casos, o qual diz assim:

Aliado à possibilidade latente de agravamento progressivo do quadro de saúde do requerido XXX¹ está a insistente recusa de seus familiares mais próximos em recebê-lo de volta, uma vez que se trata de paciente que depende diariamente do auxílio de terceiros para administrar e fazer uso corretamente de sua medicação e, assim, ter condições de se submeter ao tratamento ambulatorial adequado, sendo que seus irmãos maternos e requeridos XXX, XXX, XXX, XXX e XXX, todos maiores, capazes e aptos para auxiliar nos cuidados da saúde do paciente, não demonstram nenhum senso de compaixão, **recusando-se insistentemente a dele cuidar**, sendo que alguns deles, como os requeridos XXX e XXX, afirmaram que estão sobrecarregados e que não gostariam de assumir tal responsabilidade sozinhos e sem o amparo dos demais irmãos, que certamente têm se omitido desde então e jamais se empenharam nesse sentido (grifo nosso).

Percebe-se no trecho em questão a preferência por inverter os termos, por meio da figura hipérbato, com a finalidade de transformar um simples texto em algo diferenciado. Comparando a um trecho retirado do *Sermão da Sexagésima*,² há proximidade entre as estruturas, quando Padre Antônio Vieira diz:

Porque o sol e a chuva são as afluências da parte do Céu, e deixar de frutificar a semente da palavra de Deus, nunca é por falta do Céu, sempre é por culpa nossa. **Deixará de frutificar a sementeira**, ou pelo embaraço dos espinhos, ou pela dureza das pedras, ou pelos descaminhos dos caminhos; mas por falta das influências do Céu, isso nunca é nem pode ser. **Sempre Deus**

1 Para manter o sigilo tanto das informações acerca dos indivíduos envolvidos nos processos mediados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais quanto dos autores das peças processuais, foram substituídos todos os nomes e as informações pessoais pelos caracteres "XXX".

2 Texto do Barroco

está pronto da sua parte, com o sol para aquecer e com a chuva para regar; com o sol para alumiar e com a chuva para amolecer (...).” (VIEIRA, 1965, p.3, grifo nosso).

No primeiro trecho, seria mais simples escrever: “[...] seus irmãos maternos [...], todos maiores, capazes e aptos para auxiliar nos cuidados da saúde do paciente, não demonstram nenhum senso de compaixão, **recusando-se insistentemente a cuidar dele**, sendo que alguns deles, como os requeridos XXX e XXX, afirmaram que estão sobrecarregados [...]”, evitando o hipérbato, ou seja, pondo os elementos na ordem direta para prevalecer a simplicidade, a objetividade e a clareza. Já no texto de Vieira, reescrevendo sem as inversões, poder-se-ia registrar da seguinte forma os destaques, respectivamente: “**A sementeira deixará de frutificar [...]**.” e “**Deus está sempre pronto da sua parte [...]**”, tendo neste último a posição do advérbio ao lado do verbo (vale ressaltar que, na literatura, há total liberdade criativa e que, frequentemente, na ordem direta, o efeito desejado não é alcançado). Assim, fica evidente a proximidade entre a escrita barroca e a jurídica, configurando barroquismo.

Há, também, o uso intenso de expressões latinas nos textos jurídicos, bem como no Barroco, configurando barroquismo, como visto nas passagens:

Ab initio, cabe ressaltar que os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, em 25/10/2018 (fl. 30), remanescem inalterados, não se constatando, por ora, qualquer alteração fática a indicar a viabilidade de revogação da custódia provisória do acusado XXX.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, por seu representante legal *in fine* assinado, em exercício junto à Promotoria de Justiça da Comarca de XXX/MG, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, propor, com fulcro nos artigos 1.774 e 1.775, §3º, e 1.778, todos do Código Civil, no art. 85 da Lei nº 13.146/2016 e nos artigos 747 a 755 do Código de Processo Civil

vigente, ACÃO DE PEDIDO DE CURATELA C/C LIMINAR DE URGÊNCIA C/C INDICAÇÃO DE CURATELA COMPARTILHADA em face de XXX [...].

Segundo narra a denúncia, no dia 04.11.2017, por volta de 17:00, na Rua XXX, nº XXX, Bairro XXX, em XXX/XX, o denunciado, agindo com *animus necandi*, por vingança, em razão de desavenças anteriores, em evidente motivação torpe, ingressou na casa de sua mãe, onde também reside a vítima XXX, seu irmão, afirmando que iria matá-lo, momento em que sacou uma arma e desferiu um disparo contra o ofendido, que o atingiu no maxilar, pegando-o de surpresa quando ele realizava uma refeição e se encontrava desarmado, o que dificultou sua defesa.

Ademais, *ad argumentandum tantum*, observe-se que o preço médio de um grama de cocaína no Brasil gira em torno de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Então, levando-se em conta que o acusado adquiriu quase 09 gramas do entorpecente, teria de desembolsar mais de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Ainda, tendo em vista que o próprio acusado disse estar desempregado, soa estranho ter disponível esta quantia.

Essas expressões vêm, muitas vezes, não para reforçar um conceito, mas, sim, para substituir palavras ou termos, não priorizando a comunicação simples, direta e objetiva. Suas reescritas simples seriam, respectivamente: “**De início**, cabe ressaltar que os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, em 25/10/2018 (fl. 30), remanescem inalterados.”, “O MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, por seu representante legal **abaixo** assinado [...]”, “[...] o denunciado, agindo com **intenção de matar**, por vingança, em razão de desavenças anteriores, em evidente motivação torpe [...].” e “Ademais, **apenas como argumento**, observe-se que o preço médio de um grama de cocaína no Brasil gira em torno de R\$ 50,00 (cinquenta reais).” Ressalta-se que, para a transcrição, priorizou-se expressão compatível, com significado próximo, e não tradução literal, para a manutenção de uma linguagem simples, clara e objetiva.

Nas passagens a seguir, Padre Antônio Vieira lança mão da mesma estratégia em seu texto (a latinização); entretanto, no caso do sermão, percebe-se que há uma exigência eclesiástica de sua época. O latinismo na prosa jurídica pode ser evitado; já no texto de Vieira, não se pode dizer que deveria ser evitado, pois é da natureza dos textos religiosos conter falas em latim.

Já que falo contra os estilos modernos, quero alegar por mim o estilo do mais antigo pregador que houve no Mundo. E qual foi ele? — O mais antigo pregador que houve no Mundo foi o céu. **Coeli enarrant gloriam Dei et opera manuum ejus annuntiat Firmamentum** — diz David. (VIEIRA, 1965, p.5, grifo nosso).

As palavras que tomei por tema o dizem. **Semen est verbum Dei**. Sabeis, Cristãos, a causa por que se faz hoje tão pouco fruto com tantas pregações? É porque as palavras dos pregadores são palavras, mas não são palavras de Deus. (VIEIRA, 1965, p.8, grifo nosso).

As respectivas reescritas, sem a latinização, são: “Os céus narram a glória de Deus e o firmamento anuncia as obras das suas mãos — diz David.” e “A semente é a palavra de Deus.”.

2. Estudo de caso: elipses

Há diversos aspectos análogos entre alguns textos barrocos e as prosas processuais, mas, para fins de estudo, ressalta-se o uso excessivo de elipses como forma de estratégias linguísticas nos textos jurídicos.

Essa figura de linguagem (mais precisamente de construção ou de sintaxe) é, como afirma Evanildo Bechara, “a omissão de um termo facilmente subentendido por faltar onde normalmente aparece, ou por ter sido anteriormente enunciado ou sugerido, ou ainda depreendido pela situação, ou contexto” (BECHARA, 2001, p. 592). O uso dessa figura é muito comum em diversos

textos, literários e não literários, e é observado, inclusive, nos textos jurídicos, uma vez que neles há frequentes omissões de certos termos para a construção de sentenças, como o verbo em orações, além da insistente omissão da conjunção integrante *que* em orações subordinadas substantivas objetivas diretas e de termos em locuções conjuntivas.

2.1. Elipses do verbo e da partícula *que*

O uso intenso da elipse do verbo, sobretudo o de ligação, em uma estrutura verbal, é recorrente nas peças jurídicas como forma de transformar o texto em algo possivelmente diferenciado, em vez de se buscar o simples. Invocando novamente Antônio Vieira, em seu sermão, o Padre utiliza a ocultação de verbos para melhor fluidez das palavras e embelezamento na forma de escrever (e de falar), como é vista em:

Aos que têm a seara em casa, pagar-lhes-ão a sementeira; aos que vão buscar a seara tão longe, hão-lhes de medir a sementeira e hão-lhes de contar os passos. Ah Dia do Juízo! Ah pregadores! Os de cá, **achar-vos-eis** com mais paço; **os de lá, com mais passos** [...]. (VIEIRA, 1965, p.1, grifo nosso).

O mesmo ocorre em:

Faltou alguma destas que se não armasse contra o sementeiro? Nenhuma. A natureza insensível o **perseguiu** nas pedras, **a vegetativa nos espinhos, a sensitiva nas aves, a racional nos homens**. E notai a desgraça do trigo, que onde só podia esperar razão, ali achou maior agravo. (VIEIRA, 1965, p.2, grifo nosso).

A omissão dos respectivos verbos transitivos diretos “achar” e “perseguir” implicam maior fluidez do texto e no ritmo da leitura, evitando, dessa forma, a repetição cansativa desses vocábulos.

A reescrita dos respectivos trechos sem as elipses é: “Os de cá, achar-vos-eis com mais paço; os de lá, **achar-vos-eis** com mais passos” e “A natureza insensível o **perseguiu** nas pedras, a vegetativa o **perseguiu** nos espinhos, a sensitiva o **perseguiu** nas aves, a racional o **perseguiu** nos homens”.

Vieira utiliza, também, a elipse de verbos de ligação com o mesmo propósito, como se pode observar em:

As penas todas eram tiradas das asas daquela pomba divina; mas o estilo tão diverso, tão particular e tão próprio de cada um, que bem mostra que era seu. **Mateus fácil, João misterioso, Pedro grave, Jacob forte, Tadeu sublime**, e todos com tal valentia no dizer, que cada palavra era um trovão, cada cláusula um raio e cada razão um triunfo. (VIEIRA, 1965, p.8, grifo nosso).

Há essa marca também quando diz:

Sobe talvez ao púlpito um pregador dos que professam ser mortos ao mundo, vestido ou amortalhado em um hábito de penitência (que todos, mais ou menos ásperos, são de penitência; e todos, desde o dia que os professamos, mortalhas); a vista é de horror, **o nome de reverência, a matéria de compunção, a dignidade de oráculo, o lugar e a expectação de silêncio** [...]. (VIEIRA, 1965, p.10, grifo nosso).

Suas respectivas reescritas sem as elipses são: “[...] Mateus **era** fácil, João **era** misterioso, Pedro **era** grave, Jacob **era** forte, Tadeu **era** sublime [...]” e “[...] a vista é de horror, o nome é de reverência, a matéria é de compunção, a dignidade é de oráculo, o lugar e a expectação **são** de silêncio [...]”.

Entretanto, o que se observa na prosa jurídica é o uso exagerado desse recurso, no que se refere às omissões dos verbos, principalmente à elipse do verbo de ligação, como em:

Pelo exposto, **imperioso reconhecer** a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário veiculado nesta ação civil pública, motivo pelo qual requer o Ministério Público seja ela julgada improcedente, nos termos do artigo 487, II, do Código de Processo Civil (grifo nosso).

Incorreto, portanto, pensar que alguém não pode ser traficante de drogas, já que não ostenta riquezas, como no caso em tela. Isso porquanto o tráfico ilícito de drogas, como qualquer outra atividade comercial, conta com pequenos, médios e grandes traficantes ou empreendedores (grifo nosso).

De mais a mais, **oportuno esclarecer** que a quantidade de droga apreendida (quase 09 gramas de cocaína) não era ínfima e, diga-se de passagem, não é encontrada com meros usuários (grifo nosso).

Portanto, verificada a reincidência, **necessário** o início do cumprimento da pena em regime semiaberto, conforme determina a lei (grifo nosso).

Lado outro, **inquestionável** que as vítimas contavam com apenas 12 (doze) anos de idade ao tempo dos crimes, e os denunciados tinham plena ciência disso, sendo a afirmação de que as vítimas haviam falado que tinham 14 (quatorze), nitidamente, plantada pela defesa, [...] (grifo nosso).

No que toca às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, **importante destacar**: (i) o grau de culpabilidade é inerente ao tipo; (ii) o réu não possui maus antecedentes, sendo apenas reincidente (Autos nº XXXXXX), conforme certidão de fls. 26/27 [...] (grifo nosso).

Oportuno salientar que a convicção não se altera pelo simples transcurso do tempo, e, sim, em razão de novidades fáticas substanciadas pelo desaparecimento dos motivos que ensejaram a prisão (grifo nosso).

Percebe-se claramente que não se trata de erro de digitação, visto que foram analisadas 20 (vinte) peças jurídicas de promotores de justiça e que, na maior parte delas, há as elipses de verbos de ligação. Suas respectivas e simples reescritas são: “Pelo exposto, é imperioso reconhecer a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário [...]”; “É incorreto, portanto, pensar que alguém não

pode ser traficante de drogas, já que não ostenta riquezas [...]”.; “De mais a mais, é oportuno esclarecer que a quantidade de droga apreendida [...] não era ínfima [...]”; “Portanto, verificada a reincidência, é necessário o início do cumprimento da pena em regime semiaberto [...]”; “Lado outro, é inquestionável que as vítimas contavam com apenas 12 (doze) anos de idade [...]”.; “No que toca às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, é importante destacar: (i) o grau de culpabilidade é inerente ao tipo [...]”.; “É oportuno salientar que a convicção não se altera pelo simples transcurso do tempo [...]”.

Outro fator relevante é, também, a omissão do verbo no pretérito perfeito, a fim de diferenciar a escrita, como em:

O presente apelo deve ser conhecido, **visto que preenchidos** os requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei (grifo nosso).

Quanto aos demais requisitos, a apelação é motivada, conforme razões que ora são apresentadas, e tempestiva, **visto que interposta** em 28/08/2018 (fl. 209), dentro do quinquídio legal, que se iniciou em 23/08/2018, presentes, também, a legitimidade para interposição e o interesse processual, ante a decisão do Conselho de Sentença, que acolheu parcialmente a versão acusatória (grifo nosso).

Desta forma, o pedido manejado pelo reeducando não **merece acolhido**, uma vez que o período no qual ficou recolhido antes da sentença condenatória já foi descontado de sua reprimenda (grifo nosso).

No primeiro e no segundo trecho, foi omitido o verbo *ser* conjugado no pretérito perfeito do indicativo, marcando o evento temporal do período; no terceiro, não há a forma nominal da locução verbal. Deveria, assim, estar redigido o primeiro trecho: “[...] visto que **foram** preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei.”; a segunda, embora tenha data indicando o passado, deveria ser: “[...] a apelação é motivada [...] e tem-

pestiva, visto que **foi** interposta em 28/08/2018”; e no terceiro: “Desta forma, o pedido manejado pelo reeducando não merece **ser** acolhido [...]”. Sendo assim, as duas orações subordinadas causais não apresentaram verbos, que são uma classe essencial para a formação de uma oração, e o terceiro trecho apresenta uma elipse do verbo auxiliar no meio da locução.

Vale ressaltar um exemplo atípico, em que no período não há, novamente, o verbo *ser* conjugado no pretérito perfeito do indicativo, gerando um período sem oração principal. Nota-se que, sem o verbo, o período em destaque fica sem sentido exato, dificultando o raciocínio rápido sobre o que versa o trecho.

Audiência de instrução realizada em 18 de outubro de 2018, tendo sido ouvidas as vítimas, 08 (oito) testemunhas e interrogados os réus. No ato, configurados os requisitos legais, foi decretada a prisão preventiva do denunciado XXX pelos fundamentos indicados às fls. 276/277 (grifo nosso).

Para evitar esse problema, dever-se-ia abrir mão dessa elipse e, de forma simples, adicionar ao período um verbo na oração principal, sendo o trecho reescrito da seguinte forma: “Audiência de instrução **foi** realizada em 18 de outubro de 2018 [...].”

Outro exemplo recorrente de elipse na prosa jurídica é a omissão da conjunção integrante “que”, a qual introduz as orações subordinadas substantivas. Pode-se perceber esse fenômeno nas orações subordinadas substantivas objetivas diretas, nos seguintes trechos retirados das peças processuais:

Ante o exposto, considerando a existência de robustos indícios da doença mental grave do requerido XXX que o impede de praticar, por si só, todos os atos cotidianos da vida civil, em virtude do grau de seu comprometimento mental, não apenas o restringindo a praticar os atos afetos ao seu patrimônio, **o Ministério Público requer:**

a) **seja citado pessoalmente o requerido XXX** para, em dia designado, comparecer perante este Juízo para entrevista acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar os atos da vida civil, a fim de prestar esclarecimentos, conforme art. 751 do Código de Processo Civil;

b) **sejam citados pessoalmente os requeridos XXX, XXX, XXX, XXX e XXX** para tomarem ciência da presente inicial e, caso queiram, apresentar contestação, no prazo legal [...] (grifo nosso).

Diante do exposto, **o Ministério Público pede seja julgado procedente o pedido**, para condenar o réu XXX como incurso nas penas do art. 147 e 331, na forma do art. 69, todos do Código Penal (grifo nosso).

Face ao exposto, **o Ministério Público requer julgada parcialmente procedente a denúncia**, com a desclassificação do delito previsto no art. 242, *caput*, do Código Penal, para reconhecer a figura privilegiada prevista no parágrafo único desse mesmo dispositivo legal (grifo nosso).

Nos excertos, há a marcação das orações principais e das subordinadas. Nelas, é possível constatar a omissão da conjunção integrante *que*, perante a norma, é possível, entretanto seu raro uso o torna atraente, visto que essa prática transforma uma simples oração em algo diferenciado e, conseqüentemente, há a sensação de que essa forma de escrita possa, de alguma forma, transformar o texto em algo díspar, como no Barroco. A simples reescrita do primeiro e do segundo trecho poderia ser: “[...] o Ministério Público requer **que**: a) seja citado pessoalmente o requerido [...]; b) sejam citados pessoalmente os requeridos [...]” e “[...] o Ministério Público pede **que** seja julgado procedente o pedido [...].” No terceiro trecho, há, além da omissão da conjunção integrante *que*, a elipse do verbo *ser* no presente do subjuntivo, sendo sua reescrita da seguinte maneira: “[...] o Ministério Público requer **que seja** julgada parcialmente procedente a denúncia [...].”

Ressalta-se, ainda, mais um caso incomum de elipse da conjunção integrante e, além disso, há uma peculiaridade da colocação pronominal. BECHARA (2001, p. 588) diz que “não se pospõe, em geral, pronome átono a verbo flexionado em oração subordinada”, todavia o seguinte trecho usa a ênclise em discordância com o ensinamento do linguista, como se vê:

Pelo exposto, pugna o **Ministério Público** pelo conhecimento do recurso e, no mérito, **requer seja-lhe dado provimento, para submeter o réu a novo julgamento**, visto que a decisão dos jurados, ao reconhecer a figura privilegiada (prejudicando a análise da qualificadora do motivo torpe) e a causa de diminuição de pena prevista no art. 28, §2º, CP, foi manifestamente contrária à prova dos autos. (grifo nosso)

ALMEIDA (2005, p. 494 e 495), em conformidade com a observação de Evanildo Bechara, argumenta que a próclise ocorre, também, pelo fato de a conjunção integrante atrair o pronome oblíquo para antes do verbo. Dessa forma, poder-se-ia dizer que a colocação está contra a tradição gramatical pelo fato de a oração subordinada exigir a próclise; entretanto, segundo Napoleão Mendes de Almeida, não se poderia dizer que há erro, por não haver conjunção integrante que atraia o pronome. O que se pode afirmar, de fato, é que a omissão é proposital, como se constata pelos excertos, e que isso é uma manifestação de aformoseamento do período. A frase, em sua forma mais simples, poderia ser: “[...] pugna o Ministério Público pelo conhecimento do recurso e, no mérito, requer **que lhe** seja dado provimento, para submeter o réu a novo julgamento [...]”.

2.2. Omissão de outros termos

O uso recorrente de elipses se estende, também, às orações subordinadas adverbiais. Dessa forma, foram selecionados 3 (três) exemplos de elipses de conjunções que não apresentam objetivos específicos.

Nesse sentido, ficou estabelecido que o Grupo de Proteção Social Especial obtivera autorização junto à Secretaria Municipal de Assistência Social para a concessão de um valor mensal em dinheiro para que o paciente XXX pudesse alugar uma casa e residir nela, mesmo que temporariamente, **até fosse** possível lograr êxito em uma moradia definitiva e, assim, os familiares participantes da reunião viessem a se comprometer em encontrar uma casa em condições mínimas de habitação (grifo nosso).

Diante de tal situação, foi realizado contato com o genitor, para responsabilizá-lo, tentando inserir o adolescente no núcleo familiar de forma gradativa, através de finais de semana. Porém, no primeiro final de semana que XXX passou com o genitor, a madrasta disse não o querer, alegando não estar preparada para cuidar dele, que demandava muito tempo e muitos cuidados. Sendo assim, o genitor informou não poder receber o filho, **visto teria** que se separar da sua esposa (grifo nosso).

Nesses exemplos, a supressão da partícula “que” nas locuções conjuntivas *até que* e *visto que* ressalta o objetivo de transformar as passagens em algo atraente. Como reescrita simples e objetiva, tem-se: “[...] até que fosse possível lograr êxito em uma moradia definitiva [...]” e “[...] visto que teria que se separar da sua esposa.” Nesta última, para evitar a repetição do *que*, o qual causa dissonância, recomenda-se: “o genitor informou não poder receber o filho, porquanto teria que se separar da sua esposa.”

Ainda, a respeito das orações subordinadas adverbiais, há mais uma elipse de termo que não demonstra motivo de estar omissa, qual seja, da conjunção subordinativa condicional, como no trecho:

Vale ressaltar que, em se tratando de crimes de natureza sexual, praticados, em geral, às escondidas, a palavra da vítima assume especial relevo, até porque, **assim não fosse**, a imensa maioria dos crimes contra a dignidade sexual restariam impunes, principalmente os praticados em face de incapazes, como ocorre na espécie (grifo nosso).

A omissão da partícula condicional *se* é mais uma prova do hábito de elipses de termos em textos jurídicos, visando apenas à tentativa de adornar um texto que não pertence ao campo artístico. A forma mais simples para a referida escrita é: “a palavra da vítima assume especial relevo, até porque, **se** assim não fosse, a imensa maioria dos crimes contra a dignidade sexual restariam impunes [...].”

3. Considerações finais

Pelos exemplos selecionados, pode-se dizer que a prosa jurídica se aproveita de recursos da prosa barroca em várias de suas peças, principalmente aqueles de aspectos linguísticos, em especial referentes ao uso de certas estruturas, como hipérbatos, latinização e, sobretudo, elipses.

O uso intenso de estruturas não convencionais na prosa utilitária, que deveria ser de caráter simples, objetivo e direto, dificulta a circulação das ideias contidas na prosa processual, por se tratar de um texto que deve alcançar todos os interlocutores, não apenas os que participam do mesmo ambiente profissional.

Por meio da análise das 20 (vinte) peças processuais de promotores de justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, foi possível perceber a aproximação entre elas e o barroquismo. A preocupação estética com a linguagem, os períodos tendendo à tortuosidade e outros aspectos típicos de um modo de produção presente em um movimento artístico ocorrido há mais de três séculos evidenciam o barroquismo nos textos jurídicos.

As elipses, por exemplo, tornam-se recurso para desvirtuar a linguagem comum e mostram-se presentes em grande parte dos textos jurídicos. Não que essa figura de construção seja exclusiva dos barroquistas, visto que pode estar presente em qualquer

texto, mas o debate é sobre como essa figura está sendo usada de forma a transformar o texto em algo floreado. Não se deve deixar o texto jurídico à roscó; deve-se dar preferência à linguagem simples, direta, objetiva e eficaz, visando à interpretação plena dos fatos e sem dar margem a possíveis debates sobre o que o texto quer dizer. Além disso, quanto mais simples for a linguagem, menores são as chances de haver erros gramaticais referentes à colocação pronominal, regência, concordância e pontuação, por exemplo.

Espera-se, assim, que os textos jurídicos possam atender, em sua totalidade, seu propósito como tipo de texto, e que os autores dos diferentes gêneros textuais próprios do ambiente jurídico possam ser fiéis ao seu objetivo comunicativo. Espera-se, ainda, que se tenha cuidado ao redigir um texto jurídico e que se evite o intenso uso de aspectos subjetivos (formas individuais de redação) para que não recaiam, sobre a escrita, sobretudo na prosa jurídica, as idiossincrasias do movimento Barroco.

4. Referências

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. *Gramática metódica da língua portuguesa*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37. ed. Rio de Janeiro: Lucerna, 2001.

BOSI, Alfredo. *História concisa da literatura brasileira*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1970.

CANDIDO, Antônio; CASTELLO, J. Aderaldo. *Presença da literatura brasileira: das origens ao romantismo*. 4. ed. rev. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1971.

GNERRE, Maurizio. *Linguagem, escrita e poder*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HOUAISS, Antônio; VILLAR Mauro Salles. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. 1ª impressão com alterações - 2004. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

PEIXOTO, Jaqueline dos Santos. A avaliação do emprego de operadores e conectivos argumentativos. In.: GARCEZ, Lucília Helena do Carmo; CORRÊA, Vilma Reche. (Org.) *Textos dissertativo-argumentativos: subsídios para qualificação de avaliadores*. Brasília: Cebraspe, 2016.

VIEIRA, Antônio. *Sermão da Sexagésima*. São Paulo: Edameris, 1965, v. 2. Domínio Público. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000034.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

XAVIER, R. Caldeira. *Português no direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Artigo recebido em 02/07/2019

Artigo aprovado em 09/10/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200014

161 - 191

Artigo

**PERFIL MODERNO DE ATUAÇÃO DAS
CORREGEDORIAS-GERAIS
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

JOÃO GASPAR RODRIGUES

PERFIL MODERNO DE ATUAÇÃO DAS CORREGEDORIAS-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MODERN PROFILE OF THE INSPECTOR GENERAL AND
CHIEF DISCIPLINARY COUNSEL OF THE PROSECUTION SERVICE

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado do Amazonas, Brasil
gasparrodrigues2010@bol.com.br

RESUMO: O ensaio tece considerações sobre uma nova atuação das Corregedorias-Gerais do Ministério Público, realinhando o seu perfil às novas exigências de resolutividade e de efetividade, estabelecendo uma sistemática pertinente e reelaborando sua metodologia de atuação, valorizando uma lógica preventiva/dialogal/orientadora.

PALAVRAS-CHAVE: Corregedoria-Geral; gestão resolutiva e humanizada; intervenção preventiva, dialógica e orientadora; fiscalização qualitativa da resolutividade.

BSTRACT: The essay analyzes the new work of the Inspector General and Chief Disciplinary Counsel of the Prosecution Service, realigning its profile to the new requirements of resolution and effectiveness, establishing a pertinent system and re-elaborating its methodology of action, valuing a preventive/dialogal/guiding logic.

KEYWORDS: Inspector General and Chief Disciplinary Counsel of the Prosecution Service; resolution and humanized management; preventive, dialogal and guiding intervention; qualitative surveillance of the resolution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Antigo perfil da atividade correcional. 2.1. Fiscalização burocrática e controle total. 2.2. Fiscalização inercial. 2.3. Punitivismo neutralizante: faltas disciplinares de “interpretação do direito”. 2.4. Controle formal do desempenho. 3. Incoerências no modelo correcional atual no Ministério Público. 3.1. Sobrefiscalização no primeiro grau e subfiscalização no segundo grau. 3.2. Violação do devido processo legal e da ampla defesa. 4. Novo perfil correcional. 4.1. Intervenção preventiva, diálogo e orientação. 4.2. Gestão resolutiva e humanizada. 4.3. Ação coordenada. 4.4. Fiscalização qualitativa da resolutividade. 4.5. Uso racional, efetivo e formulador dos dados estatísticos. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O presente estudo se propõe ser uma revisão crítica do papel das Corregedorias-Gerais do Ministério Público perante os novos parâmetros da instituição: resolutividade, planejamento e ação coordenada.

A Corregedoria-Geral do Ministério Público (em qualquer dos seus ramos) é um órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros da instituição (art. 17, *caput*, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP), mas o raio de atuação correcional, em regra e na prática, é estreitado e reduzido pela metade, dado um modelo de fiscalização cerberesca, inercial (dependente de provocação), fragmentada. O caráter repressivo e reativo ainda se sobrepõe ao preventivo.

A evasão de uma lógica meramente reativa, punitiva e disciplinar parece plenamente compatível com os novos paradigmas que regem o Ministério Público. Se, em relação à sociedade e aos seus interesses prioritários, a instituição atua por uma lógica de prevenção de danos e de busca por resultados efetivos, nada justifica que, internamente, a sua atividade correcional incida apenas quando o dano ou o ilícito já se verificou, quando os prejuízos à atividade finalística são irreversíveis ou sujeitos apenas a uma parcial e imperfeita reparação.

Essa nova compreensão da realidade jurídica e social abre um espaço fértil para reconceitualização das Corregedorias-Gerais e sua atuação em prol de um Ministério Público mais homogêneo, efetivo em sua atividade finalística e menos *adversarial*, em suas conexões e relações internas. Estes foram os propósitos inspiradores do presente ensaio.

2. Antigo perfil da atividade correcional

A Corregedoria não existe para espalhar a desconfiança, o medo e o terror, numa postura de inacessibilidade e de aparente superioridade, despertando um deslocado “temor reverencial”. Nem pode atuar sob o princípio da suspeição: crendo e acreditando que todo agente do Ministério Público age movido por objetivos vis. Seu método de trabalho não pode ser, nem de longe, uma di-

nâmica de poder nazifascista (ou totalitária) – cascavilhando ou espiolhando deslizos e erros, até patrulhando intenções, olhares e silêncios, afinal “tudo se interpreta” (MAXIMILIANO, 1994, p. 9) (fazendo de cada servidor um espião em potencial, tristemente consciente de seu papel) –, mas democrático, estabelecendo uma “política de portas abertas” com base no diálogo, na transparência, na cooperação e na gestão humanizada racional. Em suma, não pode ser um órgão puramente ou virulentamente fiscalizador e punitivo, uma polícia interna, sob pena de perder sua real essência nas engrenagens de uma ambiência democrática que teima em se impor às contraforças da tradição autoritária.

A existência quase fantasmagórica do fenômeno político do totalitarismo como um item lamentável do museu da história, e a superação dele por uma onda democrática, talvez nos faça esquecer o fato de que a principal diferença entre regra totalitária e governo democrático não se dá tanto em termos de existência de leis positivas, mas na maneira como essas leis são administradas (KOOKER, 1993, p. 21). As perversões do ambiente macropolítico reproduzem-se, a varejo, no meio burocrático com mais frequência do que se pode imaginar. Então não é despropositado, nem amor ao excesso, atribuir tendências antidemocráticas ou “desdemocratizantes” (ou totalitárias) a certas Corregedorias-Gerais que embalam suas pretensões de “ordem e lei” nos padrões já referidos.

Para fazer desses padrões varridos pela história uma parte importante (ou única) da atividade correcional, é preciso um tirocínio profissional especialmente voltado à operacionalização e um olho cego para o modo como eles violam o funcionamento democrático e dialogal de uma instituição de cariz moderno. De qualquer maneira, imaginar que é possível sentar e calcular propósitos inquisitoriais para fazer atuar o mister correcional, parece algo fora do contexto, mas tomar a cultura – enraizada pós-88 na história da instituição ministerial – e transformá-la em procedimentos sombrios de uma época morta, parece extraordinariamente ingênuo.

Nossos sistemas de controle correccional, ainda por conta das características apontadas, parecem fundar suas atividades na hipótese de que 90% dos membros são preguiçosos, inúteis, sempre prontos a mentir, enganar, levar vantagem ou fazer uso de qualquer outra forma de prejudicar a instituição.

Talvez a extrema especialização do órgão correccional faça com que o titular eventual se sinta seguro demais no pedestal das ideias fixas e em estruturas mentais de inflexibilidade gótica e, assim, permaneça desatento às mudanças que se processam ao seu redor. Essas antigas categorias mentais já não se ajustam às novas estratégias e exigências dialogais, nem se adaptam a um mundo que se desdobra de maneira inesperada, aberto a novos valores, líquido. Um contexto de imperiosos ajustes contínuos é implacável com quem se mantém na fixidez dos modelos herdados da tradição. Esses modelos correccionais poderiam ser funcionais há 40 ou 50 anos, quando as incertezas e as imprevisibilidades do mundo eram poucas e quantificáveis, mas definitivamente não se ajustam aos tempos de hoje.

Encontramo-nos perante um universo e uma sociedade em que o imprevisível, o instável, o fortuito, o risco, a incerteza e o irregular também têm espaço, e cada vez mais espaço, com perturbadoras consequências para um Direito tradicional que se assenta na regularidade e na racionalidade. Esse mundo cartesiano é o desejado (cobrado e exigido) pelo Corregedor da velha escola, alheio à descontinuidade e à liquidez assumidas pela realidade social e jurídica. O membro do MP, diante desse cenário dinâmico e fluido, é cada vez mais chamado a desenvolver capacidades para acomodar mudanças inesperadas, mediante um aprendizado estratégico, e a dar respostas flexíveis, nem sempre respostas institucionalizadas (com um suporte procedimental, com uma prévia e clara norma regulamentadora, etc.), pois a realidade social se move rápido e tem mais poder normativo do que a vontade de um legislador ou de um gestor tardo em adaptar-se ao curso histórico que ela vai determinando.

As atuações ou as atividades sem suporte procedimental (ou seja, atividades não institucionalizadas em rotinas próprias), quando representam responsáveis medidas de inserção social, são estimuladas pelo Conselho Nacional do Ministério Público e pela Corregedoria Nacional do Ministério Público (art. 5º, inciso IX, da Recomendação de Caráter Geral n. 02/2018):

Art. 5º Para fins de avaliação, orientação e fiscalização pela Equipe Correicional, será considerada a eficiência funcional da atuação do membro ou da unidade correicionada ou inspecionada, aferindo-se, entre outros, os seguintes aspectos:

[...]

IX - realização de atividades extrajudiciais não procedimentais de relevância social, tais como palestras, participação em reuniões e outras atividades que resultem em medidas de inserção social.

É moeda corrente na doutrina que os integrantes do Ministério Público, para cumprir efetivamente suas funções (sobretudo na gênese do juízo valorativo acerca de todos os aspectos jurídicos das demandas – incidentais ou não – a si submetidas), devem estar livres de qualquer tipo de ameaça, ingerência, retaliação, hostilidade ou pressão. Não podem sofrer nenhuma espécie de interferência de conteúdo na sua atuação técnico-jurídica extrajudicial e processual. Os órgãos do Ministério Público não estão obrigados a observar atos normativos, resoluções, portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos, nem mesmo dos órgãos superiores da Administração, no que diz respeito ao mérito do que devam ou não fazer “nos atos da atividade-fim”; aqui, é irrestrita a sua independência funcional.

O próprio Conselho Nacional do Ministério Público, em seu Enunciado 6 (28 de abril de 2009), reconhece que:

Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional

do Ministério Público. Os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório dizem respeito à atividade finalística, não podendo ser revistos ou desconstituídos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pois, embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no art. 130-A, § 2º, inciso II, CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da Instituição.

Os vetores de ingerência ou interferência podem ser tanto externos, quanto internos, quando marcados pela ilegalidade e pela ilegitimidade. Já dissemos alhures que a independência funcional pode ser ameaçada *ad intra* (interna) ou *ad extra* (externa). E, do ponto de vista de efetividade, as ameaças derivadas dos órgãos internos da instituição (com especial destaque para a função correccional) são mais destrutivas e dolorosas que as externas, e com uma capacidade infinitamente maior de paralisar as ações e as iniciativas dos membros.

Sobre o núcleo duro e inexpugnável do juízo valorativo técnico-jurídico extrajudicial e processual, o Superior Tribunal de Justiça, admitindo a prevalência do princípio da independência funcional:

[...] reconheceu ser ‘incabível, pois, a punição de Promotor de Justiça que requer, fundamentadamente, o arquivamento de inquérito policial por entender se tratar de fato atípico’ (6ª T., RMS nº 12.479/SP, rel. Min. Maria Thereza Arruda, j. em 21/08/2007, DJU de 19/11/2007). No caso concreto, membro do Ministério Público promovera sucessivos arquivamentos de inquéritos policiais cujo objeto era o porte ilícito de substância entorpecente. O órgão correccional, entendendo que a conduta, de acordo com a lei brasileira, era manifestamente típica, instaurou processo administrativo disciplinar e puniu o promotor de Justiça. Impe-trado mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça, a ordem foi denegada com o argumento de que ‘a independência funcional não é absoluta’, ao que se soma a ‘impossibilidade de o Promotor de Justiça fazer prevalecer sua posição doutrinária sobre o texto da lei’. (GARCIA, p. 22, 2016).

A instituição que tem a missão de combater agentes externos poderosos precisa, primeiro, trabalhar sua coesão interna, seu contexto de apoio no ambiente interno. Os agentes ministeriais não serão resilientes diante desse formidável aparato externo (com seus interesses e apetites) se, no âmbito interno da instituição, não contarem com suporte e apoio razoável.

Nos itens a seguir apontamos algumas características, ainda existentes, infelizmente, em muitas Corregedorias filiadas à escola antiga.

2.1. Fiscalização burocrática e controle total

A obsessão pelo controle absoluto, pela fiscalização burocrática integral ou total, sem trégua e *full time*, pode criar um clima de hostilidade endêmica (uma desconfiança recíproca) e implicar um constrangimento contínuo sem o correspondente ganho de eficácia, efetividade e eficiência, que é, no fundo, o objetivo primordial de toda e qualquer atividade correcional.

Qualquer atividade, e a correcional não é exceção, precisa manipular métodos eficazes e racionais. A obsessão pelo controle reflete, simplesmente, uma ilusão de controle. Qualquer padrão regular de fiscalização dá ao fiscalizado uma oportunidade de desenvolver técnicas de evasão ou de camuflagem. Ao tornar aleatórios seus padrões de fiscalização, as chances de o órgão correcional surpreender eventuais deslizes dos fiscalizados são maiores.

Além disso, a pura punição disciplinar não ensina o comportamento funcional correto ou desejado; quando muito, faz com que o corrigido aprenda a evitar punições futuras. Suponhamos que um membro é punido por não tratar com urbanidade um cidadão no exercício da função. Reprimido com a punição, não saberá as formas de tratamento adequadas, mas “aprenderá” a desviar-se de novas punições, evitando, por exemplo, todo con-

tato com os cidadãos em geral. Esse raciocínio se insere numa perspectiva maior: o indivíduo castigado não está, por isto, menos disposto a comportar-se de uma forma dada; quando muito, aprende a evitar a punição. Em troca, se o órgão correcional reconhece e elogia boas práticas, provavelmente estimulará outros membros a segui-las ou desenvolvê-las. Dissemina-se o aprendizado de que um comportamento específico (positivo) leva a recompensas e, ao mesmo tempo, satisfaz a insaciável necessidade humana de atribuir-se um valor próprio.

O controle absoluto sobre bases burocráticas (observância das fórmulas legais, dos prazos estritos, dos tecnicismos estéreis, etc.), além de ineficaz, tende a prejudicar o espírito inovador, criativo e resolutivo dos membros da instituição. A inovação pressupõe um passo além do estabelecido, logo é possível (na verdade, muito provável) que o “passo além” não esteja positivado em alguma norma jurídica. E essa liberdade operacional é o que qualifica o membro do Ministério Público como agente político. Mas agir sem o suporte claro de uma norma (o “traço de giz na parede”) é o alerta para a atuação da Corregedoria de molde antigo, afinal o regulamento é a baliza e a fonte inexorável de direitos e de deveres. E não há nada mais desmotivador que a necessidade de, a qualquer passo, justificar-se perante um órgão correcional; é quase heroico manter-se sereno quando o céu desaba sobre sua cabeça. Assim, os membros recorrem ao caminho de menos resistência – obediência de soldado aos regulamentos – para se proteger; transferem suas lealdades para o leito comum dos regulamentos, dos relatórios, dos números. As boas práticas definham diante desse cérbero infernal, de cujo “fogo amigo” nenhum espírito à frente de seu tempo (ou até ao nível dele) escapa.

Para atormentar e retirar força produtiva a um promotor, basta instaurar uma ou duas sindicâncias. Elas sequer precisam ter algum suporte factual ou jurídico. A simples necessidade de recolher elementos informativos ou de defesa já retira tempo precioso ao agente, sem contar o desgaste emocional e a perda do senso de pertencimento.

A necessidade de controle parece ligar-se, de alguma forma, aos esforços da natureza humana para fazer o futuro à sua própria imagem. Se o homem perde o controle do próprio destino, tem medo de ser jogado no abismo. Só e amedrontado, o homem fica à mercê de forças cósmicas estranhas e imprevisíveis, por isso se consola com qualquer coisa que desafie a sorte. Ele grita seus anseios de controle na tempestade da vida. Mesmo se tudo o que escutar for o eco da própria voz, não estará mais sozinho. Abandonar sua fé no controle desencadearia o terror preso nele.

A obsessão pelo controle brota do fracasso em reconhecer ou apreciar o valor da espontaneidade, da criatividade e leva a inúmeros tipos de comportamento. Um é a aversão ao risco, que significa uma relutância em considerar ideias criativas e mudanças quânticas de verdade, pois os efeitos de ambas são imprevisíveis (MINTZBERG, 1994, p. 203). E como toda forma de poder é naturalmente expansivo e não linear, alarga-se continuamente e em todas as direções.

2.2. Fiscalização inercial

Os órgãos correccionais de perfil antigo parecem desconhecer o meio termo, a justa medida dos filósofos socráticos: vão da fiscalização total à fiscalização inercial ou dependente de provocação. Quando não são hiperativos, cascavilhando desvios mínimos aos regulamentos, apresentam-se letárgicos, dependentes de um agente provocador (“aguardam o dano”). De qualquer modo, em ambos os casos, o amor ao regulamento persiste, e os tornam incapazes de serem funcionais às novas exigências. Como avaliar e fiscalizar a atuação de um membro do Ministério Público que, no exercício da função, precisa atender alguns postulados funcionais que não se encontram positivados em nenhum regulamento, resolução ou lei? Ou que ressaem, palidamente, de postulados principiológicos lançados em normas esparsas? Hoje

em dia, exige-se do membro resolutivo (art. 1º da Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN n. 02, de 21/06/2018):

- 1 - Capacidade de articulação;
- 2 - Capacidade de diálogo e de construção do consenso;
- 3 - Senso de oportunidade para o desencadeamento das atuações;
- 4 - Autoridade ética para mediar demandas sociais.

A norma pode prever e até exigir essas qualidades, mas não pode quantificá-las, traçando limites precisos de atuação. Assim, não há como positivar até onde vão essas capacidades de articulação, de diálogo e de construção de consenso. Os limites desses talentos e a forma como são postos em prática vão depender da métrica do agente ministerial. É nessa zona nebulosa que a atuação do corregedor-geral pode ser benéfica ou destrutiva, dependendo da escola a que pertence, à antiga ou à moderna.

O *quantum* dessas capacidades e talentos não está disposto em códigos ou leis, mas no *feeling* do agente ministerial. Ora, sendo assim, a atuação correccional só terá condições de avaliar tais padrões se também compartilhar deles. O corregedor-geral precisará ter capacidade de articulação e de diálogo, senso de oportunidade e autoridade ética.

2.3. Punitivismo neutralizante: faltas disciplinares de “interpretação do direito”

A fiscalização dos deveres dos membros do Ministério Público pelas Corregedorias, usualmente, é feita:

[...] tão somente sob o enfoque da subsunção ou não da conduta apontada como ilícita aos tipos administrativos disciplinares ensejadores das faltas e da correspondente aplicação da penalidade administrativa. (DAHER, 2016).

Mas esse cenário reducionista não escapa aos desejos de maior restrição.

Sob a inspiração dos delitos de interpretação do direito estrangeiro, há quem venha a público defender a criação de tipos disciplinares baseados na “distorção imprudente do direito” (CABRAL, 2016), sem nenhuma atenção ao princípio da insindicabilidade da interpretação jurídica dos casos concretos. Essa ideia é tão absurda que só pode ser explicada pelo hábito inviscerado na cultura nacional de copiar modelos estrangeiros com pouca ou nenhuma reflexão. Percebe-se claramente o lado sombrio de hipóteses de trabalho como essas: hipertrofiar o poder punitivo das Corregedorias, ampliando as hipóteses de incidência, em prejuízo de seu prioritário caráter orientador.

É certo que os membros do Ministério Público não podem invocar como «escudo de proteção», «refúgio indevassável» ou álibi, em casos de omissão indevida, o princípio da independência funcional, mas, por outro lado, não podem ter múltiplas «espadas de Dâmocles» sobre a cabeça, com as mais especiosas criações cerebrinas, tornando penoso o desempenho funcional diário e exigindo verdadeiros heróis para esgrimir uma porosa independência funcional. E dizemos “porosa” pois, dependendo da forma como é interpretada, pode servir a dois propósitos contraditórios: alavancar uma atuação inovadora e transformadora ou embasar o desenho punitivo *all-embracing* das Corregedorias-Gerais (que, atuando arbitrária e casuisticamente, podem relativizar e esvaziar o princípio de todo sentido e alcance). Portanto, manipular, conceitualmente, o princípio da independência funcional é uma atividade muito perigosa.

A partir dessas hipóteses ou teorias mal digeridas e pior ainda assimiladas, tenta-se limitar o alcance do “juízo valorativo técnico-jurídico extrajudicial e processual” do agente ministerial. Cria-se, a partir daí, uma espécie nefasta de “punitivismo neutralizante”.

O princípio da unidade não anula as unidades executivas do MP, nem torna o agente refém de um postulado coletivo. Moldar a instituição por esse ângulo representa podar (ou emascular) a iniciativa, a criatividade, a inovação e o livre movimento intelectual. O planejamento estratégico formal não pode se sobrepor à visão estratégica e ao pensamento estratégico, verdadeiros elementos de ajuste do plano estratégico coletivo ou institucional.

Segundo Almeida:

[...] a atuação individual e intuitiva dos membros do Ministério Público deve ser superada por um novo modelo, em que o compromisso com a transformação social, o planejamento estratégico e a eficiência passem a ser condições naturais em todos os âmbitos da atuação institucional, jurisdicional ou extrajurisdicional [...] (ALMEIDA, 2016).

A esse coro retrucamos que a atuação individual não deve ser superada, mas amparada, suplementada e coordenada institucionalmente, sempre dirigida por uma visão holística estratégica. A iniciativa individual, criativa, impulsionadora, não deve ser superada, anulada ou neutralizada pela tirania do todo ou por uma atividade correcional nutrida pelo leite grosso da tradição autoritária. Em nosso modo de ver, é preciso haver uma harmonização da parte com o todo, e vice-versa. O elemento individual sempre será a variável da mudança e da inovação. Essa premissa jamais será superada, nem pela mais perfeita das instituições.

2.4. Controle formal do desempenho

Essa forma de controle ampara-se numa estrutura formal, centrada em normas, rotinas e indiferente aos aspectos substanciais da conduta funcional do agente do Ministério Público. Normalmente, o fim desse controle é mais atraído por irregularidades do que

pelas boas práticas, pela eficiência, eficácia e efetividade funcional. A forma e a observância de prazos procedimentais preponderam sobre os resultados concretos e efetivos da atuação. Há um caráter personalístico embutido na fiscalização, dirigindo-se antes ao agente individualmente considerado e esquecendo, ou colocando em segundo plano, a estrutura e o desempenho do órgão de execução onde a função é exercida.

3. Incoerências no modelo correcional atual no Ministério Público

3.1. Sobrefiscalização no primeiro grau e subfiscalização no segundo grau

Percebem-se algumas incoerências nos trabalhos das Corregedorias. Uma, em especial, chama a atenção: a forma desigual como são feitas as fiscalizações no primeiro e no segundo graus. Enquanto nas Procuradorias de Justiça, o Corregedor realiza inspeções, pessoalmente, remetendo relatório reservado ao Colégio de Procuradores (LONMP, art. 17, inc. II), nas Promotorias de Justiça são realizadas inspeções, regularmente ou mediante correições ordinárias ou extraordinárias, levando ao conhecimento do Procurador-Geral de Justiça e ao Conselho Superior do Ministério Público as irregularidades observadas.

Além disso, os Procuradores de Justiça ainda exercem inspeção permanente nos serviços dos Promotores de Justiça nos autos em que oficiam, remetendo seus relatórios à Corregedoria-Geral do Ministério Público (LONMP, art. 19, § 2º). É como se existisse uma hierarquia entre os membros do Ministério Público.

Salta aos olhos a forma tímida, *reservada* e discreta como as Procuradorias de Justiça são fiscalizadas. E, por outro lado, a quantidade de atividade fiscalizatória e controladora existente sobre os órgãos de execução de primeiro grau: existem guardas e so-

breguardas (mas *quis custodiet ipsos custodes?*). Não nos parece que os agentes ministeriais de segundo grau, embora alojados no nível mais proeminente da carreira, deixem, só por isso, de ter a necessidade de apresentar habilidade técnica quantificável nos feitos e nas ações em que são chamados a atuar. Apenas aos gestores, quando atingem um nível hierárquico avantajado, as habilidades técnicas passam a plano secundário, não assim com agentes ainda envolvidos com questões técnico-jurídicas.

Também nos órgãos colegiados (Conselho Superior e Colégio de Procuradores) parece não existir a cogência do princípio da duração razoável do processo. Não há prazos legais ou resolutivos para as atividades funcionais (administrativas) desses órgãos. Um conflito de atribuição em grau de recurso, por exemplo, pode levar meses ou anos até ser julgado e definido o órgão competente para dar andamento à demanda. A atividade correcional, de igual modo, passa ao largo dessas questões.

3.2. Violação do devido processo legal e da ampla defesa

Dentre outras atribuições, incumbe ao corregedor-geral (LONMP, art. 17, V):

[...] instaurar, de ofício ou por provocação dos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, processo disciplinar contra membro da instituição, presidindo-o e aplicando as sanções administrativas cabíveis.

Representa uma teratologia, pois como podemos falar em *ampla defesa e devido processo legal*, se a autoridade que acusa é a mesma que preside a instrução e, em alguns casos, ainda julga o acusado? Essa sistemática, que não foi reproduzida na Lei Complementar nº 75/1993, parece não se ajustar aos mais comezinhos lineamentos do devido processo legal. Afinal, como

é possível termos, em pleno Estado Democrático de Direito, uma simbiose existencial entre as funções de acusador e julgador? (MAZZILLI, 2008, p. 168-169; GARCIA, 2016).

4. Novo perfil correccional

4.1. Intervenção preventiva, diálogo e orientação

A atuação preventiva, por qualquer dos órgãos do Ministério Público (e a Corregedoria não é exceção), responde por um indicador de resolutividade. Assim, de acordo com o art. 9, inc. I, da Resolução n. 144, de 27 de abril de 2017 (Regimento Interno da Corregedoria do Ministério Público do Trabalho), a Corregedoria, no exercício de sua atividade correccional, poderá:

[...] acompanhar o exercício das atividades funcionais dos membros do Ministério Público do Trabalho, orientando preventivamente e intervindo tempestivamente em casos de omissão de deveres ou de prática de abusos.

Na orientação e intervenção correccional, o corregedor-geral poderá expedir recomendação individual, reservada e sem caráter disciplinar, quando a conduta do membro não for de gravidade que justifique a iniciativa da atividade disciplinar (parágrafo único do mesmo artigo).

Neste sentido, para o desembargador paulista José Renato Nalini, então corregedor-geral de Justiça:

[...] a corregedoria tem que ser o primeiro órgão de apoio, de orientação. E para isso é preciso paciência para ouvir, cordialidade, temos que devolver o tratamento humano para dentro do Judiciário.

O Conselho Nacional do Ministério Público ressalta essa qualidade da moderna atividade correccional, quando no *caput* do art. 5º da Resolução n. 149/2016 determina que:

[...] a autoridade incumbida dos trabalhos elaborará relatório circunstanciado, apontando as boas práticas observadas, as eventuais irregularidades constatadas, bem como as conclusões e medidas necessárias a prevenir erros, corrigir problemas e aprimorar o serviço desenvolvido pelo órgão/unidade.

Veja-se que a preocupação maior é “prevenir erros”, “corrigir problemas”, “aprimorar o serviço” e “apontar as boas práticas”. Nessa disposição normativa fulcral ao trabalho correcional, temos em primeiro plano o espectro mais moderno das atividades atribuídas às Corregedorias-Gerais. De fato, como sugere uma imagem (GARCIA, 2016), ninguém zela pela longevidade de um esportista cortando-lhe as pernas, mas orientando-o e estimulando-o a desenvolver e a aumentar as suas potencialidades. Não é por outra razão que a atribuição de orientar, contida no art. 17, *caput*, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, precede o dever de fiscalização (e, por consequência, de repressão) das Corregedorias-Gerais. É um claro indicativo da prevalência da estratégia orientadora no perfil moderno da atividade correcional.

A superioridade da tutela preventiva há tempos é assinalada pelos mais consagrados autores (GRINOVER, 1981, p. 27), em face da inviabilidade frequente da modalidade tradicional de tutela, que consiste na aplicação de sanções, quer sob a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento. E a gravidade do problema aumenta, afirmou-se, quando se passa das relações jurídicas de caráter patrimonial àquelas categorias em que se reconhece ao homem uma situação de vantagem insuscetível de traduzir-se em termos econômicos: os direitos da personalidade.

A LONMP, no art. 17, *caput*, diz que a Corregedoria-Geral do Ministério Público é “*órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais*». *Num primeiro momento, como desdobramento dessa tarefa orientadora, a Corregedoria pode emitir recomendações (LONMP, art. 17, IV), consistentes em deliberações de natureza não vinculativa, para serem observadas pelos órgãos de execução do Ministério Público em suas atividades finalísticas*

ou administrativas. O instrumento da recomendação resulta da análise de hipóteses institucionais de caráter geral e de natureza abstrata. E, em regra, é emitido ex officio.

Num segundo momento, nada impede – mesmo na ausência de previsão legal – que a Corregedoria exerça o papel de órgão consultente. Isto porque a função já se encontra dentro do espectro maior da “orientação”, devidamente prevista em lei (art. 17 da LONMP). Distingue-se da recomendação pelo simples fato de esta ser habitualmente formulada de ofício. A consulta, por seu lado, depende de provocação do interessado, obedecidos alguns critérios, como: a) ter pertinência temática com as atribuições da Corregedoria; b) ser formulada em tese, não sendo admitida consulta emergente de questões administrativas concretas, decorrente de interesse individual ou de matérias sub judice ou sub examine; c) ser de interesse institucional, não sendo permitida também consulta de caráter puramente acadêmico.

Como dissemos, a Corregedoria não é exceção na adoção, por todos os órgãos do Ministério Público, de uma postura proativa que valorize e priorize atuações preventivas, com antecipação de situações de crise ou de irregularidades. A atuação preventiva ataca, por todos os ângulos, o ilícito, evitando sua prática, continuidade ou recorrência, constituindo-se na forma mais pura de manter efetivo o Direito. Existem danos que são irreparáveis, sendo impossível voltar ao *status quo ante*, restando apenas a repressão punitiva ou compensatória. A repressão, portanto, em regra, é uma forma imperfeita de restaurar a efetividade (ou a imperatividade) do Direito.

O maior compromisso da atividade correcional não se reflete na quantidade de apurações e de aplicação de penas disciplinares (aqui o movimento mais racional é ir da quantidade para a qualidade), fazendo do órgão respectivo uma máquina de exigir e empilhar condenados, de catalogar e listar culpados (nisso se descortina até mais uma vantagem da ação que visa à prevenção, pois não se preocupa, em regra, com eventual culpa ou dolo do agente, es-

tigmatizando-o e antagonizando-o, mas simplesmente com obstar a irregularidade e o dano). Seu compromisso moderno e nuclear é com o ganho de efetividade na atuação institucional, por todos os órgãos que estão sob sua jurisdição orientadora e fiscalizadora.

As ferramentas para levar adiante essa tarefa orientadora são o diálogo e o consenso. A Corregedoria, como órgão do Ministério Público e dirigida por agente da instituição, não está imune às novas diretrizes que regem o comportamento funcional de todos os membros: deve ser resolutiva, efetiva, eficiente e buscar a solução consensual ou negociada das controvérsias inseridas no raio de suas atribuições. O próprio Conselho Nacional do Ministério Público, no parágrafo único do art. 8º da Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014, chega a prever a possibilidade de negociação entre os próprios membros do Ministério Público:

A negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público.

Sob esse viés orientador, nada impede que a Corregedoria possa proceder à autocomposição de controvérsias afetas à sua área de atuação, ressaltando um precioso tripé funcional: apoio, suporte e diálogo. É a emergência de um novo paradigma jurídico: mais negocial, informal e cooperativo.

O art. 3º, § 2º, do Código de Processo Civil diz que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Por “Estado” aqui se entendem todas as suas formas de expressão: Estado-juiz, Estado-polícia, Estado-administrador, Estado-regulador, etc. O único impedimento é se os interesses em jogo não admitirem, por sua natureza e extensão, alguma forma de autorregulação. Ainda no § 3º do mesmo artigo, os membros do Ministério Público (entre outros agentes) devem estimular a implementação e a utilização de métodos de solução consensual de conflitos (mediação, conciliação, etc.), dentro ou fora do processo judicial.

Há, assim, o dever do Estado, amplamente considerado, e das suas instituições em todas as esferas de governo, de promover, sempre que possível, a resolução consensual dos *litigious* (ALMEIDA, 2016). Essa orientação vai muito além do Judiciário e abrange, como seria natural, o Ministério Público e outras instituições do poder público federal, estadual, do Distrito Federal e municipal.

Esse novo perfil começa a surgir por entre as velhas práticas. A Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais, por exemplo, em atitude elogiável, aprovou o Ato n. 012/2016, que regula o procedimento de negociação, mediação e de conciliação e procedimento de acordos de resultados, nos conflitos e controvérsias afetos à sua área de atuação orientadora e fiscalizadora.

A figura 1 tenta descrever graficamente a fiscalização e a orientação funcionais até o limite em que caem no abismo, quando se transformam em controle intrusivo (total, *all-embracing*).

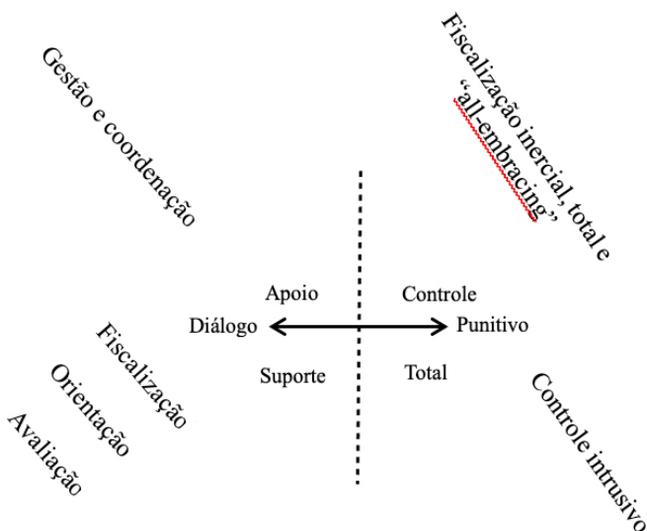


Figura 1 – Os limites da atividade correcional

4.2. Gestão resolutiva e humanizada

A Corregedoria de perfil moderno não desfila apenas com uma espada vingadora em punho, cascavilhando más práticas e violações dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público. Esse ângulo de atuação persiste e é necessário (sem o aspecto terrorífico que a imagem sugere), pois o direito não pode ser desconsiderado após o dano, mas já não esgota as funções do órgão. Só censurar e punir não basta. Sua missão prevalente, sob esse novo olhar, é colher bons exemplos e boas práticas para poder disseminá-los, difundi-los. O órgão está predisposto a ser um catalisador e um difusor de boas práticas. E isso implica gestão, implica organizar-se em torno de pessoas, e não ao redor de valores ideológicos ou idiosincrasias inomináveis, ou ainda de atos ou procedimentos formais.

Vejamos o caso emblemático do Conselho Nacional do Ministério Público, que nasceu sob o pálio (pouco palatável) de um órgão de controle, mas com o tempo tornou-se, prevalentemente, um órgão de gestão, de planejamento e de integração, mais preocupado com a eficiência, eficácia e efetividade dos serviços prestados pelo Ministério Público brasileiro; e até, por um movimento próprio, órgão consultante (atendendo à necessidade prévia de orientação – cf. Enunciado CNMP n. 5, de 3 de novembro de 2008).

As Corregedorias-Gerais começam a despertar para uma função pouco vendida e pouco comprada na história correcional da instituição, que é a gestão humanizada de pessoas. E a gestão pessoal é, antes de tudo, uma questão de psicologia. Os mais graves problemas encontram solução em um ambiente de confiança, e as questões mais triviais podem degradar-se em uma atmosfera de desconfiança, quando são geridas com métodos agressivos e típicos de um ambiente em crise.

Não é demais lembrar que, para o ocupante de um cargo tão relevante como o de corregedor-geral, já não é fundamental deter

habilidades técnicas (não precisa saber, em pormenores, como se realizam, em nível operacional, todas as atividades específicas e altamente especializadas dos diversos ramos do Ministério Público), mas habilidades humanas e conceituais são absolutamente necessárias, pois que o ajudam a compreender as complexidades globais da instituição e o ajustamento de sua atividade em tal cenário. Este conhecimento permite uma adaptação ativa aos objetivos globais da instituição e impede uma atuação de acordo com objetivos e necessidades setoriais. Com tais habilidades, ele consegue ter: primeiro, a capacidade e o discernimento para lidar com pessoas, com a necessária compreensão da motivação e uma aplicação de liderança eficiente; segundo, a perspectiva ampla, de longo prazo, logrando se elevar acima das árvores para ver a floresta.

Meyerson e Banfield, ainda no início da literatura sobre planejamento estratégico, notaram que:

[...] algumas pessoas são, por temperamento, incapazes de refletir, de lidar com os aspectos maiores das questões, de ver os elementos de uma situação em suas relações mútuas ou de visualizar as coisas em uma longa perspectiva de tempo... De fato, há uma seleção natural que tende a preencher os altos cargos com essas pessoas. (MEYERSON; BANFIELD, 1955, p. 277).

Mas, não obstante esse cenário pouco positivo (e até delineado com certo exagero), é importante entender que as necessidades da instituição e as dos seus membros estão definitivamente ligadas. A partir dessa ideia, e principalmente de sua aceitação, a Corregedoria pode desenvolver novas metodologias de como captar o que motiva os membros e a forma de alinhá-los à cultura institucional de obtenção de resultados socialmente relevantes. E a maneira apropriada de alcançar esse alinhamento não é por meio da dominação e do controle, mas por meio do respeito, da cooperação e do diálogo.

4.3. Ação coordenada

É preciso lembrar que a Corregedoria, não obstante seu especial fim de existência, continua sendo um órgão do Ministério Público, logo também se sujeita a uma ação coordenada na busca por resultados institucionais. Não pode ser um corpo estranho na estrutura orgânica da instituição, um «Dom Quixote» a lutar contra imaginários agressores ou *vilissimi homines*. Sua *performance* precisa, de alguma forma, se encaixar no esforço institucional e sistêmico.

4.4. Fiscalização qualitativa da resolutividade

A antiga fiscalização correcional é amparada por uma estrutura formal, centrada em normas, rotinas e indiferente aos aspectos resolutivos da conduta funcional do agente do Ministério Público. Esse movimento de acesso à justiça, amplamente amparado nos métodos autocompositivos, na informalização, na simplificação dos procedimentos e na desburocratização, não recebe o devido apoio das Corregedorias-Gerais. Na contramão da evolução do movimento, considerável número de membros do Ministério Público acaba se ocupando – em grande parte como uma resposta aos sinais institucionais que recebem das Corregedorias – mais com a forma e a observância dos prazos procedimentais do que com os resultados concretos de sua atuação em efetivar os direitos de cuja defesa está incumbida a instituição. Por outro lado, ainda recebe pouco prestígio, quando não maldisfarçada resistência, a atuação institucional resolutiva orientada para a autocomposição e o uso preferencial dos meios alternativos de solução de controvérsias (GAVRONSKI, 2016). Para exemplificar, não raro o ajuizamento de ações merece mais visibilidade e valorização nas estatísticas de produtividade do que a resolução extrajudicial por meio da recomendação, dos compromissos de ajuizamento de conduta ou de outras formas de atuação voltadas à promoção da efetivida-

de sem o uso do processo judicial, como a indução à correção de irregularidades durante a investigação (com inspeções e reuniões) e o acompanhamento de políticas públicas.

No cenário ideal, enriquecido com novas abordagens e premido por novas necessidades, a Corregedoria-Geral, como instância de controle interno, participa ativamente do esforço institucional de resolutividade. Essa instância não é um corpo estranho (ou uma “ilha inacessível e hostil”), apenas esquematicamente integrante da estrutura orgânica do Ministério Público; ela une-se à instituição de forma funcionalmente ativa e coordenada. E, como qualquer outro órgão de execução ou de administração, participa do esforço coletivo (ou institucional) para fazer mais e melhor pela sociedade, para alcançar uma efetividade jurídica dinâmica.

Com legitimidade jurídica, conhecimento aprofundado da realidade institucional (propiciado pelas inspeções e correições ordinárias) e funções fiscalizatórias e de orientação que permitem a combinação de estímulos positivos (para o reconhecimento do mérito) e negativos (sanções disciplinares), as Corregedorias possuem, tanto ou mais que os outros órgãos superiores do Ministério Público, condições privilegiadas para conectar o Ministério Público à realidade social em que atua e, principalmente, às expectativas da sociedade em relação à instituição (GAVRONSKI, 2016).

4.5. Uso racional, efetivo e formulador dos dados estatísticos

Os dados fornecidos pelas inspeções e correições ordinárias (e extraordinárias) fazem das Corregedorias-Gerais órgãos dotados de amplo conhecimento da realidade institucional, que assim podem contribuir para o aperfeiçoamento da atividade finalística. Os números e as informações dos frequentes relatórios não devem restringir-se a alimentar repositórios inertes de dados e, quando necessário, ser consultados para alavancar uma ação repressiva contra algum membro relapso.

A atividade correicional pode diagnosticar, classificar, sistematizar e aferir o nível de desempenho de todos os membros do Ministério Público (promotores e procuradores), apontando paradigmas que podem ser superados ou aperfeiçoados, cumprindo, assim, seu papel orientador, preventivo, dialogal e formulador de novas práticas institucionais.

As Corregedorias, seguindo essa orientação, podem se converter numa legítima caixa de ressonância das atividades desempenhadas pelos membros do Ministério Público, abrindo um grande campo de diálogo, onde as dificuldades, os erros e os acertos podem indicar caminhos para um melhor desempenho das unidades de execução e para a obtenção de resultados efetivos.

5. Conclusão

A Corregedoria-Geral filiada à velha escola tem uma perspectiva fragmentada da instituição e de seus objetivos, o que a faz se fechar num mundo próprio como um organismo estranho e irreconciliável com o todo. A questão sensível é que os atos gerados pelas Corregedorias a partir dessa visão fragmentada têm consequências na realidade maior da instituição ministerial, pois, a depender dos sinais emitidos por esses órgãos superiores aos membros submetidos às suas orientações e fiscalizações (por exemplo, nos dados aferidos nas inspeções e naqueles divulgados e utilizados para as promoções), se induzirá ou estimulará uma ou outra forma de atuação institucional: mais resolutiva ou mais demandista, mais ou menos formalista, favorável ou avessa às soluções auto-compositivas, etc. (GAVRONSKI, 2016)¹. O órgão correicional será, neste aspecto, uma espécie de norte magnético, de estrela guieira, daí sua imensa responsabilidade no apanhado geral da instituição.

1 Para Goulart (2016), as Corregedorias, como órgãos incumbidos do controle interno de desempenho e conduta, dispõem de “forte poder de calibração”, que se expressa em ritos, orientações e decisões cuja carga impositiva tem o poder de induzir e/ou obrigar órgãos e agentes a se conduzirem no espaço institucional de acordo com os valores e hábitos por elas fixados e de pautar a atuação de uma forma que não contrarie as instruções delas emanadas.

Talvez o grande desafio da atividade correcional moderna seja romper esses obstáculos artificiais e superar a perspectiva fragmentária, integrando-se definitivamente numa dinâmica de rede prospectiva. O perigo não está apenas no perfil antigo da atividade correcional², assumidamente anti-intelectualista e desinteligente (e imune ao vírus da democracia), mas num modelo pseudocientífico, inçado de doutrinas e teorias mal digeridas, lançadas como a última flor da ciência jurídica. Esse tipo de atividade correcional é mais nefasto do que a simples ignorância ou o senso comum herdado da tradição.

Há um importante ingrediente gerencial ínsito à atividade desenvolvida pelas Corregedorias-Gerais. E, em regra, não se constata uma consciência em torno disso. O sistema correcional atualmente montado parece incapaz, em face dessas novas ideias, de compreendê-las, de internalizá-las e de sintetizá-las na prática diária. Persiste em fluir nos trilhos de uma relação recíproca de desconfiança, onde os contatos se dão por meio de procedimentos formais de correições e de inspeções com fins fiscalizatórios e disciplinares, sob a errônea pressuposição de que os membros precisam ser obrigados, controlados, dirigidos e ameaçados com sanções para empregarem os esforços necessários a atingir os objetivos da instituição. Nesse cenário, o diálogo e a orientação são difíceis de alcançar.

Do que foi dito ao longo deste ensaio, ressaem três necessidades básicas para a modernização das Corregedorias-Gerais do MP: realinhar o seu perfil às novas exigências (inocular o vírus democrático em suas rotinas), estabelecer uma sistemática pertinente e reelaborar sua metodologia de atuação, valorizando uma lógica preventiva/orientadora. Como resultado desse apanhado, podemos sumariar alguns pontos práticos para um ansiado aperfeiçoamento da atividade correcional exercida sobre o Ministério Público:

2 Perfil esse que, segundo Marcelo Pedroso Goulart (2016), com a mentalidade e os procedimentos herdados do velho paradigma, ainda é hegemônico, mesmo nas unidades ministeriais onde ocorreram inovações legislativas.

1 - Estabelecimento de indicadores de resolutividade sobre a atividade das Corregedorias-Gerais, a fim de aferir o nível de orientação executada por cada órgão correcional e sua relação com suas propriedades punitivas;

2 - Criação de espaço dialógico, cooperativo, participativo, simétrico, multidimensional e de informação, que pode ser condensado em procedimentos de acompanhamento, de orientação e de recomendação;

3 - No intuito de obter a melhoria do desempenho das unidades sujeitas à ação correcional, as atividades de avaliação e de orientação devem anteceder às de fiscalização e de punição;

4 - *A atividade orientadora pode ser instrumentalizada por meio de múltiplos mecanismos, com destaque para: a) recomendações (orientação, de regra, ex officio, de caráter geral e natureza abstrata); b) orientações propriamente ditas (dependente de provocações); c) reuniões e audiências, que também são importantes vetores de diálogo e de orientação; d) catalogação e compartilhamento de boas práticas e enaltecimento dos que favorecem a inovação e a efetividade no desempenho funcional, promovendo-se a utilização sistemática do reforço positivo.*

6. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 8. reimp., 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz.; OSNA, Gustavo. Ministério Público, prevenção e reparação – análise a partir da (essencial) separação entre dano e ilícito. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2019.

BERCLAZ, Márcio Soares. A Corregedoria-Geral do Ministério Público e a necessidade de (re) definição do seu papel de orientação e fiscalização dos membros no compromisso de cumprimento e concretização do planejamento estratégico institucional. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, v. 4, n. 6, p. 57-71, jan./jun. 2009.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Enunciado Nº 6, de 28 de abril de 2009. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Enunciados/Enunciado-006.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN Nº 2, de 21 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/recomendacao_dois.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 149, de 26 de julho de 2016. Dispõe sobre a obrigatoriedade de realização de correições e inspeções no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados e institui o Sistema Nacional de Correições e Inspeções no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-149.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. Corregedoria e os deveres constitucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.

DECLARACIÓN DE BUENOS AIRES. *Jornada de Procuradores y Fiscales Generales de Iberoamérica sobre Narcocriminalidad*. Buenos Aires, 31.05.2016. Disponível em: <https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2016/06/MPF_declaracio%CC%81n1.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2018.

GARCIA, Emerson. Configuração Constitucional das Corregedorias do Ministério Público. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. As corregedorias e a tutela dos direitos fundamentais pelo Ministério Público no século XXI. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2019.

GODINHO, Robson Renault. As corregedorias e a atuação repressiva do Ministério Público. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2019.

GOULART, Marcelo Pedroso. Corregedorias e Ministério Público Resolutivo. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: 'habeas corpus' e mandado de segurança. *Revista de processo*, n. 22, São Paulo:RT, 1981.

KOOKER, Don L. *Ética no serviço de policiamento*. Tradução de José Claudio Moreira da Silva. Porto Alegre:Editorial Presença, 1993.

MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro:Zahar, 4. ed., 1980.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro:Forense, 14. ed. 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 7. ed.; 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Corregedorias e ética institucional do Ministério Público Brasileiro. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

MEYERSON, M.; BANFIELD, E. C. *Politics, Planning and the Public Interest. The Case of Public Housing in Chicago*. Glencoe, IL: Free Press, 1955.

MINISTÉRIO PÚBLICO FISCAL (Argentina). Declaración de Buenos Aires. In: JORNADA DE PROCURADORES Y FISCALES GENERALES DE IBEROAMÉRICA SOBRE NARCOCRIMINALIDAD. Buenos Aires: Procuración General de La Nación, 2016. Disponível em: <https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2016/06/MPF_declaracio%CC%81n1.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Resolução nº 144, de 27 de abril de 2017. Dispõe sobre o Regimento Interno da Corregedoria do Ministério Público do Trabalho e dá outras providências.

MINTZBERG, Henry. *The rise and fall of strategic planning*. New York: Free Press, 1994.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito Como Obstáculo à Transformação Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

Novo perfil da Corregedoria Geral da Justiça é tema de palestra do corregedor geral. *Site* do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Jusbrasil*, São Paulo, 2012. Disponível em : <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/3128913/novo-perfil-da-corregedoria-geral-da-justica-e-tema-de-palestra-do-corregedor-geral>> .

PETERS, Thomas J.; WATERMAN, Robert H. *En busca de la excelencia*. Tradução de Fernando Posada. Bogotá: Editorial Norma, 1993.

Artigo recebido em: 13/06/2019

Artigo aprovado em: 09/10/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200015

192 - 216

Artigo

**POLÍTICA DE ATENDIMENTO
À PESSOA IDOSA:
A IMPORTÂNCIA DA DELIBERAÇÃO E
EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
VOLTADAS À MELHOR IDADE
NA ATUAL CONJUNTURA DE CRISE**

ROBSON LEANDRO SODA
ROSANE TERESINHA CARVALHO PORTO

POLÍTICA DE ATENDIMENTO À PESSOA IDOSA: A IMPORTÂNCIA DA DELIBERAÇÃO E EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À MELHOR IDADE NA ATUAL CONJUNTURA DE CRISE

ELDERLY CARE POLICY: IMPORTANCE OF THE DELIBERATION AND EFFECTIVENESS
OF PUBLIC POLICIES FOR THE OLD AGE IN THE CURRENT CONJUNCTURE OF CRISIS

ROBSON LEANDRO SODA

Advogado

Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil

robsonsoda1@gmail.com

ROSANE TERESINHA CARVALHO PORTO

Doutora em Direito

Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil

rosane.porto@unisc.com.br

RESUMO: O presente artigo, por meio de pesquisa bibliográfica e busca de dados em sites governamentais, utilizando-se do método dedutivo, tem como objetivo identificar a política de atendimento à pessoa idosa na contemporaneidade, permeando a legislação pertinente no país, bem como as principais políticas públicas implementadas pela esfera federal para este estrato populacional. Os desafios são múltiplos, em diversos setores da sociedade brasileira, como saúde, educação, seguridade, trabalho e renda. Ainda que os direitos dos idosos no Brasil tenham avançado ao longo dos anos, faz-se mister refletir criticamente sobre as perspectivas atuais e futuras das políticas públicas, bem como reafirmar a necessidade de proteção aos nossos idosos perante uma população que ainda se mostra insipiente a essa heterogeneidade.

PALAVRAS-CHAVE: idosos; direitos humanos; políticas públicas; estatuto do idoso; políticas sociais.

ABSTRACT: The present article, through a bibliographical research and search of data on governmental sites, using the deductive method, aims to identify the policy of care for the elderly in contemporary times, permeating the pertinent legislation in the country, as well as the main public policies implemented by the federal sphere for this population stratum. The challenges are manifold, in several sectors of Brazilian society, such as health, education, security, work and income. Although the rights of the elderly in Brazil have advanced over the years, it is necessary to direct a critical reflection about current and future perspectives of public policies, as well as reaffirm the need to protect our elderly people from a population that still is insipid to this heterogeneity.

KEYWORDS: seniors; human rights; public policy; statute of the elderly; social politics.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Reflexões gerais sobre envelhecimento e as garantias amparadas pelo direito brasileiro contemporâneo. 2.1. Conceito de idoso e nomenclatura. 2.2. Uma abordagem sobre as garantias amparadas pelo direito brasileiro contemporâneo. 3. As políticas públicas setoriais para os idosos no Brasil frente ao cenário contemporâneo. 3.1. Políticas de Saúde. 3.2. Políticas de trabalho e seguridade social. 3.3. Políticas de esporte, turismo e lazer e educação para os idosos. 4. Conclusão.

1. Introdução

O Brasil está amadurecendo. Estima-se que em 2060 um quarto da população terá mais de 65 anos, o equivalente a 58,2 milhões de idosos. Em 2018, essa proporção foi de 9,2% (19,2 milhões). A projeção notória instiga investigações científicas e discussões importantes, objetivando os cuidados específicos que este novo perfil populacional necessita, principalmente num país em desenvolvimento.

A vulnerabilidade é uma das características principais desta fração populacional da sociedade brasileira. Por conseguinte, são necessárias políticas públicas que efetivem seus direitos constitucionais e proporcionem bem-estar e proteção social particular, visto que os desafios são múltiplos em diversos setores, como saúde, educação, previdência, trabalho e renda.

Utilizando-se de metodologia indutiva e pesquisa doutrinária, tem-se o objetivo de elucidar a seguinte questão: qual a configuração da política de atendimento à pessoa idosa na atual conjuntura de crise e qual a importância das políticas públicas setoriais para o exercício da cidadania na melhor idade?

Inicialmente, teceremos reflexões gerais sobre o envelhecimento, tratando das conceituações da doutrina e dos órgãos governamentais, visto que, ainda que tenhamos algumas definições de base legal, o envelhecer implica ajustes contínuos a diferentes processos individuais, levando-se em conta suas particularidades.

Em sequência, abordaremos o avanço da legislação, demonstrando as principais garantias amparadas pelo direito brasileiro contemporâneo para que, finalmente, trazendo dados estatísticos recentes, possamos corroborar a importância das políticas públicas destinadas aos idosos e de se atingir as metas governamentais nos principais setores que abarcam este estrato populacional.

2. Reflexões gerais sobre envelhecimento e as garantias amparadas pelo direito brasileiro contemporâneo

Grande desafio para os setores sociais, o envelhecimento humano – caracterizado por transformações físicas e psicológicas e influenciado também por fatores sociais – tem gerado debates quanto à efetivação e deliberação de políticas públicas que proporcionem ações positivas aos cidadãos durante o processo de envelhecimento até a chegada da velhice.

Beauvoir (1990, p. 109) foi uma das primeiras estudiosas a incitar questionamentos sobre os sentidos da velhice. “É uma certa categoria social, mais ou menos valorizada segundo as circunstâncias. É, para cada indivíduo, um destino singular – o seu próprio”.

Aos olhos de Biasus (2016, p. 58), tratar da psicologia do idoso é tratar da proximidade de finitude e da angústia que isso representa para seu próprio psíquico. Neste sentido, “tem-se que a superação desta angústia estará diretamente relacionada com os recursos desenvolvidos para elaboração de perdas e lutos ocorridos ao longo da vida e que aumentam com o passar do tempo de vida”.

A legislação brasileira tem avançado ao longo dos anos, buscando assegurar direitos e a proteção desta parcela vulnerável. Contudo, apesar da clareza de muitos dispositivos, essa proteção nem sempre é concretizada na prática.

A longevidade com saúde física e mental, presente primordialmente em países desenvolvidos, é um desafio real para nossa sociedade, um fenômeno contemporâneo, como disse Arnaldo Antunes: “A coisa mais moderna que existe nessa vida é envelhecer”.

2.2. Conceito de idoso e nomenclatura

Há dificuldades para se desenvolver um conceito genérico que defina a pessoa idosa. Para o pesquisador, o leitor e até mesmo

para o próprio idoso, o termo “velho”, muitas vezes, causa certo desconforto, por sugerir uma conotação de preconceito, deprecição, desvalorização.

Neste sentido, o trabalho de Almeida (2009, p. 5) destaca a velhice não como um processo único, mas como uma somatória de outros, o que contribui para a dificuldade de categorização. A velhice, assim, “não é um estado, mas um constante e sempre inacabado processo de subjetivação. Portanto, pode-se dizer que na maior parte do tempo não existe um ‘ser velho’, mas um ‘ser envelhecendo’”.

Pérola Braga é atenta às particularidades ao referenciar o envelhecer. Concebe que “não há velhice e sim velhices” no decorrer de um processo individual, subjetivo e existencial. Neste sentido, cada indivíduo possui um tempo característico para se sentir velho, levando-se em conta a unicidade de cada existência. (BRAGA, 2011, p. 3)

O fato de as pessoas não envelhecerem da mesma forma remete-nos a uma reflexão conceitual sobre os inúmeros fatores deste cenário heterogêneo, sejam eles físicos, psíquicos ou sociais.

Para Ana Amélia Camarano, especialista do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) em envelhecimento populacional, o conceito de idoso “ficou velho”. Do início da década de 90, momento em que as primeiras definições ficaram conhecidas, até os tempos hodiernos, houve um aumento na expectativa de vida, com autonomia e boas condições de saúde. A pesquisadora, inclusive, brinca que estamos rejuvenescendo ao invés de envelhecer porque “a velhice, no sentido de perda de capacidade de trabalhar, de vida cotidiana e autonomia, está começando mais tarde”. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018, §§ 8º- 9º).

Com conotação negativa, a palavra “velho”, conforme Martinez (1997, p.17) *apud* Braga (2011, p.4), passou a ser vinculada a algo inútil. Neste sentido, vale ressaltar que os estereótipos trazem uma carga negativa na vida de muitas pessoas, principal-

mente daquelas em situação de vulnerabilidade, prejudicando a autoestima e até causando depressão.

Hoje, em face do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, e da Política Nacional do Idoso (PNI), Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, os cidadãos com idade igual ou superior a 60 anos são legalmente considerados “idosos”.

Já a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2002) passou a definir o idoso a partir de sua idade cronológica e levando em conta também o nível socioeconômico de cada nação: 60 anos aos que vivem em países em desenvolvimento e 65 em se tratando de nações mais desenvolvidas.

Assim, pode-se observar que, embora haja definições de base legal, não existe um conceito fechado, visto que envelhecer implica ajustes contínuos a diferentes processos individuais, levando-se em conta condições físicas e mentais (capacidades). Na sequência, apresentaremos as garantias amparadas aos idosos pelo direito brasileiro contemporâneo; em seguida, a pesquisa avança traçando a ótica das políticas públicas setoriais para os idosos diante da atual conjuntura socioeconômica e política do país.

2.3. Uma abordagem sobre as garantias amparadas pelo direito brasileiro contemporâneo

O Brasil já foi considerado um país jovem. Hoje, é cediço da existência de uma grande parcela de cidadãos com idade igual ou superior a 60 anos. Esta fração populacional, assim como outros segmentos da sociedade, possui a vulnerabilidade como uma de suas características, necessitando-se, assim, de políticas públicas direcionadas a propiciar o bem-estar e uma proteção social específica, que efetive seus direitos constitucionais já expressos.

Como marco histórico, a Declaração Universal do Direitos Humanos, de 1948, iniciou as tratativas favoráveis à pessoa idosa, principalmen-

te ao citar, em dispositivo, o direito a “saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”, em caso de velhice. (ONU, 1948, art. 25).

O art. 203, inciso V, da Constituição Federal elenca como um dos objetivos da assistência social a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à **velhice**. (BRASIL, 1988, grifo nosso). A partir de nossa Lei Maior, obtivemos alguns avanços ao longo do tempo, conforme podemos observar na linha do tempo a seguir:

Fig.1- Linha do tempo



Fonte: Encontro Sobre Integração Entre Serviços e Benefícios Socioassistenciais

A Política Nacional do Idoso (PNI), por meio da Lei nº 8.842, foi instituída em 1994 com o objetivo de garantir os direitos sociais, “criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade” (Brasil, 1994).

A partir do contexto jurídico e social presente, o Estatuto do Idoso, além de regulamentar o art. 230 da Constituição Federal – junto com a Política Nacional do Idoso – apresentou-se como uma perspectiva mais acentuada ao tratar de uma gama de direitos em nosso país.

Sob o ponto de vista jurídico, a Lei 10.741/2003 pode ser considerada o marco legal concernente às normas de proteção ao idoso contra a violência, prevendo “normas de natureza civil, criminal e administrativa com o intuito de prevenir e reprimir a violência perpetrada” (MINAYO; ALMEIDA, p. 444).

Aprovado em outubro de 2003, o Estatuto entrou em vigor oficialmente a partir de 1º de janeiro de 2004, trazendo maior rigor nas punições dos crimes contra a terceira idade, além de configurar direitos e deveres.

Conforme Cruz e Leite (2005, p. 10), o Estatuto do Idoso trouxe à baila pontos relevantes, inserindo os cidadãos em programas de profissionalização, almejando com isso melhores remunerações. Ademais, “criou normas para o direito de propriedade e da habitação, bem como regulamentou o direito da gratuidade em transportes coletivos”, além de reafirmar pontos relevantes como o direito à liberdade, dignidade e direito à vida.

Resumidamente, Faleiros (2007, p. 156) pontua a importância de alguns dispositivos do referido Estatuto, *in verbis*:

O Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003, aprofunda a PNI, afirmando que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (artigo 2º), e que “o envelhecimento é

um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social” (artigo 8º). Pelo artigo 9º “É obrigação do Estado garantir à pessoa idosa proteção à vida e à saúde” e, junto com a família e a sociedade, garantir sua liberdade e dignidade.

Destaca-se, neste sentido, que a legislação tem avançado ao longo dos anos, voltada a assegurar direitos inerentes aos idosos, bem como buscado a proteção desta parcela mais vulnerável. Contudo, apesar da clareza de muitos dispositivos, essa proteção nem sempre é concretizada na prática. Soma-se aqui o fato de grande parcela da população estar envelhecendo em situação de pobreza, bem como as incertezas que assombam o país em decorrência da crise econômica, política e social por ora instalada.

3. As políticas públicas setoriais para os idosos no Brasil no cenário contemporâneo

Hodiernamente, estejamos presenciado o fenômeno de uma geração de idosos com melhor qualidade de vida, a chamada gerontolescência, construção social difundida por uma das maiores autoridades em envelhecimento do mundo, o médico brasileiro Alexandre Kalache. No entanto, convém destacar que o país passa por uma crise econômica, social e política que atinge setores importantes como saúde, educação e seguridade social.

Nossa Constituição Cidadã trouxe a possibilidade de inúmeros avanços no plano social e organizacional do Estado. A partir dela, possibilitou-se maior participação da sociedade na promoção de políticas públicas para o bem-estar dos idosos, bem como para atingir as metas governamentais em diferentes setores que abarcam este estrato populacional.

Desta feita, sequencialmente, trataremos das principais políticas públicas setoriais para os idosos no país no atual cenário.

3.1. Políticas de saúde

Conforme o princípio da universalidade, os serviços sociais voltados a assegurar a saúde dos cidadãos devem ser direcionados a todos, correspondendo a suas necessidades. Os países que se comprometem com este objetivo, conforme a Organização Mundial da Saúde, devem “responder a perguntas complexas: o que são necessidades em saúde? Quem as define? Quais serviços cobrir? Quem os vai prestar e como? Como financiá-los? Quem paga e como?” (GIACOMIN; MAIO, 2016, p. 138).

Como uma das prioridades no Pacto Pela Vida¹ a saúde do idoso surge, pela primeira vez, de forma explicitada na história das políticas públicas no Brasil. Estas prioridades foram organizadas conforme metas nacionais, estaduais, regionais e municipais, dada as consequências da dinâmica demográfica do país. (MINISTÉRIO DA SAÚDE p. 10-11).

Em 1999, a Portaria Ministerial nº 1.395/99 determina a Política Nacional de Saúde do Idoso, assegurando a promoção, formação ou readequação de atividades e projetos com base nas normas e diretrizes por ela estabelecidas. (CAVALINI; FERREIRA; ASSUNÇÃO FERREIRA, 2014).

Contudo, a atual conjuntura econômica e social brasileira configura também um aumento nos níveis de desigualdade, causando impacto na qualidade de vida de todos os cidadãos. Hoje o conceito de saúde é muito amplo e a omissão na promoção de políticas públicas em diversas áreas, como emprego, educação e moradia, pode deixar o cidadão em situação de vulnerabilidade, afetando principalmente a sua saúde.

1 O Pacto Pela Vida é um conjunto de compromissos sanitários, definidos pelos governos federal, estaduais e municipais, advindos da análise das condições de saúde do país. As prioridades e objetivos são definidos por meio da portaria 399/GM12, como, por exemplo, e por ser o objeto aqui estudado, a valoração e efetivação da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa.

[...] Neste cenário, a desigualdade da distribuição da renda, os elevados índices de desemprego e subemprego, que resultam em precárias condições de vida de expressiva parcela da população, são alguns dos problemas que determinam as condições de saúde e tornam complexo o desempenho dos serviços de saúde. Esses problemas agravam a exclusão social de certos grupos da população, como o de idosos, que aumentam devido à expectativa de vida mais prolongada e a queda das taxas de fecundidade. (GEIB, 2010, p. 127).

Vale destacar, conforme Geib (2010, p.126) que, somada à desigualdade de renda, a desigualdade de gênero aloca em patamar mais baixo as idosas com histórico de escassa participação no mercado de trabalho. Elas se tornam categoricamente dependentes do sistema público de saúde, com benefícios mínimos de aposentadoria.

As doenças crônicas não transmissíveis, como as crônico-degenerativas, obtiveram crescimento significativo em conformidade com a maior sobrevida populacional. Mister, neste sentido, uma reavaliação das políticas públicas voltadas à melhor idade, bem como maior investimento financeiro neste setor. (SCHMINSKI VIEIRA; SOUZA VIEIRA, 2016).

No 1º Seminário Internacional sobre Saúde e Educação na Terceira Idade, que aconteceu no segundo semestre de 2018, a importância da promoção do envelhecimento saudável foi amplamente pautada. Ressaltou-se que a velhice é heterogênea, tal qual os idosos. Neste sentido, a deputada Leandre (PV-PR), 2ª vice-presidente da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, afirmou que alguns idosos são mais autônomos que outros, o que gera a necessidade de garantir políticas públicas que atentem tanto para os detentores desta autonomia, quanto para aqueles mais frágeis. (PORTAL CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Recentemente, a OMS definiu suas 10 metas prioritárias de saúde para 2019, buscando uma ampliação do acesso e, igualmente, de sua cobertura. Dentre os temas, destacam-se o fortalecimento da saúde primária, a redução da obesidade, maior cobertura de vacinação e a luta contra o HIV. (OMS, 2019).

Conforme o médico infectologista Alexandre Padilha, ex-ministro dos governos Lula e Dilma e ex-secretário de Saúde da prefeitura de São Paulo na gestão Fernando Haddad, nosso país está distante de bater estas metas que a Organização Mundial da Saúde estabelece como prioridades, dados os efeitos negativos da EC 95, limitadora de investimentos sociais no país pelos próximos 20 anos. (REDE BRASIL ATUAL, 2019).

Pesquisas recentes apontam que 75,3% dos idosos brasileiros dependem exclusivamente dos serviços prestados no Sistema Único de Saúde (SUS). Pela primeira vez, o “estudo traça o perfil da saúde do idoso, o uso dos serviços de saúde, as limitações funcionais, as causas de hospitalizações, entre outras condições sociais que vão permitir aprimorar as políticas públicas para esta população”. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018).

No ano em que o Sistema Único de Saúde completou 3 décadas de sua implantação, tornam-se notórias as consequências negativas da EC 95. Em algumas cidades, foram relatados casos de idosos dormindo em filas em busca de atendimento. Para Piola (2018, p. 14), o fenômeno é resultado do corte de despesas em “insumos básicos, manutenção de equipamentos, distribuição de medicamentos, programas de promoção e prevenção, o que prejudica de imediato o atendimento da população”.

Contudo, ainda que o país controle suas receitas trazendo crescimento frente ao congelamento das despesas primárias, o lucro deve ser absorvido na formação do *superavit* primário. (PIOLA, 2018, p. 2).

A boa notícia é que o Ministério da Saúde, após consulta pública em 2017, finalizada em 2018, lançou um documento de orientação aos profissionais que trabalham com os idosos no SUS. Trata-se da implementação de uma linha de cuidado integral, com objetivo de trazer um novo olhar destes profissionais em relação às principais necessidades deste estrato populacional, como a autonomia, estilo de vida e as vulnerabilidades sociais. Assim,

quebra-se o paradigma de se observar apenas a doença, trazendo um olhar diferenciado para as necessidades da pessoa idosa. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018).

3.2 Políticas de trabalho e seguridade social

A promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, possibilitou inúmeros avanços no plano social e organizacional do Estado, como maior participação da sociedade na construção de políticas públicas para atingir o bem-estar social e as metas governamentais em diferentes áreas, como a da seguridade.

A seguridade social, consoante o art. 194 da Constituição Federal, é um conjunto integrado de ações com iniciativa da sociedade e dos poderes públicos, objetivando assegurar direitos relativos à assistência social, saúde e previdência. (BRASIL, 1988).

Efetivamente, a seguridade configura inclusão. É uma espécie de princípio reitor da proteção social, que nos norteia em lutas sociais diárias, transpondo a burocracia pública em defesa de direitos universalizados, bem como demonstra a capacidade de resistência às adversas conjunturas. (FLEURY, 2005).

Contudo, mesmo com a institucionalidade advinda da introdução deste conceito de seguridade, e definidora de uma linha expressa de atuação das políticas de proteção social, a construção social ultrapassa o dispositivo, indo de encontro “à transformação das formas de sociabilidade e de construção da subjetividade. Mesmo aí o papel da política pública tem sido crucial na expansão da cidadania e na construção de uma sociedade mais inclusiva.” (FLEURY, 2005, 458).

Justifica-se, obviamente, a necessidade de uma reforma em nossa previdência, dado o intenso processo de envelhecimento. Os

gastos com as aposentadorias aumentam, sopesando ainda mais as despesas com saúde, previdência e assistência social. Essa transição demográfica produzirá “amplos impactos sobre o crescimento econômico, o mercado de trabalho e a estrutura ideal do gasto público” (COSTANZI, et al, 2018, p. 131-132).

Um dos pontos defendidos seria o da eliminação ou ao menos redução da diferença de idade para aposentadoria entre homens e mulheres. Contudo, é inconsistente acreditar que esta seja uma intervenção eficaz, pois não atua nas causas do problema que supostamente justifica a medida. As disparidades da chamada jornada dupla e da desigualdade de gênero apresentam-se como desafios a serem tratados por meio de políticas públicas, dada a problemática de múltiplas faces e de complexidade. (COSTANZI, et al, 2018).

O ponto é que a situação exige políticas públicas que consigam eliminar, minimizar ou equilibrar (entre os sexos) o problema de jornadas agregadas, entre outros vetores de desigualdade. Do ponto de vista de saúde no trabalho (remunerado ou não), a manutenção do atual modelo implica insistir em uma estratégia que não evita o risco e não investe na prevenção, jogando os custos posteriores da inação na contabilidade já combatida da Previdência Social. (COSTANZI, et al, 2018, p. 173)

Hoje a crise econômica faz dos aposentados os novos chefes de família. Com a incumbência de assumir o sustento dos parentes, a retração da economia brasileira e o aumento do desemprego da população mais jovem obrigou parte dos idosos a abrigarem suas famílias, impondo novos desafios para a sociedade. (JORNAL ESTADO DE MINAS, 2015).

Conforme pesquisa da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) e pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil, 2018), 91% (nove em cada dez idosos) contribuem financeiramente com o orçamento de suas famílias, sendo que 43% destes são responsáveis pelo sustento total.

Indo além, apenas o benefício de aposentadoria do idoso tem se tornado exíguo, inclusivamente para suas próprias demandas, o que o faz encerrar o mercado de trabalho, até mesmo na informalidade (nos chamados bicos). Ao menos 21% da população idosa já aposentada continua ativa no mercado de trabalho nacional, sendo que 47 % desta fração trabalha puramente por necessidade. (SPC BRASIL, 2018).

Nesta seara, Kalache aponta a contradição: se a meta governamental é de uma Previdência Social universal e que traga as garantias mínimas aos trabalhadores, por que o benefício se torna tão insuficiente para abarcar a totalidade das despesas durante a velhice? E completa afirmando que a população brasileira é penalizada por ter uma renda baixa num local em que o custo de vida é muito alto. (JORNAL ESTADO DE MINAS, 2015).

Algumas empresas já trabalham em sentido de abarcar esta faixa etária “por meio de empreendedores, autônomos ou à distância, modalidade em que os trabalhadores prestam serviços na própria casa”. (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2018, § 4º).

Conforme o economista Hélio Zylberstajn, defensor do projeto de lei que cria o Regime Especial de Trabalho do Aposentado (Reta), desenvolvido em conjunto ao Instituto de Longevidade Mongeral Aegon e pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe), poderiam ser incorporados ao mercado de trabalho cerca de 1,8 milhão de idosos, caso as regras sobre os aposentados do INSS e do funcionalismo público fossem flexibilizadas. Assim afeririam seu salário mensal, excluindo-se alguns direitos trabalhistas tradicionais, como o FGTS, objetivando o estímulo do empregador com estas isenções. (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2018).

O desemprego acentuado nas diversas faixas da população contribui também para a inadimplência dos idosos que, com a renda familiar cada vez mais comprometida, mergulham em empréstimos consignados. Conforme pesquisa realizada pelo SPC (Serviço

de Proteção ao Crédito), mais de um quarto dos brasileiros estão negativados, e destes, a população idosa foi a que mais cresceu nos registros de inadimplentes (12,48% de alta). (O SUL, 2018).

3.3 Políticas de esporte, educação, turismo e lazer para os idosos

O bem-estar físico, mental, psicológico e emocional possui uma carga valorativa na promoção da qualidade de vida de qualquer cidadão. Práticas corporais, a leitura, o cinema, uma viagem, são elementos que claramente contribuem com a saúde, principalmente na melhor idade. Neste sentido, vale a pena destacar a literalidade art. 20 do Estatuto do Idoso, ao afirmar que ele tem: “direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade”. (BRASIL, 2003).

Na Política Nacional do Idoso (Lei no 8.842), regulamentada pelo Decreto nº 1.948 (3/7/1996), a educação foi abordada em três capítulos “considerando a educação formal, a não formal (universidade para a terceira idade) e as trocas intergeracionais (idoso como mestre e aluno)” (CAMARANO, 2016, p. 28).

Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) de 2017, no Brasil, 7% da população com 15 anos ou mais é considerada analfabeta. Deste montante, 19,3% representam pessoas com 60 anos ou mais, sendo que no Nordeste, esta taxa sobe, passando a 38, 6% (3 milhões de pessoas). Neste sentido, conforme o IBGE, esse número aponta para um perfil formado por idosos que na juventude não tiveram acesso à educação escolar devido sua classe menos abastada (CALÇADE, 2018).

A Educação de Jovens e Adultos (EJA) pertence à categoria da educação formal e é uma modalidade voltada à educação de pessoas analfabetas ou com nível de escolaridade baixo. Porém, embora o idoso seja citado em suas diretrizes curriculares como

aluno em potencial, o programa não é voltado exclusivamente a essa faixa etária. Essas especificidades, nestas circunstâncias, corroboram a necessidade de maiores debates acadêmicos que estimulem e mobilizem a sociedade civil em aspectos educacionais de formação inicial e continuada, bem como de maiores pesquisas na área de gerontologia (CAMARANO, 2016).

A Universidade Aberta à Terceira Idade (UATI) é um espaço de educação não formal como proposta de efetivação do direito fundamental do idoso à educação, cujo principal objetivo não é certificar ou profissionalizar o idoso, mas abrir as portas do conhecimento e possibilitar um caminho de aprendizado pelo resto da vida. (CAMARANO, 2016).

Esta modalidade de universidade voltada à terceira idade fundamenta-se na autorrealização do idoso, trazendo uma abordagem multidisciplinar que analisa os mais variados aspectos presentes em suas problemáticas. (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2010).

As disciplinas teóricas abordam as diferentes dimensões humanas e sociais, apresentadas por diferentes profissionais em suas áreas específicas, entre elas: sociologia, filosofia, psicologia, direito, previdência social, história, geografia, relações humanas, educação, esoterismo, política, economia, medicina, fisioterapia, odontologia, nutrição, jornalismo, turismo, educação física e meio ambiente. As disciplinas práticas envolvem diferentes atividades, como: dança de salão, natação, hidroginástica, biodança, relaxamento e alongamento, atividades esportivas, informática, francês, espanhol, inglês, oficina da comunicação, pintura, artesanato e seresta. (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2010, p.3)

A UATI alia a educação ao lazer ao proporcionar atividades físicas prazerosas que trazem uma gama de benefícios aos idosos, capacitando os neurônios para as demais atividades do dia a dia. “O lazer é visto como entretenimento, mas pode ser um instrumento de educação, com vantagens sobre o ensino formal ao associar educação com diversão.” (CAMARANO, 2016, p. 34).

Alguns programas governamentais voltados à pessoa idosa em parceria com secretarias especiais já são difundidos pelo país. Destaca-se a Academia da Terceira Idade (ATI), no município do Rio de Janeiro, que, junto com a Secretaria Especial de Envelhecimento Saudável e Qualidade de Vida (SESQV), propicia exercícios físicos aos idosos em academias montadas nas praças da cidade. (COSTA et al, 2016. p. 306).

O programa está bem difundido pelo país. Recentemente, em 24 de março de 2019, a academia ao ar livre foi implantada no distrito de Martinópolis, em São Paulo, em busca de maior qualidade de vida para os idosos da comunidade.

Objetivando desenvolver uma proposta de política pública e social, o Ministério do Esporte reconheceu no ano de 2012 o programa Vida Saudável, oportunizando aos idosos a prática de exercícios físicos, além de atividades culturais e de lazer, estimulando assim “a convivência social, a formação de gestores e lideranças comunitárias, a pesquisa e a socialização do conhecimento”. (MINISTÉRIO DO ESPORTE, 2016, p. 4).

Assim como com o esporte, uma das formas de ocupação do tempo livre é com o lazer, e nas últimas décadas aumentaram o número de instituições que propiciam aos idosos o desenvolvimento de atividades desta natureza. Buscando, por conta própria, um estilo de vida mais participativo, estes idosos passam por um processo de ressocialização, formando novas amizades, construindo assim novas famílias de convivência. (FERRIGNO, 2016).

Hodiernamente, a sociedade passa por inúmeros problemas financeiros devido a crise socioeconômica. Como já explicitado na pesquisa, muitos idosos aposentados prosseguem no mercado de trabalho em busca de continuidade para sua própria subsistência ou, até mesmo, chefiando sua própria família no sustento. Muitos destes idosos assumiram obrigações desde muito cedo, sem oportunidade de desfrutar de uma infância, ou seja, não foram educados para o exercício do lazer. (FERRIGNO, 2016, p.350).

Uma política cultural voltada tanto para os velhos quanto para as demais gerações deve ter como objetivo não apenas a educação pelo lazer mas também para o lazer. Em outras palavras, deve propiciar condições às pessoas para que decidam como aproveitar da melhor forma seu tempo livre. Tendo em vista a importância desse tipo de atividade para o bem-estar e a emancipação do idoso, a educação para seu exercício deve começar mais cedo na vida, e não somente na velhice. (FERRIGNO, 2016, p. 350).

Contudo, e ao lado oposto à crise, estão os idosos que gostam de viajar. Segundo a última pesquisa Sondagem do Consumidor – Intenção de Viagem, realizada em novembro de 2017 pelo Ministério do Turismo, os idosos foram perguntados se haveria previsão de viagem nos 6 meses subsequentes, e a resposta foi positiva para 31,7 % dos entrevistados. O próprio Ministério do Turismo desenvolveu uma cartilha intitulada “Dicas para atender bem turistas idosos”, com recomendações aos profissionais no atendimento as necessidades especiais de cada viajante, tratando-as com dignidade e respeito. (Revista Versar, 2018).

4. Conclusão

O Brasil, que já foi considerado um país jovem, hoje possui uma grande parcela de cidadãos com idade igual ou superior a 60 anos. Esta fração populacional possui a vulnerabilidade como uma de suas características, necessitando, assim, de políticas públicas direcionadas ao bem-estar e a uma proteção social específica, que efetive seus direitos constitucionais já expressos, visto que nossa legislação atual, ainda que avançada, nem sempre é observada na prática.

Este trabalho buscou elucidar a configuração da política de atendimento a pessoa idosa na atual conjuntura de crise, e corroborar a importância das políticas públicas dos principais setores, como esporte, turismo, lazer, educação, trabalho, seguridade social e saúde.

Concluiu-se que a atual conjuntura econômica e social brasileira configura também um aumento nos níveis de desigualdade, causando impacto na qualidade de vida de todos os cidadãos.

A Emenda Constitucional n.º 95, de 2016, que alterou a Constituição brasileira de 1988 para instituir o Teto dos Gastos Públicos, limitando os investimentos sociais pelos próximos 20 anos, aflorou uma maior necessidade de desenvolvimento de intervenções compatíveis com as características sociais e culturais dos idosos, visto que o envelhecer implica ajustes a processos individuais, levando-se em conta suas particularidades. Neste sentido, refletiu-se sobre as perspectivas atuais e futuras das políticas públicas, bem como reafirmou-se a necessidade de proteção aos nossos idosos.

“O mundo é assim”

O dia se renova todo dia
Eu envelheço cada dia e cada mês
O mundo passa por mim todos os dias
Enquanto eu passo pelo mundo uma vez
A natureza é perfeita
Não há quem possa duvidar
A noite é o dia que dorme
O dia é a noite ao despertar

(Alvaiade, 1968)

5. Referências

ALMEIDA, Thiago de. *Amor e sexo após os 60 anos: utopia ou realidade?* Disponível em: <https://www.academia.edu/1020495/Amor_e_sexos_ap%C3%B3s_os_60_anos_Utopia_ou_realidade>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BIASUS, Felipe. Reflexões sobre o envelhecimento humano: aspectos psicológicos e relacionamento familiar. *Perspectiva*, 2016. Erechim. v. 40, n.152, p. 55-63, dezembro/2016.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de Direito do Idoso*. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Decreto no 1.948, de 3 de julho de 1996. Regulamenta a Lei no 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, e dá outras providências. Brasília, 3 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1948.htm>.

BRASIL. Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série Legislação, n. 31).

BRASIL. Lei no 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>.

CALÇADE, Paula. *As taxas de analfabetismo ainda são altas no Brasil?* 2018. Disponível em: <<https://novaescola.org.br/conteudo/12398/as-taxas-de-analfabetismo-ainda-sao-altas-no-brasil>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

CAMARANO, Ana Amélia. Introdução. In: ALCÂNTARA, A. *Política nacional do Idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016, p. 15 - 50.

CAVALINI, Bianca dos Anjos; FERREIRA, Marielle Cristina Gonçalves; ASSUNÇÃO FERREIRA, Márcia. Política nacional do idoso e sua implementação na assistência de enfermagem. *Revista Raízes e Rumos*, vol. 02 n. 1, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.unirio.br/index.php/raizeserumos/article/viewFile/3828/3498>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

COSTA, Silvia et al. Habitação e urbanismo. In: ALCÂNTARA, A. Política nacional do idoso: velhas e novas questões. Cap. 18. Rio de Janeiro: Ipea, 2016, p. 295 - 322.

COSTANZI, R.N. et al. Reforma da previdência social. In: *Desafios da nação: artigos de apoio, volume 2* / organizadores: João Alberto De Negri, Bruno César Araújo, Ricardo Bacelette. – Brasília: Ipea, 2018. Cao. 20, p. 129 - 191.

CRUZ, Ramiro L. P. da; LEITE, Gisele P. J. A terceira idade e a cidadania com dignidade: reflexões sobre o estatuto do idoso. *Revista HUPE*, Rio de Janeiro. Vol. 4, n. 1, 2005. Disponível em: <http://revista.hupe.uerj.br/detalhe_artigo.asp?id=260>. Acesso em: 18 mar. 2019.

EPOCA NEGOCIOS. *Economistas defendem inserção de idosos no mercado de trabalho*. 2018. Disponível em: <<https://epoceanegocios.globo.com/Economia/noticia/2018/11/economistas-defendem-insercao-de-idosos-no-mercado-de-trabalho.html>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

FALEIROS, Vicente de Paula. *Cidadania: os idosos e a garantia de seus direitos*. In: NERI, Anita Liberalesso (org). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, Edições SESC SP, 2007. p. 153-167.

FERRIGNO, José Carlos. O cidadão idoso: consumidor e produtor Cultural. In: ALCÂNTARA, A. *Política nacional do Idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016, p. 343 - 358.

FLEURY, Sonia. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. 2005. *Revista de Administração Pública*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6776>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Conceito de idoso ficou velho, diz pesquisadora do Ipea: idosos hoje têm maior autonomia e vivem mais, mas não necessariamente com saúde*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2018/06/conceito-de-idoso-ficou-velho-diz-pesquisadora-do-ipea.shtml>>. Acesso em: 12 mar. 2019. Brasília, 2018.

GEIB, Lorena Teresinha Consalter. Determinantes sociais da saúde do idoso. *SciELO*, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n1/a15v17n1.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

GIACOMIN, Karla Cristina; MAIO, Ladya Gama.. A PNI na área da saúde. In: ALCÂNTARA, A. *Política nacional do Idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016, p. 135 - 174.

JORNAL ESTADO DE MINAS. *Crise econômica faz de aposentados os novos chefes de família*. 2015. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2015/07/19/internas_economia,670003/crise-economica-faz-de-aposentados-os-novos-chefes-de-familia.shtml>. Acesso em: 22 mar. 2019.

KALACHE, Alexandre. Entrevista com Alexandre Kalache sobre envelhecimento, 50+CBN (audiovisual), *Rádio CBN*, 31 mar. 2012. Duração: 51' 49". Disponível em: <<https://youtu.be/tAJ-GKmUbZjw>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Direito dos idosos*. São Paulo: LTr, 1997.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. Importância da política nacional do idoso no enfrentamento da violência. In: ALCÂNTARA, A. *Política nacional do Idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016, p. 435 - 456.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Atenção à Saúde da Pessoa Idosa e Envelhecimento*. Série Pactos pela Saúde 2006, v. 12. Brasília – DF 2010. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_saude_pessoa_idosa_envelhecimento_v12.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

MINISTÉRIO DO ESPORTE. *Programa Vida Saudável: diretrizes* 2016. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.esporte.gov.br/arquivos/snelis/2016/VidaSaudavel/Diretriz%20Vida%20Saudvel.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

O SUL. A inadimplência dos idosos foi a que mais cresceu no país. Disponível em: <<http://www.osul.com.br/a-inadimplencia-dos-idosos-foi-a-que-mais-cresceu-no-pais/>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

OLIVEIRA, Rita de Cássia. OLIVEIRA, Flávia da Silva. SCORTEGAGNA, Paola Andressa. *Pedagogia Social*: possibilidade de empoderamento para o idoso. In: III Congresso Internacional de Pedagogia Social, 3, 2010, São Paulo. Associação Brasileira de Educadores Sociais (ABES). Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC00000.0092_010000100022&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 27 mar. 2019.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

PIOLA, Sérgio et al. Sistema público de saúde: Aos 30 anos, o desafio de combater o desmonte do SUS. *IHU On-Line*, São Leopoldo: 2018. Nº 526 | Ano XVIII. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao526.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

PORTAL CÂMARA DOS DEPUTADOS. Políticas públicas para idosos devem refletir pluralidade desse público, dizem debatedores. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/559963-POLITICAS-PUBLICAS-PARA-IDOSOS-DEVEM-REFLETIR-PLURALIDADE-DESSE-PUBLICO,-DIZEM-DEBATEDORES.html>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

Pessoas idosas aproveitam a aposentadoria para conhecer o mundo. 2018. *Revista Versar*. Disponível em: <<https://www.revistaversar.com.br/pessoas-idosas-turismo/>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Projeção da População 2018: número de habitantes do país deve parar de crescer em 2047. *Agência IBGE Notícias*. Editora: Estatísticas Sociais, 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

REDE BRASIL ATUAL. Brasil está longe de cumprir metas de saúde criadas pela OMS. 2019. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/saude/2019/01/especialistas-avaliam-que-brasil-esta-longo-cumprir-metas-de-saude-criadas-pela-oms>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

SCHMINSKI VIEIRA, Roseli; SOUZA VIEIRA, Reginaldo de. Saúde do idoso e execução da política nacional da pessoa idosa nas ações realizadas na atenção básica à saúde. *Revista Direito Sanitário*. São Paulo v.17 n.1, p. 14-37, mar./jun. 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/tuane/Downloads/117042-Texto%20do%20artigo-215335-1-10-20160630%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/tuane/Downloads/117042-Texto%20do%20artigo-215335-1-10-20160630%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

SPC BRASIL. Mesmo aposentados, 21% dos idosos continuam trabalhando, revela pesquisa CNDL/SPC Brasil. 2018. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/5648>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

Artigo recebido em: 04/06/2019

Artigo aprovado em: 15/10/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200016

217 - 243

Artigo

**TAXATIVIDADE MITIGADA
NO AGRAVO DE INSTRUMENTO:
MITIGAÇÃO DA SEPARAÇÃO
DE FUNÇÕES E DO
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

SANGES MORAIS DOS SANTOS

TAXATIVIDADE MITIGADA NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: MITIGAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES E DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

MITIGATED TAXATION IN THE INSTRUMENT APPEAL: MITIGATION OF THE
SEPARATION OF FUNCTIONS AND OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY

SANGES MORAIS DOS SANTOS

Especialista em Direito Penal

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil

sangessantos@gmail.com

RESUMO: O artigo visa discutir a adequação da decisão no Resp nº 1704520, que fixou a tese da taxatividade mitigada no cabimento do agravo de instrumento, ao modelo constitucional de processo, notadamente em face da mitigação do princípio da legalidade e da separação de funções. O trabalho utilizará da metodologia jurídico-teórica e raciocínio hipotético-dedutivo com técnicas de pesquisa bibliográfica, às leis, decretos, doutrina e jurisprudência sobre a temática. Inicialmente, serão abordados os principais pontos da decisão no Resp nº 1704520, bem como as decisões judiciais divergentes. Adiante, abordará as posições doutrinárias e os principais dispositivos legais aplicáveis a solução do caso. Por fim, será demonstrado que a tese da taxatividade mitigada é um expediente linguístico utilizado para desnaturar o rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento o que afronta o Estado Democrático de Direito, especialmente os princípios da legalidade, da separação de funções e do contraditório na dimensão substancial como garantia de influência e não surpresa.

PALAVRAS-CHAVE: Agravo de instrumento. Modelo Constitucional de Processo. Princípio da Legalidade. Separação de funções. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the adequacy of the decision in Resp. n. 1704520, which established the thesis of the mitigated rate of compliance in the context of the grievance of the instrument, to the constitutional model of process, especially in light of mitigating the principle of legality and separation of functions. The work will use theoretical-judicial methodology and hypothetical-deductive reasoning with bibliographic research techniques, laws, decrees, doctrine and jurisprudence on the subject. Initially, the main points of the decision in Answer No 1704520 will be addressed, as well as the divergent judicial decisions. Later, it will address the doctrinal positions and the main legal provisions applicable to the solution of the case. Finally, it will be demonstrated that the mitigated rate theory is a linguistic expedient used to denature the exhaustive role of the hypotheses of compliance of the instrument that confronts the Democratic State of Law, especially the principles of legality, separation of functions and contradictory in the substantial dimension as a guarantee of influence and not surprise.

KEYWORDS: Instrumental grievance. Constitutional Process Model. Principle of Legality. Separation of functions. Legal Security.

1. Introdução

A definição da natureza jurídica do rol do art. 1015 do CPC, que prevê as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, é um tema que demanda grande atenção dos processualistas, pois

tem sérias implicações na efetividade da prestação jurisdicional, no princípio da legalidade, norteador do Estado Democrático de Direito, e no direito à ampla defesa e ao contraditório.

No artigo, serão abordadas as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes à matéria, evidenciando os convenientes e inconvenientes de cada posição, sem perder de vista o acórdão paradigma no Resp. Nº 1704520.

Nessa perspectiva, o trabalho utilizará metodologia jurídico-teórica e raciocínio hipotético-dedutivo com pesquisa bibliográfica às leis, decretos, doutrina e jurisprudência sobre a temática.

Busca-se averiguar se o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça que assentou que o rol do art. 1015 do CPC é de taxatividade mitigada coaduna com os preceitos da Constituição da República de 1998 e com o modelo constitucional de processo.

Para tanto, inicialmente, serão analisados os fundamentos que embasaram o Resp. nº 1704520 e a fixação da tese da taxatividade mitigada, bem como as principais decisões jurisprudenciais que adotaram decisões divergentes do acórdão paradigma. Após a apresentação do panorama jurisprudencial, será abordada de forma crítica a posição de cada uma delas por meio da doutrina especializada e dos dispositivos normativos pertinentes.

O artigo não visa esgotar a matéria, mas lançar novos questionamentos sobre a questão que, ao contrário do que pressupõe o Resp. nº 1704520 com a tese da taxatividade mitigada, resta longe de ser solucionada.

2. Apresentação do caso

Em síntese, contextualizando o caso analisado, cuida de Recurso Especial de nº 1704520, interposto por Quim Comércio de Vestuário Infantil LTDA- ME, com fundamento na alínea “a” e “c”

do art. 105, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), contra o acórdão do TJ/MT, que, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, mantendo a decisão monocrática do relator que não conheceu do agravo de instrumento.

O agravo de instrumento foi interposto contra a decisão que reconheceu a incompetência do juízo, todavia, o relator monocraticamente não conheceu o recurso sob o fundamento de que o rol do art. 1015 do CPC é taxativo e não admitia interpretação extensiva.

Em sede de Recurso Especial, uma das insurgências apresentadas foi a violação ao inciso III do art. 1015 e ao art. 932, III, ambos do CPC, bem como dissídio jurisprudencial com acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná. Alegou-se que as decisões que reconhecem ou rejeitam a alegação de incompetência não podem esperar o julgamento da apelação, posto que a tramitação em juízo incompetente traria prejuízos à atividade jurisdicional e às partes.

O STJ, por unanimidade, determinou a afetação do processo ao rito dos recursos repetitivos. A Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, admitida como *amicus curiae*, a União, a Defensoria Pública da União e o Ministério Público Federal manifestaram pela possibilidade de interpretação extensiva do rol do art. 1015 do CPC de 2015.

O acórdão do Resp nº 1704520 realizou um breve histórico da evolução da recorribilidade ou irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos CPCs brasileiros. Inicialmente, apontou que o CPC de 1939, que contou com a colaboração do jurista Francisco Campos, apresentava uma preocupação nítida com a higidez do pronunciamento de mérito e com a eliminação de recursos protelatórios, razão pela qual optou-se por um rol taxativo do cabimento do agravo de instrumento.

Todavia, o CPC de 1939, devido à ausência de clareza, era alvo de severas críticas pela doutrina em matéria recursal, haja vista que permi-

tia a interposição de mais de um recurso para a mesma decisão e, não raras vezes, não apresentava recurso para atacar algumas decisões.

A prática forense, em face da inadequação do rol taxativo para abranger todas as situações passíveis de causar dano de difícil ou incerta reparação às partes, recorreu ao manejo de sucedâneos recursais, como mandado de segurança, reclamação, correção parcial, entre outros, como meio de preservar os direitos não contemplados no rol taxativo do agravo de instrumento. É o ensinamento de Alvim (2006, p. 81):

Inúmeras outras decisões, que podiam ter como efeito dano irreparável, ou de difícilíssima reparação, ao direito das partes ou influenciar o teor da sentença final, ficavam, teoricamente, imunes a ataques recursais. Foi precisamente esta circunstância que fez com que os advogados acabassem por se valer de outros meios, que não recursais, com o fito de tentar modificar estas decisões. Estes sucedâneos recursais eram o pedido de reconsideração, a correção parcial ou a reclamação, o conflito de competência, a ação rescisória e o mandado de segurança (ALVIM, 2006. p. 81).

Assim, ante a inadequação do CPC de 1939 no que tange a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, relatou a Ministra Nancy (2018), Alfredo Buzaid, propôs, na elaboração do projeto de lei do CPC de 1973, um modelo de impugnação que permitia a recorribilidade de todas as decisões interlocutórias. Veja a exposição de motivos do CPC de 1973:

Outro ponto é o da irrecorribilidade, em separado, das decisões interlocutórias. A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correção parcial e o mandado de segurança. **Não sendo possível modificar a natureza das coisas, o projeto preferiu admitir agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias** (BRASIL, CPC, 1973, grifo nosso).

Em 1995, enfatizou a Min. Nancy, sobreveio uma reforma legislativa no CPC (BRASIL, 1973) que impôs que o agravo de instrumento seria interposto em segundo grau, com a formação do instrumento a cargo da parte, e possibilitou à concessão de efeito suspensivo ao recurso, como meio de evitar lesão grave ou difícil reparação à parte, desde que relevante a fundamentação.

O acórdão prosseguiu com o histórico, apontando que, em meados de 2005, sobreveio uma nova modificação na sistemática do agravo de instrumento, tornando a regra o agravo retido e, excepcionalmente, admitindo a modalidade instrumental, que somente seria cabível quando a decisão pudesse causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

Por fim, defendeu a Min. Nancy, que o CPC de 2015, conforme denota-se da exposição de motivos da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto do PLS/116/2010, criou um rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, buscando o maior rendimento de cada processo individualmente considerado, todavia, sem restringir o direito de defesa. Veja um excerto da exposição de motivos:

Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado (BRASIL, 2015).

Noticiou, ainda, que durante a tramitação do PLS 166/2010 houve profundas divergências nas duas casas legislativas a respeito da adequação ou não taxatividade para impugnação de decisões interlocutórias e do cabimento de outras hipóteses não contempladas no rol do art. 1015 do CPC (2015).

Após o breve apanhado histórico, o acórdão no Resp nº 1704520 apresentou as principais correntes doutrinárias atinentes a taxatividade ou não do rol do agravo de instrumento.

O cerne do recurso era decidir a natureza do rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento previsto no art. 1015 do CPC de 2015. Eis a dúvida respondida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1704520, e que se pretende aclarar no presente trabalho.

2.1. Solução pelo Tribunal

A Ministra Relatora Nancy Andrichi, no seu voto, defendeu que o rol do art. 1015 do CPC (2015) deve ser interpretado tendo como norte a Constituição da República. Alegou, ainda, que a realidade evidencia que o legislador não consegue prever todas as hipóteses de necessidade de recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, como demonstra a história vivenciada na vigência do CPC de 1939.

Argumentou a Ministra Nancy que o direito à inafastabilidade do acesso à jurisdição assegura não apenas o direito de acionar a função judiciária, mas também as faculdades processuais que permitam a concretização da efetividade da prestação jurisdicional.

Eis o motivo pelo qual entendeu que o cabimento do agravo de instrumento deve se pautar na urgência de reexame da questão e no direito do jurisdicionado à efetividade da prestação jurisdicional.

Sustentou, assim, que o rol do art. 1015 do CPC de 2015 é de taxatividade mitigada, nem exemplificativo e nem de taxatividade absoluta, ou seja, leciona que ao lado das hipóteses do art. 1015 do CPC de 2015 deve-se acrescentar o requisito da urgência como pressuposto para admissão, excepcional, do agravo de instrumento fora do rol legal. Fundamenta, também, seu voto na vontade subjacente do legislador de que o agravo de instrumento fosse cabível nas hipóteses de impossibilidade de se aguardar o julgamento futuro da questão incidental.

O voto afasta, ainda, a corrente da interpretação extensiva ou analógica por entender que essa seria insuficiente para abarcar todas as hipóteses e por não apresentar critérios claros, podendo desvirtuar a essência de institutos jurídicos.

No caso concreto, argumentou que é equivocada a interpretação extensiva do art. 1015, III, do CPC de 2015, para as hipóteses de rejeição ou acolhimento da alegação de incompetência, sob o fundamento que há uma diferença ontológica entre a hipótese de abdicação da jurisdição estatal para a hipótese de competência, em que é disciplinada a organização interna da jurisdição estatal.

Finalmente, concluiu no voto que a taxatividade mitigada não acarretaria prejuízos às partes que não recorreram de imediato das decisões, pois não haveria preclusão temporal, haja vista que há a antecipação do prazo para impugnar a questão, que seria até a apelação ou contrarrazões. Ademais, também não haveria preclusão lógica ou consumativa, pois não houve a prática de um ato processual anterior que demandaria não apenas a interposição do recurso, mas também um juízo positivo de admissibilidade do recurso pelo tribunal.

Nessa linha, defendeu que interpretação restritiva do rol acarretaria impetração de mandado de segurança, como sucedâneo recursal, o que é uma anomalia do sistema e deve ser extirpada, pois inaugura nova relação jurídica processual (ação constitucional), altera a competência do julgamento de eventual recurso do mesmo processo, possui recurso com efeito devolutivo amplo, impõe a atuação do Ministério Público como fiscal da lei, entre outras deficiências. Desse modo, sustenta que é inegável a adequação da interpretação da taxatividade mitigada do rol do art. 1015 do CPC (BRASIL, 2015).

Por fim, defendeu a modulação dos efeitos da decisão para que a tese da taxatividade mitigada somente se aplicasse às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão. Os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Luís Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Felix Fischer acompanharam a relatora.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura proferiu voto vista, abrindo divergência da relatora, sob o fundamento de que o rol evidentemente não é exemplificativo e as teses de interpretação extensiva, analógica ou, ainda, o requisito de urgência proposto pela relatora poderia acarretar em insegurança jurídica.

Defendeu que, como sustentado pela relatora, o acolhimento ou rejeição da convenção de arbitragem e a competência são institutos distintos, no primeiro há um negócio jurídico que renuncia a jurisdição estatal, no segundo cuida de critério de delimitação da atuação estatal.

Sustentou a Ministra Maria Thereza que, embora a opção do legislador seja passível de críticas, não cabe a função judiciária usurpar a função legislativa, posto que tal interferência trará maior insegurança jurídica.

Argumentou que a fixação do requisito aberto da urgência acarretará insegurança jurídica e desvirtuaria a sistemática dos recursos repetitivos, posto que remeteria o cabimento do agravo de instrumento à análise subjetiva dos sujeitos processuais, ademais, não haveria uniformização da interpretação da legislação federal, mas uma abertura incomensurável para várias interpretações possíveis.

Assim, concluiu que a tese da taxatividade mitigada imporia aos advogados a interposição, em todos os casos, de agravo de instrumento, sob pena de preclusão, ficando ao alvedrio do tribunal o juízo de urgência para o cabimento ou não do recurso. Concluiu que caberia ao legislador ordinário alterar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, não a função judiciária.

A Min. Maria Thereza, com alguns adendos, foi seguida pelos Min. João Otávio Noronha e Min. OG. Fernandes, Humberto Martins e Mauro Campbell Marques.

Assim, prevaleceu no Resp nº 1704520 a tese da taxatividade mitigada, proposta pela relatora, que possibilita o cabimento, excepcional, do agravo de instrumento fora das hipóteses do rol do art. 1015 do CPC (BRASIL, 2015), desde que atendido o requisito da urgência.

3. Análise de decisões divergentes

Conforme já exposto, há uma terceira corrente que defende que o rol do art. 1015 do CPC (2015) é taxativo, todavia, admite interpretação extensiva ou analógica, razão pela qual, para fins didáticos, será apresentado uma decisão judicial do STJ adotando a tese.

O STJ no Resp 1679909/RS, de relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, apreciou a questão relativa ao cabimento do agravo de instrumento na hipótese de rejeição da alegação de incompetência, ou seja, fora do rol do art. 1015 do CPC (2015).

O acórdão assentou que a recorribilidade imediata da decisão interlocutória, relacionada à definição de competência, continua desafiando agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma. A interpretação pressupõe que a decisão que rejeita a convenção de arbitragem possui a mesma razão de ser da decisão relacionada à definição de competência, qual seja afastar o juiz incompetente da causa.

Ademais, defende que a possibilidade de recorribilidade imediata da referida decisão advém de uma interpretação lógico-sistemática do § 3º do art. 64 do CPC (BRASIL, 2015) que impõe que “o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência”. Por fim, parte de argumentos consequencialistas, tais como: a perda da celeridade do trâmite processual e a perda da efetividade da prestação jurisdicional.

Cabe salientar, para fins didáticos, que o Min. Luís Felipe Salomão, relator do Resp 1679909/RS, posteriormente, no julgamento do Resp 1704520, adotou a tese da taxatividade mitigada proposta pela Min(a). Nancy Andrichi.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, o TJMG, por sua vez, adotou forte jurisprudência no sentido de que não é cabível agravo de instrumento nas hipóteses não contempladas no rol taxativo do art. 1015 do CPC.

A posição do Egrégio Tribunal Mineiro assenta na vontade soberana do legislador em instituir um rol taxativo de cabimento do agravo de instrumento, bem como na impossibilidade de surpreender a parte que não recorreu de imediato da decisão interlocutória confiando na taxatividade do art. 1015 do CPC e na ausência de preclusão. Segue uma jurisprudência ilustrativa da posição do TJMG:

EMENTA: AGRAVO INTERNO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA – AGRAVODE INSTRUMENTO - HIPÓTESE NÃO ELECADA NO ROL TAXATIVO DO ART. 1.015 DO CPC - RECURSO NÃO CONHECIDO. - **Deve ser negado conhecimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória não inserida no rol taxativo do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 (TJMG- Agravo Interno n. 1.0000.18.035392-2/002, Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível, Relatora: Aparecida Grossi, Data do Julgamento: 24/01/2019, Data da Publicação: 25/01/2019, grifo nosso).**

Sem mais delongas, em face da exposição exaustiva das posições jurisprudenciais, serão abordadas as correntes doutrinárias e o arcabouço legal pertinente.

4. Entendimento doutrinário

A controvérsia assenta-se em, ao menos, quatro correntes doutrinárias prevaletentes: a primeira defende que o rol do art. 1015 do CPC (2015) é taxativo e a interpretação deve ser literal; a segunda leciona que embora o rol do art. 1015 seja taxativo, admite inter-

pretação extensiva e analógica; a terceira sustenta que o rol do art. 1015 é exemplificativo; a quarta, proposta pela Min(a) Nancy, defende a taxatividade mitigada, ou seja, havendo hipóteses de risco ao direito, com o diferimento do julgamento, será cabível o agravo de instrumento, ainda que fora das hipóteses do art. 1015 do CPC.

A primeira corrente baseia-se nas lições dos juristas José Henrique Mouta Araújo, Heitor Vitor Mendonça Sica, Rodrigo Frantz Becker, Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Marcus Vinícius Rios Gonçalves, entre outros, que defendem a posição contrária à extensão do rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento previsto no art. 1015 do CPC (2015).

A referida posição assenta-se, fundamentalmente, na opção consciente do legislador ao estabelecer o rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, bem como pela impossibilidade de surpreender a parte que não recorreu de imediato da decisão interlocutória confiando na taxatividade do art. 1015 do CPC e na ausência de preclusão. É o magistério de Dellore, Roque e Oliveira Jr.:

Decisões interlocutórias agraváveis (rol fechado). **O Código claramente pretendeu estabelecer rol fechado para as hipóteses passíveis de justificar a interposição do agravo de instrumento.** O ideal subjacente à lista dos casos de agravo de instrumento foi a diminuição na utilização de tal via recursal, como pretendido desafo ao Poder Judiciário. Voltou-se ao regime do CPC de 1939 (art. 842), historicamente reconhecido como desastroso (por isso alterado no CPC de 1973), na medida em que o legislador não consegue represar a realidade em seus esquemas formais. Como o rol apresentado pelo art. 1.015 é manifestamente insuficiente, não prevendo, para ficarmos apenas em um exemplo, agravo de instrumento contra decisão versando sobre competência, não tardaram entendimentos a propugnar uma interpretação ampliativa do rol estipulado. (...) **Nada obstante, considerado o direito posto, não se pode ampliar o rol do art. 1.015, sob pena inclusive de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo Código** (GAJARDONI, DELLORE e OLIVEIRA JR, 2017, p. 1070, grifo nosso).

A primeira corrente tem o inconveniente de não tutelar adequadamente todas as situações passíveis de causar dano de difícil ou incerta reparação à parte, motivo pelo qual violaria o contraditório e a ampla defesa com os recursos a eles inerentes e a efetividade da prestação jurisdicional.

O diferimento do julgamento da questão incidente para a ocasião do julgamento do recurso contra a sentença pode, não raras vezes, levar à inutilidade da prestação jurisdicional, o que dá ensejo à impetração do mandado de segurança. Nessa ótica:

O agravo de instrumento, à luz do CPC/2015, é cabível somente nas hipóteses previstas em ei. Disso resulta a taxatividade do cabimento do agravo de instrumento. De algum modo, procurou o legislador antever, com base na experiência haurida na vigência da lei processual revogada, os casos em que, sob a nova lei, justificariam a recorribilidade imediata da decisão interlocutória. **A riqueza das situações que podem surgir no dia a dia do foro, porém, escapam da inventividade do legislador. Nesses casos, à falta de recurso que possa ser usado imediatamente contra a decisão, poderá ser o caso de se fazer uso de mandado de segurança** (MEDINA, 2015, p. 1.398, grifo nosso).

A segunda corrente doutrinária, capitaneada pelos juristas Freddie Diddier, Leonardo Carneiro da Cunha, Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro, Rogério Licastro Torres de Mello, Cássio Scarpinella Bueno e outros, defende que embora taxativo o rol do art. 1015 do CPC (BRASIL, 2015) admite-se interpretação extensiva ou analógica de modo a tutelar adequadamente situações semelhantes ou próximas àquelas expressamente mencionada no respectivo inciso. Veja a lição de Freddie Diddier e Leonardo Carneiro da Cunha:

As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. **A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões**

agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um de seus tipos. (...) A interpretação extensiva opera por comparações ou isonomizações, não por encaixes ou subsunções. As hipóteses de agravo e instrumento são taxativas e estão previstas no art. 1.015 do CPC. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária. É verdade que interpretar o texto normativo com a finalidade de evitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança pode consistir num consequencialismo. Como se sabe, o consequencialismo constitui um método de interpretação em que, diante de várias interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que conduza a resultados econômicos, sociais ou políticos mais aceitáveis, mais adequados e menos problemáticos. Busca-se, assim, uma melhor integração entre a norma e a realidade. É um método de interpretação que pode servir para confirmar a interpretação extensiva ora proposta. Adotada a interpretação literal, não se admitindo o agravo de instrumento contra decisão que trate de competência, nem contra decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual (para dar dois exemplos, explicados no exame do inciso III do art. 1.015 do CPC), **haverá o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança, cujo prazo é bem mais elástico que o do agravo de instrumento. Se, diversamente, se adota a interpretação extensiva para permitir o agravo de instrumento, haverá menos problemas no âmbito dos tribunais, não os congestionando com mandados de segurança contra atos judiciais** (DIDIER, CUNHA, 2018, p. 248/251, grifos nosso).

Alexandre Câmara (2015, p. 520) leciona, em síntese, que “a existência de um rol taxativo não implica dizer que todas as hipóteses nele previstas devam ser interpretadas de forma literal ou estrita. É perfeitamente possível realizar-se, aqui – ao menos em alguns incisos, que se valem de fórmulas redacionais mais “abertas” – interpretação extensiva ou analógica”.

A referida posição, que, como visto, parte de uma interpretação consequencialista, é criticada, no acórdão do Resp de nº

1704520, pela suposta inviabilidade de abarcar todas situações que careceriam da recorribilidade imediata da decisão interlocutória, pelo desvirtuamento de institutos jurídicos em busca de aproximação e pela ausência de critérios objetivos, o que poderia levar a insegurança jurídica.

Finalmente, a terceira corrente defende que o rol do art. 1015 do CPC (BRASIL, 2015) é meramente exemplificativo, admitindo o cabimento do agravo de instrumento fora das hipóteses dos incisos do referido artigo.

O jurista Willian Santos Ferreira (2017, p. 193-203) leciona que o cabimento do agravo de instrumento deve ser analisado sob dois pressupostos: a existência de interesse recursal e a eventual inutilidade da impugnação via apelação, ou seja, caso a apelação se não se mostre efetiva para tutelar o direito do jurisdicionado é indubitável o cabimento do agravo de instrumento. Nesse sentido:

Se não há identificação literal das hipóteses legalmente previstas para agravo de instrumento, em primeiro momento, se defenderia a apelação, contudo se o seu julgamento futuro será inútil por impossibilidade de resultado prático pleno (ex. dano irreparável ou de difícil reparação), como no caso de uma perícia inadmitida, em que o prédio que seria objeto da perícia diante de uma desapropriação será rapidamente demolido, desaparecendo a utilidade de julgamento futuro da apelação, não é possível defender-se o cabimento da apelação, porque a lei não pode prever recurso inútil, logo é caso de cabimento do agravo de instrumento. Em outras palavras, há uma taxatividade fraca, decorrente da própria definição de recorribilidade geral das interlocutórias, mas ainda taxatividade, porque o agravante tem o ônus de demonstrar que é necessário o agravo de instrumento em razão da inutilidade de interposição e julgamento futuros de apelação (FERREIRA, 2017, p. 193-203).

Os juristas José Rogério Cruz e Tucci e Gabriel Araújo Gonzalez, em outras palavras, também defendem que o rol do art. 1015 do

CPC é exemplificativo. A quarta corrente, proposta pela Min(a) Nancy no Resp 1704520, defende a taxatividade mitigada do rol do art. 1015 do CPC, conforme explicitação acima apresentada.

Ora, embora mencionemos quatro teorias, acreditamos que cuida na verdade de três correntes, pois, ou um rol é taxativo e não admite o cabimento fora das suas hipóteses, ou é exemplificativo e admite o cabimento fora das suas hipóteses, conforme será explicitado no capítulo seguinte. Apresentada as principais correntes, será abordada, de maneira crítica, a adequação delas.

5. Legislação aplicável à matéria

O legislador do CPC de 2015 buscou, “em nome da celeridade dos julgamentos dos processos” (BRASIL, 2015), simplificar a recorribilidade das decisões interlocutórias, criando um rol taxativo do cabimento do agravo de instrumento, que, todavia, em face do direito constitucional ao devido processo legal, com os recursos a ele inerentes e da historicidade da evolução legislativa, parece-nos manifestamente inadequado. Eis a lição da doutrina:

Decisões interlocutórias agraváveis (rol fechado). O Código claramente pretendeu estabelecer rol fechado para as hipóteses passíveis de justificar a interposição do agravo de instrumento. O ideal subjacente à lista dos casos de agravo de instrumento foi a diminuição na utilização de tal via recursal, como pretendido desafogo ao Poder Judiciário. **Voltou-se ao regime do CPC de 1939 (art. 842), historicamente reconhecido como desastroso (por isso alterado no CPC de 1973), na medida em que o legislador não consegue represar a realidade em seus esquemas formais** (GAJARDONI, DELLORE e OLIVEIRA JR, 2017, p. 1070, grifos nosso).

Todavia, a manifesta inadequação da previsão legislativa não possibilita ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, desnaturando a natureza jurídica do rol do art. 1015 do CPC.

Ao intérprete cumpre efetivar a intenção do legislador ao elaborar a norma jurídica individual, corrigindo eventuais vicissitudes, dentro dos limites semânticos do texto legal, que obstarium a concretização da vontade legislativa. Eis a interpretação teleológica, lógico-sistemática, analógica e extensiva que busca os fins visados pelo legislador juntamente da sistematicidade do conjunto de normas por meio da preservação da razão de ser do texto legal.

A questão a ser enfrentada é se a natureza taxativa e a interpretação literal do rol do artigo 1015 do CPC são compatíveis com os princípios constitucionais inerentes ao devido processo legal.

O art. 5º, LIV e IV, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) impõe que ao litigante, em processo judicial ou administrativo, é assegurado o devido processo legal, resguardando o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes.

O processo, na lição de Elio Fazzalari (2006, p. 37), é um “procedimento em contraditório”, ou seja, é um ambiente participativo, sem a existência de protagonistas, em que os sujeitos processuais, em simétrica paridade de armas, podem e devem contribuir para a elaboração do provimento jurisdicional.

O contraditório pressupõe, assim, a existência de recursos efetivos ou outros remédios processuais que possibilitem às partes rediscutir as questões, por meio da reanálise das alegações levantadas, evitando o perecimento de direitos em face de eventual diferimento do julgamento.

Contudo, o procedimento deve se pautar em um modelo legal que assegure às partes o conhecimento prévio dos direitos e deveres processuais, evitando decisões surpresas e concretizando o direito das partes de participarem na construção do provimento judicial em simétrica paridade de armas.

A taxatividade do rol do art. 1015 do CPC (BRASIL, 2015), frise, escolhida pelo próprio legislador, não possui qualquer inconstitucionalidade em abstrato, haja vista que não impede a impetração do mandado de segurança, quando preenchido seus pressupostos, para evitar o perecimento do direito e assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, ademais, a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias é expressamente prevista no processo do trabalho e nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais. É o magistério de Streck (2018):

Mas não poder recorrer imediatamente *sempre* gera o risco de retrabalho e consumo em vão do escasso tempo de todos. E esse cálculo foi feito pelo Legislativo. **E essa escolha não possui qualquer inconstitucionalidade, em abstrato. Tanto que as interlocutórias não são recorríveis em separado no processo do trabalho e nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e a comunidade jurídica sobrevive. Situações extremas se resolvem, sim, com o Mandado de Segurança, presentes os seus pressupostos. Aliás, se o uso do Mandado de Segurança é iníquo, também não o é a ampliação discricionária das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento? E mais uma contradição de Sua Excelência: como é possível dizer que sua sugestão converge com a vontade do legislador se, ao contrário do que dispunha o CPC/73, no novo CPC não se incluiu o cabimento de agravo de instrumento ante o genérico perigo de dano?** Esse é o problema do originalismo, além de negar a historicidade do direito revela que, não raro, juízes sabem a vontade do legislador melhor que eles próprios... Fosse esse um caminho interpretativo adequado, talvez tivéssemos menos trabalho substituindo a jurisdição por consultas ao Parlamento (STRECK, 2018, grifo nosso).

No mesmo sentido, o jurista Humberto Theodoro Júnior reconhece a possibilidade de impetração do mandado de segurança em face da problemática do cabimento do agravo de instrumento, nos seguintes termos:

A sistemática procedimental do agravo de instrumento continua sendo a mesma no Código de 2015. Mas, embora o processamento ainda se dê diretamente no tribunal, surgiu um novo problema: o agravo de instrumento não é mais admissível perante todas as decisões interlocutórias, já que o regime do NCPC é o do casuísimo, em *numerus clausus*. Fora das hipóteses expressamente enumeradas pela lei, as decisões interlocutórias não são impugnáveis, senão depois da sentença, através de preliminar ou contrarrazões da apelação. Não há, pois, nesses casos, recurso capaz de atacar, de imediato, a ilegalidade ou o abuso de poder praticado em decisão interlocutória. **Uma vez que a Lei nº 12.016/2009 permite a impetração do mandado de segurança contra ato judicial em face do qual não caiba recurso com efeito suspensivo (art. 5º, II), parece irrecusável o enquadramento das decisões não agraváveis nesse permissivo da lei especial. De fato, se o recurso manejável (a apelação) é remoto e problemático, a conclusão é de que o decisório, na verdade, não se apresenta como passível de suspensão imediata pela via recursal. Logo, estando demonstrada a lesão de direito líquido e certo da parte, causada pela decisão interlocutória não agravável, o remédio com que o lesado pode contar será mesmo o mandado de segurança, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 12.016/2009. Não será admissível, dentro do processo justo e efetivo, garantido pela ordem constitucional, deixar desamparado o titular de direito líquido e certo ofendido por ato judicial abusivo ou ilegal. Daí o cabimento do *mandamus*, nos termos do direito fundamental assegurado pelo art. 5º, LXIX, da Constituição.** (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1045)

O CPC de 2015, como expressão da vontade legislativa, trouxe um rol taxativo do cabimento do agravo de instrumento que, não obstante a inadequação, não pode ser eliminado por interpretações judiciais, sob pena de verdadeiro ativismo judicial.

A corrente da “taxatividade mitigada” é uma construção epistemológica contraditória, que desvirtuando o uso da linguagem, busca defender que o rol do art. 1015 do CPC de 2015 é exemplificativo, contrariando a previsão legal, pois, nas palavras de Streck (2018):

O que é taxativo não pode ser mitigado. Porque se for... já não será mais taxativo! Se a pedra é dura, não é mole. Olhemos para os lados e vejamos o resultado do “livre” uso da linguagem. Sem um chão linguístico compartilhado, um mínimo “é”, estaremos fadados à afasia – na melhor das hipóteses (STRECK, 2018).

A Min(a) Nancy (2018) afastou a tese de que, embora taxativo, o rol do art. 1015 do CPC de 2015 admite interpretação extensiva e/ou analógica alegando que haveria grande insegurança jurídica: com o desvirtuamento de institutos jurídicos, pela imprevisibilidade dos critérios adotados e pela insuficiência em abarcar todas as hipóteses legais que demandariam a recorribilidade imediata da decisão interlocutória.

Primeiramente, como defendido por Streck (2018), o requisito da “urgência”, criado pela Ministra Nancy, sem indicação de qualquer pressuposto útil ao controle objetivo de incidência, não confere nenhuma segurança jurídica, ao contrário, a interpretação extensiva é calcada em sólida construção doutrinária, passível de racionalizar sua aplicação. Veja as palavras de Streck (2018):

Além de tudo, o voto caiu em contradição: alegando imprevisibilidade quanto aos critérios de controle da interpretação extensiva, admitiu a **flexibilização do rol do art. 1.015, CPC, com base em hipótese por ela instituída e para a qual não indicou um único pressuposto servil ao controle objetivo de incidência. Se a interpretação extensiva gera imprevisibilidade, a Ministra não ofereceu nada melhor em seu lugar. Ao contrário. A doutrina – se é que no Brasil a doutrina pode doutrinar um pouquinho - fornece critérios para racionalizar o uso da interpretação extensiva. Já a ministra fala genericamente em “urgência” – qual? – e “normas fundamentais” – quais? Nada mais. Acolhida sua proposta, caberá agravo de instrumento se e quando o relator, conforme sua própria vontade, entender que há urgência. Simples assim. Complexo assim. Incontrolável assim. Contraditório assim. Caso Sua Excelência tenha pretendido reduzir a imprevisibilidade, o tiro saiu/sairá pela culatra (STRECK, 2018).**

O Processo Civil Constitucional deve fundamentar no princípio da legalidade e da separação de funções, superando a visão instrumentalista do processo, para entender o processo como um procedimento em contraditório que deve pautar-se pelo modelo legal para sua efetivação.

A segunda crítica da Min(a) Nancy (2018) à utilização da interpretação extensiva ou analógica é a impossibilidade de abarcar todas as decisões que demandariam a recorribilidade imediata. Todavia, a crítica não se sustenta, haja vista que a impossibilidade de abarcar todas as hipóteses decorre de expressa opção legislativa ao eleger um rol casuístico de cabimento do agravo de instrumento.

A questão do desvirtuamento de institutos na interpretação extensiva ou analógica é um argumento sem qualquer base fática, mas mera ilação, haja vista que a adequada utilização da interpretação extensiva ou analógica não é possível de aferição *a priori*.

A interpretação analógica e extensiva já foi densamente abordada pela doutrina estabelecendo seus limites, seus contornos de incidência e permite a manutenção da razão de ser das previsões legais, sem generalizações indevidas, evitando o ativismo judicial e resguardando a vontade expressa na lei. É o magistério de Neves (2016, p. 1561):

(...) a melhor doutrina vem defendendo uma interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, com utilização de um raciocínio analógico para tornar recorrível por agravo de instrumento decisões interlocutórias que não estão expressamente previstas no rol legal. **Desde que se mantenha a razão de ser das previsões legais, sem generalizações indevidas, parece ser uma boa solução** (NEVES, 2016, p. 1561).

O Superior Tribunal de Justiça tem como missão constitucional uniformizar a interpretação da legislação federal e os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas visam manter a integrida-

de, coerência e estabilidade das decisões judiciais, nos termos do art. 926 do CPC de 2015.

A decisão no Recurso Especial de nº 1704520 é flagrantemente inconstitucional, pois viola a separação de funções, desnatura a natureza legal taxativa do rol do agravo de instrumento e ao eleger o critério de urgência deixa de promover a uniformização da interpretação da legislação federal, atribuindo à discricionariedade judicial a definição do cabimento do agravo de instrumento, o que impõe aos advogados recorrerem da quase totalidade das decisões interlocutórias para se resguardarem de eventual preclusão, haja vista que não há um critério que defina o requisito de urgência, conforme denota-se no voto vencido no acórdão.

Ora, como leciona Streck (2018), se a intenção era preservar a segurança jurídica, a referência ao requisito da “urgência” – sem qualquer elemento apto a defini-lo, remetendo-o à discricionariedade judicial – não é a solução adequada.

6. Conclusão

O Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº 1704520 assentou que o rol do art. 1015 do CPC é de taxatividade mitigada, ou seja, admite-se a interposição do agravo de instrumento fora das hipóteses ali mencionadas, desde que fundamentada na urgência da apreciação da questão incidente.

A Min. Nancy fundamentou sua posição, adotada por maioria, em supostos princípios constitucionais, na inviabilidade prática de o legislador prever todas as situações fáticas, na “suposta” vontade subjacente do legislador e na insegurança jurídica que poderia advir da adoção das outras correntes.

Com a devida vênia, é possível se opor ao entendimento que restou consignado no acórdão, pois a mitigação do rol do art. 1015 do CPC

nada mais é que a utilização indevida de um expediente linguístico para alterar a natureza jurídica taxativa do rol. Ora, o que é taxativo não pode ser mitigado, pois, caso contrário, já não será taxativo.

O Estado Democrático de Direito é insculpido no princípio da legalidade, instrumento de proteção contra o arbítrio estatal, e no princípio da separação de funções. A vontade legislativa é aquela expressada na lei, não aquela que o intérprete pressupõe mais conveniente ao caso.

A natureza jurídica taxativa do rol do art. 1015 do CPC de 2015 é, do ponto de vista prático, inadequada, mas isso não autoriza a função judicante legislar sobre a matéria, modificando a natureza jurídica do rol ao seu bel prazer, sob pena de ativismo judicial.

A Min. Nancy (2018), ao alegar a maior segurança jurídica com a ampliação das hipóteses de cabimento do agravo com a tese da taxatividade mitigada, ao invés da adoção da interpretação extensiva ou analógica, incorreu em equívoco, pois a sua teoria se assenta do pressuposto da urgência, mas não há nenhum elemento capaz de caracterizar o referido requisito.

O requisito da urgência, como posto no acórdão do Resp. nº 1704520, conduz a discricionariedade judicial e impõe aos advogados recorrerem da quase totalidade das decisões interlocutórias, sob pena de preclusão.

A interpretação extensiva e/ou analógica defendida por Freddie Diddier e Leonardo Carneiro da Cunha, ao contrário, é consolidada na doutrina e possui sólidos requisitos que possibilitam a manutenção da razão de ser dos dispositivos legais e a objetividade na análise do cabimento do agravo de instrumento. Ora, se a taxatividade é inadequada, cabe ao legislador, no exercício de sua função típica, propor uma alteração legislativa, mas não ao intérprete se imiscuir nessa função, sob pena de autêntico ativismo judicial.

Ao admitir a fragilização do princípio da legalidade e da separação de funções, ainda que por um motivo nobre, abre-se um perigoso precedente capaz de deturpar as balizas do Estado Democrático de Direito e do Modelo Constitucional de Processo.

A princípio, é inadequada a tese da taxatividade mitigada consagrada no Resp. nº 1704520 devendo ser revista, pois incorre em verdadeiro ativismo judicial, não promove a uniformização da interpretação da legislação federal e acarreta em maior insegurança jurídica.

A adoção da interpretação extensiva e/ou analógica é mais adequada, haja vista que possui pressupostos mais consolidados na doutrina, permite a manutenção da razão de ser dos dispositivos legais e da vontade legislativa e, ainda, oferece critérios mais objetivos na apreciação do cabimento do agravo de instrumento.

No caso concreto, o cabimento do agravo de instrumento, contra decisão que acolhe ou rejeita alegação de incompetência com fundamento na interpretação extensiva do inciso III do art. 1015, não é adequado, pois a decisão que acolhe a alegação de convenção de arbitragem visa afastar a jurisdição estatal por meio de um negócio jurídico entre as partes, todavia, a competência cuida de distribuição interna da jurisdição, ou seja, não afasta o juízo estatal, motivo pelo qual é indevida sua utilização analógica.

Assim, a aplicação da interpretação extensiva e/ou analógica na exegese das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento é mais adequada ao modelo constitucional de processo, embora, como no presente caso, possa se revelar, do ponto de vista prático, insuficiente. Contudo, a impossibilidade de abarcar todas as situações resulta de expressa opção legislativa que deve ser observada, sob pena de autêntico ativismo judicial.

7. Referências

ALVIM, Teresa Arruda. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 81.

BRASIL. Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869imprensa.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 9139, de 30 de novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9139.htm>. Acesso em: 07 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. *Código de processo civil* (2015). Obra de autoria coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 286-403.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. *Senado Federal*, Brasília, 2010. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>>. Acesso em: 6 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1704520. Natureza jurídica do rol do art. 1015 do CPC/2015. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=REPETITIVOS&processo=1704520&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1679909/RS. Exceção de incompetência – Recurso cabível – Agravo de instrumento. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 01 de fevereiro de 2018. REVPRO vol. 280, p.553. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1679909&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> . Acesso em: 30 jan. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 520.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15^a ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 248-251.

FERREIRA, William Santos. *Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade*: direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. São Paulo: RT, 2017, p. 193-203.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. *Execução e recursos*: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. p. 1070.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1398.

MINAS GERAIS. *Tribunal de Justiça*. Agravo Interno n. 1.0000.18.035392-2/002. Declinação de competência – Agravo de instrumento – Hipótese não contemplada. Relatora: Des. Aparecida Grossi, órgão julgador: 7ª Câmara Cível, data do julgamento: 24/01/2019, data da publicação: 25/01/2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B-7F80349AC05E86CBA20178DDF5D7E33.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.035392-2%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar.> Acesso em: 15 jan. 2019.

NEVES, Daniel Amorin Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 1561.

STRECK, Lênio Luiz; SOUZA, Diego Crevelin. *No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem?*. In: CONJUR, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume 3: execução forçada, processos nos tribunais, recursos, direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1045.

Artigo recebido em 22/06/2019

Artigo aprovado em 24/07/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200017

