



Direitos Fundamentais nos novos cenários do Século XXI

Iuri Bolesina
Tássia A. Gervasoni
Tatiani de Azevedo Lobo
(Orgs.)



Os primeiros passos carregam consigo toda a incerteza e temor dos percalços à frente, para tanto, a fim de evitar alguns tropeços na jornada é sempre importante contar com guias mais experientes, e esta obra se trata exatamente de um desses caminhos. Esse livro conta com a contribuição massiva de jovens estudantes e pesquisadores do Direito, porém cada um deles aliado aos seus mestres, para que o universo da pesquisa não seja um mar sem bússola, ao mesmo tempo em que se oportuniza que futuros docentes e doutrinadores possam deixar a sua marca e contribuição. Portanto, as variações temáticas denotam um caráter eclético à leitura dos textos, até mesmo porque esta é outra característica do livro: libertar e não aprisionar. Nisto reverbera o papel dos próprios professores que participam dos estudos, pois todo e qualquer professor deve ter em mente que sua função principal é servir como instrumento de libertação da criatividade de seus alunos e não como um reproduzidor das violências e opressões sociais que impedem o desenvolvimento científico e humano do país. A fim de incentivar cada vez mais os estudos jurídicos e sua conexão com outras áreas do conhecimento, apresenta-se esta obra como um produto de um novo tempo. Não há aqui a mera reprodução de estudos cartesianos e dogmáticos, tampouco os velhos costumes da academia, em sua erudição incompreensível e inacessível. Ao contrário, enuncia-se ao leitor o prazer e o arrojo de inserções inter/multi-disciplinares, as quais buscam apresentar o Direito sob novas ligações e perspectivas, todas alinhadas a um humanismo transformador e ainda assim comprometidas com os rigores científicos em um mundo de complexidades. Assim, a tarefa deste singelo apresentador é aumentar a ansiedade dos prazeres futuros, ao dizer que as páginas seguintes iniciam trajetórias e ao mesmo tempo impactam com passos firmes o Direito contemporâneo.

Felipe da Veiga Dias



 editora fi
www.editorafi.org

**Direitos Fundamentais
nos novos cenários do
Século XXI**



COMITÉ EDITORIAL

Prof^ª. Dr^ª. Cecília Maria Pinto Pires

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Jacopo Paffarini

Prof^ª. Dr^ª. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof^ª. Dr^ª. Leilane Serratine Grubba

Prof^ª. Dr^ª. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen

Prof. Dr. Neuro José Zambam

Prof^ª. Dr^ª. Salete Oro Boff

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Prof. Dr. Vinícius Borges Fortes

Prof. Dr. Mher Arshakyan

Direitos Fundamentais nos novos cenários do Século XXI

Organizadores:

Iuri Bolesina

Tássia A. Gervasoni

Tatiani de Azevedo Lobo

φ editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Fontella Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tássia A.; LOBO, Tatiani de Azevedo (Orgs.)

Direitos Fundamentais nos novos cenários do Século XXI [recurso eletrônico] / Iuri Bolesina; Tássia A. Gervasoni; Tatiani de Azevedo Lobo (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

209 p.

ISBN - 978-85-5696-380-2

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito, 2. Pesquisa, 3. Perspectivas 4. IMED; I. Título.

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Felipe da Veiga Dias	
1	11
Violência simbólica de gênero: uma análise de suas raízes histórico-culturais e sua manifestação na sociedade brasileira contemporânea	
Iuri Bolesina; Leonardo Abido	
2	29
A representatividade do papel da mulher no cinema face ao domínio masculino	
Caroline Bresolin Maia Cadore; Kimberly Farias Monteiro	
3	47
Judicialização da saúde e reserva do possível: o entendimento jurisprudencial acerca do fornecimento de medicamentos aos pacientes portadores de doenças raras	
Carina Lopes de Souza; Wagner dos Santos; Tássia A. Gervasoni	
4	65
A colisão entre direitos fundamentais à saúde e à liberdade religiosa e os papéis do estado: da recusa estatal ao provimento de tratamento médico alternativo à transfusão de sangue à (in)suficiência de fundamentação das decisões judiciais	
Ceci Pedrotti Coppini; Tássia A. Gervasoni	
5	99
Entre o <i>Mágico de Oz</i> e <i>Wicked</i>: lições da literatura sobre o reducionismo do ser como fator de desumanização do condenado no processo de execução penal e a inviabilização de um debate público pautado na visão global do fenômeno social do delito	
Douglas Balbinott; Gabriel Ferreira dos Santos	

6	127
Adolescentes, ato infracional e sofrimento psíquico na legislação brasileira: punição ou tratamento?	
Alana Katiúscia Schütz da Silva	
7	159
A (im)possibilidade de interposição de recurso de apelação pelo não sucumbente contra decisão interlocutória imediatamente irrecurável	
Vinicius De Marchi Quaresemin de Oliveira	
8	189
Créditos de carbono como ferramenta de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado	
Jéssica Cindy Kempfer	

Apresentação: Perspectivas libertadoras para a pesquisa jurídica

Felipe da Veiga Dias¹

Os primeiros passos carregam consigo toda a incerteza e temor dos percalços à frente, para tanto, a fim de evitar alguns tropeços na jornada é sempre importante contar com guias mais experientes, e esta obra se trata exatamente de um desses caminhos. Esse livro conta com a contribuição massiva de jovens estudantes e pesquisadores do Direito, porém cada um deles aliado aos seus mestres, para que o universo da pesquisa não seja um mar sem bússola, ao mesmo tempo em que se oportuniza que futuros docentes e doutrinadores possam deixar a sua marca e contribuição.

Portanto, as variações temáticas denotam um caráter eclético à leitura dos textos, até mesmo porque esta é outra característica do livro: libertar e não aprisionar. Nisto reverbera o papel dos próprios professores que participam dos estudos, pois todo e qualquer professor deve ter em mente que sua função principal é servir como instrumento de libertação da criatividade de seus alunos e não como um reproduzidor das violências e opressões sociais que impedem o desenvolvimento científico e humano do país.

A fim de incentivar cada vez mais os estudos jurídicos e sua conexão com outras áreas do conhecimento, apresenta-se esta obra como um produto de um novo tempo. Não há aqui a mera reprodução de estudos cartesianos e dogmáticos, tampouco os

¹ Pós-doutorando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Doutor em Direito. Professor.

velhos costumes da academia, em sua erudição incompreensível e inacessível. Ao contrário, enuncia-se ao leitor o prazer e o arrojo de inserções inter/multidisciplinares, as quais buscam apresentar o Direito sob novas ligações e perspectivas, todas alinhadas a um humanismo transformador e ainda assim comprometidas com os rigores científicos em um mundo de complexidades.

Assim, a tarefa deste singelo apresentador é aumentar a ansiedade dos prazeres futuros, ao dizer que as páginas seguintes iniciam trajetórias e ao mesmo tempo impactam com passos firmes o Direito contemporâneo.

Outono de 2018

Violência simbólica de gênero: uma análise de suas raízes histórico-culturais e sua manifestação na sociedade brasileira contemporânea

*Iuri Bolesina¹
Leonardo Abido²*

1 Introdução

A violência de gênero é, notoriamente um problema bastante recorrente nas sociedades contemporâneas, essencialmente naquelas cuja construção histórico-social foram marcadas pelo patriarcalismo. Esta violência se manifesta das mais diversas maneiras na sociedade. Uma dessas formas de manifestação é a violência simbólica, marcada principalmente por ser algo que a sociedade considera tão natural que se quer percebe ser uma forma de violência. Desta forma, no presente estudo, procurou-se fazer uma congruência dos conceitos de violência simbólica e violência de gênero e analisar como isso se observa em alguns âmbitos da sociedade brasileira contemporânea.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional – IMED. Professor de direito civil na faculdade de direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: iuribolesina@gmail.com.

² Mestrando em Direito pelo PPGD da Faculdade Meridional - IMED. Graduado em Direito pela mesma instituição. leoabido1@gmail.com

Inicialmente, procurou-se estabelecer algumas definições básicas e conceituais acerca da violência de uma maneira geral. Neste aspecto, analisou-se de uma forma ampla, abrangendo-se as diversas formas e manifestações da violência, principalmente visando romper a ideia de que a violência precisa ser necessariamente física para ser considerada existente.

Posteriormente, realizou-se uma análise histórica de como a violência de gênero se instalou no Brasil, dando-se ênfase especialmente a questão do patriarcalismo como uma das principais causas da violência de gênero. Ainda foi realizada uma conceituação da violência de gênero, tomando-se por base principal o conceito de violência de gênero talhado por Heleieth Saffioti, ampliando-se o espectro de verificação da ocorrência dessa violência para além das identidades tradicionais de gênero, abrangendo-se também as chamadas identidades alternativas de gênero.

Por fim, trouxe-se a questão da violência simbólica. Primeiramente em uma abordagem ampla, utilizando-se principalmente do conceito construído pelo sociólogo Pierre Bourdieu e, após, tratando-se essencialmente como a violência simbólica se manifesta em relação ao gênero. Como forma de exemplificação, trouxe-se alguns exemplos de decisões judiciais a fim de demonstrar como essa forma de violência se manifesta de diferentes formas em todos os nichos da sociedade.

Assim, os objetivos do presente trabalho foram, primeiramente analisar como se implementou a violência de gênero no Brasil, fazendo-se uma breve análise histórico-cultural das possíveis raízes dessa violência. Posteriormente, procurou-se analisar como a violência simbólica de gênero se expressa atualmente, utilizando-se de decisões judiciais que expressariam tais violências como forma de exemplificar o fenômeno da violência simbólica de gênero.

2 O que é violência?

Preambularmente à análise da violência de gênero e da violência simbólica, faz-se necessário uma conceituação mais geral do que seria essencialmente a violência, em seus mais variados aspectos e entendimentos. Nesse ponto, importante destacar a complexidade deste conceito, o qual demonstra uma amplitude de entendimentos e posicionamentos dos autores, das mais variadas áreas. Neste sentido “historicamente a violência atinge todos os setores da sociedade, sendo um fenômeno multideterminado e, como tal, complexo.” (SACRAMENTO; REZENDE. 2006, p. 95).

Ainda sobre a complexidade da violência, pertinente se faz a menção ao que nos traz David Léo Levisky, ao citar que

não há quem não identifique uma ação ou situação violenta, porém conceituar violência é muito difícil visto que a ação geradora ou sentimento relativo à violência pode ter significados múltiplos e diferentes dependentes da cultura, momento e condições nas quais elas ocorrem. (2010, p. 6).

Ao tratar-se da violência em um âmbito mais geral, bastante pertinente parece a definição dada por Saffioti (2004, p. 17), ao descrever a violência como “ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral”. A definição demonstrada é bastante íntegra por abarcar a violência não apenas em seu caráter físico, erro rotineiramente cometido, mas também por ampliar o espectro já para aquelas de caráter não tão facilmente verificáveis como a física, a psíquica e moral.

A autora vai além, ao afirmar que, qualquer que seja a forma que essa violência assuma (física, sexual, emocional), estas não ocorrem isoladamente, estando sempre presentes a violência emocional e a violência moral (2004, p. 75). A Organização Mundial da Saúde traz também um conceito abrangente de violência, ao dispor esta como

O uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação.

Nesta definição, merece atenção especial a utilização da palavra “poder”, por ser assim ampliado o espectro do ato violento, podendo assim serem incluídos na violência outros atos como ameaças, intimidações (DAHLBERG; KRUG, 2006, p. 1165) e a violência simbólica.

Assim, ao se tratar a violência neste aspecto amplo, tutela-se não somente os danos físicos causados por atos violentos, mas sim uma gama mais ampla de atos, que não produzam danos físicos, mas que por sua vez “impõe um peso substancial em indivíduos, famílias, comunidades e sistemas de saúde em todo o mundo” (DAHLBERG; KRUG, 2006, p. 1165).

Entretanto, essa separação entre violência física/violência não-física nem sempre é algo facilmente verificável na prática. Cite-se, de maneira exemplificativa, o caso do homem preso em flagrante após ejacular no pescoço de uma mulher, em um ônibus em São Paulo³. Segundo o magistrado, responsável pela audiência de custódia do caso (processo 0076565-59.2017.8.26.0050 do Foro Central da Barra Funda, Comarca de São Paulo - SP), o homem não poderia ser mantido preso, pelo fato de o ato não ser considerado crime de estupro, mas sim uma contravenção penal. Para o magistrado, não se caracterizou o crime de estupro, pois o núcleo típico do delito, que seriam o constrangimento ou violência não restaram configurados⁴.

³ <http://www.metropoles.com/brasil/homem-e-preso-apos-ejacular-no-pescoco-de-uma-mulher-dentro-do-onibus>.

⁴ “Na espécie, entendo que a conduta pela qual o indiciado foi preso melhor se amolda à contravenção penal do art. 61, LCP [Lei das Contravenções Penais] do que ao crime de estupro (art. 213, Código Penal). Explico. O crime de estupro tem como núcleo típico constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Na espécie, entendo que não houve o constrangimento, tampouco violência ou grave

Ora, evidentemente, para o referido magistrado (cuja decisão foi massivamente criticada, diga-se) a violência é necessariamente física, não se admitindo essa em diferentes âmbitos, definição essa bastante usada pelo direito penal brasileiro como um todo. Entretanto, essa simplificação do conceito de violência parece perigosamente simplória, pois ao tratar-se tão somente do aspecto físico, diversos atos nitidamente violentos (como ofender uma pessoa, ou ejacular em um pescoço alheio por exemplo) seriam tratados como atos normais ou no máximo “importunadores do pudor”, utilizando-se os termos da lei.

Assim, nota-se a extrema dificuldade em se estabelecer uma definição clara de violência, muito em virtude do fato de esta definição variar, tanto de pessoa para pessoa (quem define o que é e o que não é violência, tal como o magistrado do caso citado) quanto de um momento para outro. Para esse último caso, tome-se por exemplo um tapa. Ora, um tapa no rosto de uma pessoa, dado como forma de agressão, seria sem dúvida definido como um ato violento. Ao mesmo tempo, esse mesmo tapa, dado nas costas de uma pessoa ao cumprimentá-la ou abraçá-la não seria jamais considerado um ato violento. Trata-se do mesmo movimento, que em circunstâncias diferentes é definido como violento ou não.

Superada essa discussão, ao definir-se a violência não somente como aquela de caráter físico, mas como qualquer ato que ofenda ou machuque outra pessoa, deve-se analisar as diferentes formas que esta violência pode tomar no cotidiano, bem como os diferentes âmbitos onde podem verificar-se atos violentos.

ameaça, pois a vítima estava sentada em um banco do ônibus, quando foi surpreendida pela ejaculação do indiciado. O ato praticado pelo indiciado é bastante grave, já que se masturbou e ejaculou em um ônibus cheio, em cima de uma passageira, que ficou, logicamente, bastante nervosa e traumatizada. Ademais, pelo exame da folha de antecedentes do indiciado, verifica-se que tem histórico desse tipo de comportamento, necessitando de tratamento psiquiátrico e psicológico para evitar a reiteração de condutas como esta, que violam gravemente a dignidade sexual das mulheres, mas que, penalmente, configuram apenas contravenção penal. Como essa contravenção é apenas somente com multa, impossível a homologação do flagrante. Ante o exposto, relaxo a prisão em flagrante. Expeça-se alvará de soltura.” (BRASIL, TJSP, 2017).

Nesse sentido, achou-se por bem restringir análise da violência àqueles tipos que guardam uma maior relação com o objetivo final da pesquisa, a violência simbólica de gênero. Usar-se-á para tanto, algumas definições formuladas pelo Conselho Nacional de Justiça sobre o tema⁵ e relacionados à lei 11.340/06 (também conhecida como lei Maria da Penha).

Primeiramente, acerca da violência institucional, entende-se esta como

tipo de violência motivada por desigualdades (de gênero, étnico-raciais, econômicas etc.) predominantes em diferentes sociedades. Essas desigualdades se formalizam e institucionalizam nas diferentes organizações privadas e aparelhos estatais, como também nos diferentes grupos que constituem essas sociedades.

A violência institucional seria assim, em um caráter abrangente, aquela causada pelas diferenças mais comuns ocorrentes na sociedade, sejam essas diferenças de sexo, de gênero ou em relação a características do sujeito, como sua etnia. Verificar-se-á adiante, mais especificamente ao se trabalhar a violência simbólica, as reais origens desta violência institucional.

Outro ponto interessante trazido pelo CNJ é o que trata da violência psicológica, entendida, em suma, como aquela que, por ação ou omissão, controle ou degrade os comportamentos, decisões ou crenças de determinada pessoa, mediante intimidação, ameaça, humilhação ou outras condutas que impliquem prejuízo ao psicológico ou à autodeterminação da vítima.

Dentro das definições de violência, observam-se alguns temas que frequentemente se relacionam quando do estudo dos atos violentos, especialmente o silêncio e a invisibilidade. Nota-se que há, de forma recorrente, uma aura de silêncio no que tange a prática de violência. Tal aura tem um caráter peculiarmente cultural, e, muito embora se demonstre nos mais variados tipos de violência, tem uma

⁵ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/lei-maria-da-penha/formas-de-violencia>.

atuação ainda mais forte quando se trata de violência sexual, doméstica ou contra mulheres. (SACRAMENTO; REZENDE, 2006, p. 99). Tais formas de violência relacionadas ao gênero, bem como suas origens culturais serão trabalhadas no item a seguir.

3 Violência e cultura de violência de gênero no Brasil

Após a delimitação do conceito de violência, faz-se mister uma análise da violência de gênero e das origens culturais desta violência no Brasil. Ora, parece bastante clara a ideia de que a cultura do patriarcalismo, da supervalorização do gênero, tem suas origens confundidas com a própria origem das civilizações modernas, sendo este muitas vezes considerado o primeiro grande sistema de dominação (SANTOS, 2015, p. 35).

Existe na doutrina, certa dificuldade na delimitação de um conceito claro de patriarcado ou patriarcalismo. Dentre as definições dadas, bastante completa nos parece a de Saffioti, a qual se apoia principalmente no conceito de Hartmann, de ser o patriarcado uma espécie de pacto entre homens que garante a dominação feminina. (SAFFIOTI, 2004, p. 104). Em prosseguimento, aprofundando-se, há a definição dos chamados (e já anteriormente explicados) papéis sexuais no sistema patriarcal, sendo as mulheres meras fornecedoras de prazer sexual aos homens e criadoras de filhos (SAFIOTTI, 2004, p. 105)

Assim, embora considere-se essa dominação masculina como algo quase que “original” das sociedades, advindo da própria criação desta e que funcionaria sob um silencioso mas extremamente eficaz de comunicações (SANTOS, 2015, p. 35), interessante se faz para fins de pesquisa buscar historicamente qual seria o limiar desta forma de violência na sociedade brasileira. Neste ponto, o enfoque se dará com especial atenção ao fenômeno ocorrido na sociedade brasileira na segunda metade do século XIX, época de propagação do chamado “modelo parisiense de comportamento” no Brasil.

O período de certa estabilidade econômica, avanços tecnológicos advindos da Revolução Industrial e transformações culturais ocorrentes na Europa neste período, tem reflexos nítidos no modo de vida e na sociedade brasileira, agora independente de Portugal. O modo de vida da sociedade parisiense passa a ser visto como um ideal a ser seguido pela sociedade brasileira. Isso incluía desde o modo de se vestir, de a até o fortalecimento do sistema de dominação patriarcal, com o ideal de superioridade do homem, branco, heterossexual e cristão (GERVASONI, 2016, p. 38).

O modelo parisiense reforçava mais uma vez a cultura do patriarcalismo, onde o homem detinha ainda mais o poder em detrimento da mulher, ou conforme explica Santos “a masculinidade é associada com a obtenção de renda e a feminilidade é definida em função de serviços sexuais e domésticos” (2015, p. 36). Necessário ressaltar que, na época ainda sequer se discutia ainda o direito das mulheres ao voto e/ou a incorporação destas a um mercado de trabalho.

Outro ponto marcante da cultura parisiense no que tange à violência de gênero se verifica que a manutenção dessa violência nem sempre se dava em um sentido vertical, dos pais ou maridos em relação às suas filhas e/ou mulheres, mas também em um sentido horizontal, de mães em relação a filhas, de mulher para mulher. Ora, tal fato se deve muito a mentalidade extremamente conservadora da época, no qual a discussão sobre a liberdade feminina era algo quase que inexistente, as próprias mães tratavam de manter suas filhas dentro do que se esperava para a mulher da época, garantindo a manutenção da dominação masculina e patriarcal, como bem nos mostra Saffioti ao dizer que

Entre as mulheres, socializadas todas na ordem patriarcal, de gênero, que atribui qualidades positivas aos homens e negativas, embora nem sempre, às mulheres, é pequena a proporção destas que não portam ideologias dominantes de gênero, ou seja, poucas mulheres questionam sua inferioridade social. Desta sorte,

também há um número incalculável de mulheres machistas. (2004, p. 34).

Desta maneira, observa-se que a violência de gênero foi quase que institucionalizada desde as primeiras décadas do Brasil enquanto nação independente, de maneira alguma descartando que antes disso, essa violência já ocorresse de forma semelhante, mas tomando para fins científicos por marco histórico a propagação da chamada cultura parisiense. Assim, conforme Saffioti “é óbvio que a sociedade considera normal e natural que homens maltratem suas mulheres, ratificando deste modo a pedagogia da violência” (2004, p. 74).

Além da dominação do homem em relação à mulher, dentro do sistema patriarcal da época, havia extrema clareza no que tangia a superioridade do heterossexual sobre o homossexual. Se a mulher era tratada como um ser inferior, o homossexual era visto como um ser doente, advindo de tal definição o termo “homossexualismo”, onde o sufixo “ismo” é utilizado no sentido de definir doenças. Sobre isso, Louro (1997, p. 83) nos traz que “para que um jovem possa vir a se reconhecer como homossexual, será preciso que ele/ela consiga desvincular gay e lésbica dos significados a que aprendeu a associá-los, ou seja, será preciso deixar de percebê-los como desvios, patologias [...]”

Assim, após a identificação de um dos marcos culturais da violência de gênero, faz-se importante uma melhor análise do que exatamente se caracterizaria como violência de gênero. Neste contexto convém estabelecer o conceito que “a violência de gênero, em geral, é direcionada ‘a um indivíduo baseado em seu sexo biológico, identidade de gênero, ou a sua adesão percebida às normas socialmente definidas de masculinidade e feminilidade”⁶

⁶ gender-based violence (GBV) Violence that is directed at an individual based on his or her biological sex, gender identity, or his or her perceived adherence to socially defined norms of masculinity and femininity. It includes physical, sexual, and psychological abuse; threats; coercion; arbitrary deprivation of liberty; and economic deprivation, whether occurring in public or private life

(JASS, 2013, p. 5). A violência tratada assim neste contexto mais ampliativo, acaba por compreender os mais variados sentidos de violência, sejam simbólicos, físicos ou morais, ocorrentes na esfera pública ou privada.

Outro ponto fundamental do conceito de violência de gênero, seria a constatação de que tal forma de violência, em seus mais variados aspectos, ocorre em detrimento de qualquer das identidades de gênero. A própria desconsideração das identidades alternativas de gênero, como vítimas, seria uma forma de discriminação simbolicamente violenta, o chamado sexismo.

O sexismo, ainda que por vezes seja confundido com o machismo, pelo fato de ambos serem doutrinas reprodutoras da violência de gênero na sociedade, não deve ser confundido com este dentro de uma análise mais aprofundada da violência de gênero. Sobre tal, pode definir-se que

O sexismo pode ocorrer a partir de qualquer identidade de gênero, sendo que o machismo não, pois presume a superioridade dos homens sobre as mulheres. Desta forma, o sexismo constitui-se em uma perspectiva mais ampla que o machismo, abrangendo-o, pois este é sexista ao privilegiar homens em detrimento de mulheres. (GERVASONI, 2016, p. 36-37)

Tanto em uma lógica sexista, quanto em uma lógica machista, as desigualdades entre os gêneros seriam ainda mais evidenciadas, visto que ambas as teorias não buscariam a igualdade entre os gêneros, mas sim a supremacia da sua identidade sobre as demais, resultando, ainda que de forma diferente, em uma violência de gênero.

Ao limitar o conceito de violência de gênero tão somente àquela violência exercida por homens tendo como vítimas as mulheres, faz-se uma análise válida, entretanto incompleta e possivelmente errônea, tratando violência de gênero como um sinônimo de violência doméstica.

Diante do que já foi analisado sobre o gênero, a distinção feita pela autora nos parece mais clara, podendo-se afirmar que a violência de gênero seria a violência sofrida pelas mulheres exercida pelos homens, mas não somente isso. Incluiria nesta ótica, violência sofrida por homens pelas mulheres, violência sofrida por homossexuais por heterossexuais, de identidades alternativas por identidades heteronormativas e outras tantas várias que o conceito amplo de gênero nos permitiria analisar (SAFFIOTI, 2004, p.44).

Portanto, deve-se visualizar a violência de gênero não apenas como algo casuístico, mas sim como algo que pode ser visualizado na imensa maioria das sociedades. Especificamente na sociedade brasileira, verifica-se a influência do colonizador europeu em seu sentido amplo, tendo destaque a adoção do modelo parisiense de comportamento, especialmente na segunda metade do século XIX.

O sistema patriarcal seria nesse sentido, o grande culpado pela cultura de violência de gênero, juntamente com o colonialismo e o capitalismo, tendo tal sistema sua origem em uma organização extremamente complexa realizada pelos dominantes, e que conta, de certo modo com o aval dos próprios dominados. Este pensamento é próprio da teoria do poder simbólico, talhada por Pierre Bourdieu e que será especificada no item seguinte.

4 A violência simbólica de gênero no Brasil

Analisado o conceito geral de violência e a cultura da violência de gênero no Brasil, fundamental é trazer à pesquisa o tema da violência simbólica. Não seria de maneira alguma possível estabelecer definições acerca desta forma de violência, sem trazer os escritos de Pierre Bourdieu e mais especificamente sua pesquisa acerca do poder simbólico.

Primeiramente, necessária a compreensão do que o sociólogo francês delimitaria como dominação masculina. Como já tratado no primeiro capítulo, um dos grandes questionamentos feitos a respeito do binarismo masculino/feminino se resumiria na teoria

dos papéis sexuais, para Bourdieu, a diferente anatomia dos órgãos sexuais é vista como uma justificativa naturalmente construída para tratar de maneira diversa os gêneros (2012, p. 20), onde a própria ordem social funcionaria como uma gigantesca máquina simbólica, que ratifica a dominação masculina. (2012, p. 19).

A dominação masculina dependeria assim de um intrincado conjunto de fatores para ser exercida plenamente, fatores os quais, segundo Bourdieu, são facilmente verificáveis na sociedade. Segundo ele

A primazia universalmente concedida aos homens se afirma na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social, que confere aos homens a melhor parte (2012, p. 45).

Outra condição cumprida seria a representação androcêntrica da reprodução e a reprodução social desta visão como um senso comum. Tal senso comum se torna algo tão profundo que os próprios oprimidos, sejam mulheres, sejam homossexuais são reprodutores dessa dominação e da relação de poder na sociedade. A visão androcêntrica impor-se-ia como neutra e inquestionável, ao ponto que tornariam desnecessários discursos que visassem legitimá-la (BOURDIEU, 2012 p.18).

Ao tratar da questão do senso comum, e do fato das mulheres tornarem-se inclusive reprodutoras deste sistema de dominação, deve-se entender que, não se está atribuindo a elas a responsabilidade por serem dominadas, que elas de certa forma gostam desta opressão e não alteram tal panorama simplesmente porque não lhes convêm, “devido a uma espécie de masoquismo constitutivo de sua natureza” (BOURDIEU, 2012 p. 52). Faz-se mister a compreensão de que, a dominação imposta é de tal forma articulada, que cria mecanismos reprodutivos dela própria, das quais os oprimidos, não só não se livram, como muitas vezes sequer

se dão conta de reproduzi-la e assim fortalece-la, recaindo em um ciclo vicioso.

Essa forma de reprodução da dominação masculina, é fruto de outro estudo importantíssimo de Pierre Bourdieu, mais especificamente de poder simbólico. Em sua definição, “o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (1989, p. 8).

Os dominados assim são um ponto importante para a caracterização do poder simbólico, responsáveis também por reproduzi-lo no âmbito social, de maneira “invisível”, assimilando valores sociais e morais e também a visão de mundo da classe dominante. Assim, sem ter a percepção de que são vítimas dessa dominação, acabam por se tornar cúmplices dessa violência.

O poder simbólico se manifesta através dos chamados sistemas simbólicos, tais como a religião e a língua. A cultura também seria um exemplo de produção simbólica, utilizado como um instrumento da dominação, de modo que, a manifestação cultural dominante, contribuiria para a integração dessa classe dominante, e para a distinção entre dominantes e dominados. Assim, a cultura que uniria (os opressores), é a mesma cultura que separa (os oprimidos dos opressores), e que legitimaria a distinção, criando as chamadas subculturas. (BOURDIEU, 1989, p. 10-11).

Para o sociólogo francês, os sistemas simbólicos cumpriam sua função de imposição, reprodução e legitimação da dominação, por serem instrumentos tanto estruturantes quanto estruturados de comunicação. Tais instrumentos garantiriam a dominação de uma classe sobre as demais e a conseqüente violência simbólica oriunda dessa dominação. As classes estariam assim, numa luta simbólica, que visa especificamente a imposição do aspecto social que melhor lhe define, incluindo tomada de posições ideológicas. (1989, p.11).

Diante das considerações aqui tecidas sobre a dominação masculina e o poder simbólico, pode-se destacar alguns pontos fundamentais de análise da violência simbólica. Primeiramente o

fato dessa violência se dar de uma maneira dissimulada, camuflada, sendo em sua maioria das vezes invisíveis aos oprimidos. Outro ponto essencial de ser ressaltado é que, conforme já explicado, a violência simbólica conta, de maneira tácita e imperceptível, com a cumplicidade daqueles que seriam as vítimas da dominação, que acabam se tornando reprodutores desta violência.

Entretanto, necessária se faz a ressalva de que a violência simbólica não se exerce tão somente sobre os dominados. Para uma consolidação e dissimulação do domínio, é fundamental que as identidades de ambos os atores (dominantes e dominados) sejam construções alicerçadas nos modelos de comportamento de dominantes e dominados, não se admitindo nenhuma forma de afastamento ou desvio à essa norma, “cada homem está também sob a pressão constante de afirmar a sua virilidade e a sociedade é implacável para aqueles que são ‘frouxos’”.

A violência simbólica, na conjugação dos aspectos apresentados, poderia ser pautada então como, a tomada de alguns padrões, criados a partir de elementos simbólicos, como normais, naturais, transformando assim tudo o que não se encaixaria nesses padrões em algo estranho ou “não-normal”. Estes elementos simbólicos que se “normalizam”, seriam então reproduzidos e conseqüentemente perpetuados como o tradicional, estando o “diferente”, aquilo que não se encaixaria no padrão tradicional, sujeito às mais diversas formas de violência.

Como denota-se, as teorias do poder simbólico de Bourdieu são de certa forma complexas e de uma difícil verificação na sociedade. Desta forma, achou-se pertinente agregar a pesquisa, alguns casos de certa repercussão que demonstrariam as formas como essa violência simbólica, em especial no que se refere a questão do gênero, se perpetraria na sociedade. Na esfera judiciária, são variados os casos de violência simbólica, como o da atriz Maitê Proença, onde o magistrado entendeu que apenas as mulheres feias deveriam ser indenizadas por ter seu corpo exposto sem

autorização, as bonitas não.⁷ Ou o caso do magistrado que afirmou ser a lei Maria da Penha um “monstrego tihoso”⁸, de acordo com suas concepções religiosas.

Escolheu-se, entretanto, para análise mais aprofundada o caso do jogador de futebol Richarlyson, e mais especificamente a sentença proferida pelo magistrado no processo no qual o atleta figurava como autor. Em breve síntese, o jogador moveu ação penal contra o diretor administrativo de outra equipe de futebol, que insinuou, indiretamente e em rede nacional, que Richarlyson seria homossexual. O juiz do caso (processo 936/07 da Comarca da Capital de São Paulo – SP), decidiu por negar prosseguimento a queixa-crime, fundamentando que o futebol não seria lugar para homossexuais, em suas palavras “Futebol é jogo viril, varonil, não homossexual” e que ídolos do futebol não podem ser homossexuais.⁹

⁷ “Ora, nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconstitucional da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação. Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a que tem direito pelo uso inconstitucional. Só mulher feia pode sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais e em revistas. As bonitas não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado” (BRASIL, TJRJ, 1999).”

⁸ “Esta “Lei Maria da Penha” – como posta ou editada – é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta. Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher – todos nós sabemos – mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem. Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher, disse: “(...) o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará (...)” [...] Por isso – e na esteira destes raciocínios – dou-me o direito de ir mais longe, e em definitivo! O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! [...] A mulher moderna – dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozoides – assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino. [...] É portanto por tudo isso que de nossa parte concluímos que do ponto de vista ético, moral, filosófico, religioso e até histórico a chamada “Lei Maria da Penha” é um monstrego tihoso.” (BRASIL, TJMG, 2007).

⁹ “Se fosse homossexual, poderia admitir-lo, ou até omitir, ou silenciar a respeito. Nesta hipótese, porém, melhor seria que abandonasse os gramados...[...] Já que foi colocado como lastro, este Juízo responde: futebol é jogo viril, varonil, não homossexual. [...]Está situação incomum do mundo

A decisão do magistrado, além de ser absolutamente carente de fundamentação jurídica e carregada de preconceitos, é uma nítida demonstração das formas como a violência simbólica de gênero se demonstra no cenário atual. Ao dizer, por exemplo, que o futebol é um esporte viril, “para macho”, o juiz se encarrega de trazer à tona todo o patriarcalismo e a dominação masculina/heterossexual existente na sociedade.

Ora, parece claro que a decisão referida é preconceituosa, machista, sexista e homofóbica, mas analisando-a dentro de um conceito de violência simbólica, existe muito mais do que o mero preconceito de uma pessoa isolada. O magistrado expressou, pensamentos e ideais que se encontram extremamente incutidos na sociedade. Pensamentos como o da inferioridade do homossexual, da divisão entre “coisas para macho” e “coisas para mulheres ou gays” são muito frequentes e muitas vezes reproduzidos sem que se perceba.

Aprende-se desde cedo, por exemplo, que os meninos devem jogar futebol ou brincar com carrinhos, enquanto as meninas brincam de boneca ou de casinha. Ora, o que o juiz disse então nada mais seria que um retrato da sociedade, o futebol é sim visto como esporte para homens, onde o homossexual ainda é visto com certa desconfiança, assim como em todos os setores da sociedade.

Obviamente, neste caso, o fato de o ofendido (o jogador) ser uma pessoa notória, facilitou muito a divulgação da decisão e trouxe ao debate o preconceito existente no judiciário e na sociedade como

moderno, precisa ser rebatida... [...] Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelear contra si. [...] O que não se pode entender é que a Associação de Gays da Bahia e alguns colonistas (se é que realmente se pronunciaram neste sentido) teimem em projetar para os gramados, atletas homossexuais. Ora, bolas, se a moda pega, logo teremos o “SISTEMA DE COTAS”, forçando o acesso de tantos por agremiação... [...] O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal... [...] Precisa, a propósito, estrofe popular que consagra: “CADA UM NA SUA ÁREA, CADA MACACO EM SEU GALHO, CADA GALO EM SEU TERREIRO, CADA REI EM SEU BARALHO”. É assim que eu penso...e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo!” (BRASIL, TJSP, 2007).

um todo. Entretanto, deve-se ter em mente que o caso acima exposto é uma exceção. A violência simbólica de gênero especialmente, é, na imensa maioria dos casos, praticada de maneira absolutamente dissimulada, no dia-a-dia das pessoas, por vezes não sendo sequer percebida, mas sempre difundida.

5 Conclusão

Levando-se em consideração os aspectos anteriormente trazidos, conclui-se que a violência simbólica é um problema bastante sério na sociedade brasileira contemporânea. Tal problema afeta diversos setores da sociedade, incluindo aqueles que deveriam dar o exemplo de tratamento igualitário e livre de preconceitos, tal como o judiciário.

Um dos principais problemas que acompanham a violência simbólica é o fato de que esta encontra-se extremamente arraigada na sociedade. Conquanto as discussões acerca de tal tema tenham ganhado força nos últimos anos, ainda é difícil notar a criação de medidas efetivas de combate a essa violência.

Uma medida possível para evitar casos de violência simbólica de gênero seria a implementação de políticas públicas que visem tal fim. Tais políticas, contudo, esbarram no conservadorismo ainda latente na sociedade, que não enxerga as problematizações relativas ao gênero como algo realmente preocupante e que mereça atenção dos poderes públicos.

Em relação aos casos verificados de violência simbólica trazidos e relacionados a algumas decisões, ressalta-se que estes são apenas expressões de uma realidade comum na sociedade. Poderia, inclusive, o judiciário em tal ponto, realizar um movimento pioneiro, a fim de que, tais expressões de violência simbólica de gênero sejam cada vez mais combatidas, servindo como um exemplo para o restante da sociedade.

6 Referência

- ALMEIDA, Maria da Graça Blaya (org.) **A violência na sociedade contemporânea** [recurso eletrônico] / organizadora Maria da Graça Blaya Almeida. – Dados eletrônicos. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Formas de violência contra a mulher. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/lei-maria-da-penha/formasdeviolencia>. Acesso em 14/09/2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Sete Lagoas. Processo 222.942-8/06. Magistrado: Edílson Rumbelsperger Rodrigues. 2007.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de São Paulo (Capital). Queixa-crime 936/07. Magistrado: Manoel Maximiliano Junqueira Filho. 2007.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Comarca do Rio de Janeiro (Capital). Processo 960011262017. Des. Relator: Wilson Marques. 1999.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina** / Pierre Bourdieu; tradução Maria Helena Kuhner. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- _____. **O poder simbólico** / Pierre Bourdieu; tradução. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- GERVASONI, Tamiris Alessandra. **Gênero Na Corte Interamericana De Direito Humanos: uma perspectiva decolonial e crítica para a (re)articulação das políticas públicas de gênero no Brasil**. 2016.
- SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado e violência** / Heleieth Iara Bongiovani Saffioti – São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004. – (Coleção Brasil Urgente)
- SANTOS, André Leonardo Copetti. **A (in)diferença no direito**. André Leonardo Copetti, Douglas Cesar Lucas. – Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2015.

A representatividade do papel da mulher no cinema face ao domínio masculino

Caroline Bresolin Maia Cadore¹

Kimberly Farias Monteiro²

1 Introdução

Em toda a sociedade, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, as mulheres são vistas como o sexo frágil, vulnerável e sensível que sempre necessitam da presença de alguém do sexo masculino para prestar-lhes ajuda seja pai, irmão ou marido. Esse pensamento é marcado por uma cultura machista, advinda de um sistema patriarcal, o qual coloca a mulher sempre em posição de submissão e inferioridade em relação ao homem e à atribui sempre os papéis de mãe e responsável pelo lar.

Por esses papéis atribuídos às mulheres, que as excluíam de ter direitos tais como, direito ao voto, direito ao estudo, direito à

¹ Pesquisadora da Faculdade Meridional. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: ética, experimentação animal, moral e direitos humanos. Mestrado em andamento pela IMED, vinculada à LINHA DE PESQUISA 01 - FUNDAMENTOS DO DIREITO E DA DEMOCRACIA. Integrante do Grupo de Pesquisa e Extensão Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o empoderamento (IMED/CNPq/YFHRB/IIDH). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0344538887027519>. E-mail: carolbresolinm@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Mestrado em andamento pela Faculdade Meridional – IMED, Linha de Pesquisa 1 - FUNDAMENTOS DO DIREITO E DA DEMOCRACIA. Integrante do Grupo de Pesquisa e Extensão Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o empoderamento (IMED/CNPq/YFHRB/IIDH). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3578739551422548>. Endereço eletrônico: kimberlyfmonteiro@hotmail.com

liberdade de opinião, dentre outros, que se fez necessária a luta por igualdade.

Contudo, essa luta por igualdade e, principalmente, igualdade de gênero, visto que os homens são enaltecidos perante as mulheres e possuem, desde sempre, todos os direitos, não foi e ainda não é considerada como uma luta fácil. Até os dias atuais as mulheres brigam por mais espaços na sociedade e isso diz envolve também o meio cinematográfico.

A representatividade feminina no cinema, tanto por trás das câmeras, quanto atuando, não evoluiu de modo significativo e impactante e, por esse motivo, até os dias atuais as mulheres continuam buscando igualdades entre funções, entre salários e entre posições de destaque dentro das telas.

Essa inferiorização feminina deixou de ser apenas em relação a ausência de mulheres nos papéis de protagonistas, mas também, como roteiristas, diretoras, produtoras, produtoras executivas, cineastas e escritoras de filmes. Ao partir desse pressuposto a hipótese que se apresenta é que a baixa representatividade feminina por trás das câmeras, de certa forma, se reflete na Síndrome da Coadjuvante Hiper-Competente, o que reforça os estereótipos atribuídos às mulheres na sociedade.

Assim, esse artigo busca tratar da representatividade e do papel da mulher dentro das telas de cinema e atrás das câmeras, demonstrando, principalmente, como essa posição na indústria cinematográfica influencia na sociedade e na discriminação de gênero, e para isso, utilizou-se o método hipotético-dedutivo.

Desse modo, em um primeiro momento será tratada a representatividade feminina por trás das câmeras, demonstrando as proporções das funções exercidas por mulheres como, roteiristas, diretoras, produtoras, produtoras executivas, cineastas e escritoras de filmes. Em um segundo momento, será analisado o papel da mulher frente às câmeras, diante do domínio masculino, visto que os homens, até os dias atuais, ocupam lugares de maior destaque nas produções cinematográficas. Por fim, na terceira seção será

analisada através de filmes específicos, a Síndrome da Coadjuvante Hiper-Competente a qual parte da premissa que, não importa o quão incrivelmente competente uma mulher seja em um filme, ela sempre receberá o papel de coadjuvante pois, em algum momento o homem terá lugar para salvar o dia e ser o herói da trama.

Assim, o tema mostra-se relevante por demonstrar como a posição da mulher no cinema pode influenciar uma sociedade e passar a noção de que as mulheres representam personagens vulneráveis e sensíveis, sempre com um papel masculino à sua volta, excluindo as reais qualidades e atributos, bem como a importância que as mulheres possuem dentro e fora das telas.

2 A representatividade feminina por trás das câmeras

O baixo índice de representatividade feminina no cinema não esta somente em frente às câmeras. Muito se vê a discriminação de gênero³ no cinema também nos bastidores. Nesse sentido, além das diferenças salariais entre as atrizes e os atores do cinema Hollywoodiano, as repercussões sobre casos de assédios sexuais sofridos por mulheres, outro problema que merece destaque é a dominação dos homens na direção de filmes.

A presença feminina no cinema é inferior à participação masculina e essa inferiorização deixou de ser apenas em relação a ausência de mulheres nos papéis de protagonistas, mas também, como roteiristas, diretoras, produtoras, produtoras executivas, cineastas e escritoras de filmes. Assim, a representatividade masculina está indiscutivelmente mais assídua do que a representatividade feminina.

Um estudo acerca da percentagem de mulheres empregadas nos bastidores dos 250 maiores filmes por função, entre os anos de

³ Gênero, de acordo com Praun (2011) designa, “segundo o senso comum, qualquer categoria, classe, grupo ou família que apresente determinadas características comuns”. Segundo a autora, esse termo passou a ser utilizado com o intuito de se compreender as formas de distinções que as diferenças sexuais induzem em uma sociedade.

1998 e 2012, demonstraram que, o percentual de cineastas do sexo feminino em 1998 era de 4%, 2% em 2006, 4% em 2011 e 2% em 2012. O percentual de editores do sexo feminino era de 20% em 1998, 21% em 2006, baixando novamente para 20% nos anos de 2011 e 2012. O percentual de produtores do sexo feminino era de 24% em 1998, 20% em 2006, aumentando para 25% nos anos de 2011 e 2012. O percentual de produtores executivos do sexo feminino era de 18% em 1998, 16% em 2006, 18% em 2011 e 17% em 2012. O percentual de roteiristas do sexo feminino era de 13% em 1998, 10% em 2006, 14% em 2011 e aumentando para 15% em 2012. Por fim, o percentual de diretores do sexo feminino era de 9% em 1998, 7% em 2006, 5% em 2011 e 7% em 2012 (VASCOUTO, 2016).

Assim, pode-se ver que o número de mulheres empregadas nas funções de diretores e editores continuou o mesmo. Já nas funções de responsáveis por cinematógrafos e produtores executivos, o número de mulheres empregadas diminuiu. Em contrapartida, nas funções de produtores e roteiristas esse número aumentou, mesmo que de forma pouco significativa.

Também foi realizado um estudo com as mesmas funções, no ano de 2012, comparando o percentual de empregados entre homens e mulheres, nos 250 maiores filmes do ano. Assim, o percentual de cineastas do sexo feminino era de 2%, enquanto o sexo masculino ocupava 98% da função. Em relação aos editores, o percentual do sexo feminino era de 20%, sendo o sexo masculino o responsável por 80% dos cargos. O percentual de produtores do sexo feminino era de 25%, enquanto o sexo masculino chegou a 75%. O percentual de produtores executivos empregados era de 17% em relação ao sexo feminino e 83% do sexo masculino. O número de roteiristas e diretores também foi dominado pelo sexo masculino, 85% e 91%, respectivamente, enquanto o sexo feminino ficou com apenas 15% e 9%, respectivamente, da ocupação dos cargos (VASCOUTO, 2016).

No mesmo sentido, um estudo realizado pelo Center for the Study of Women in Television and Film⁴, da Universidade do Estado de San Diego, mostrou que em 2016, as mulheres constituíam 17% de todos diretores, escritores, produtores, executivos produtores, editores e cinematógrafos trabalhando nos 250 principais filmes americanos. Isso representa um declínio de 2 pontos percentuais em relação ao ano passado e é mesmo com o percentual alcançado em 1998. As mulheres representaram 7% dos diretores, 2 pontos percentuais a menos que em 2015 e 1998. No ano passado, 92% dos filmes não tinham diretoras mulheres. Em 2016, pouco mais de um terço ou 35% dos filmes empregaram nenhuma ou apenas 1 mulher nos postos considerados pela pesquisa. 52% dos filmes empregavam 2 a 5 mulheres, 11% empregavam de 6 a 9 mulheres e 2% empregaram 10 ou mais mulheres. Em contraste, 2% dos filmes empregou 1 ou nenhum homem, 3% empregaram 2 a 5 homens, 19% empregaram de 6 a 9 homens e maioria restante (76%) empregou 10 ou mais homens (LAUZEN, 2017)

Ainda, outro estudo realizado pelo Centro, que analisou os 250 melhores filmes de todos os tempos e as 700 produções de maior bilheteria, descobriu que haviam mais mulheres empregadas nas produções menores e de menos lucratividade orçamentaria. (LANG, 2015)

As mulheres representavam 13% dos diretores dos 700 filmes com maior bilheteria, mas apenas 7% nos 250 melhores filmes. Ademais, representavam 13% dos escritores dos 700 filmes e 11% dos 250 melhores filmes. Em relação ao percentual de produtores do sexo feminino, 27% representavam os 700 filmes com maior bilheteria e 23% os 250 melhores filmes. O número de cineastas do sexo feminino era de 9% no estudo dos 700 filmes e 5% nos 250

⁴ O Centro para Estudos de Mulher em Televisão e Filmes é o local em que acontecem os mais longos e abrangentes estudos sobre mulheres no cinema e na televisão. O Centro é dedicado à produção de pesquisas extensas e oportunas que fornecem a base para uma discussão realista e significativa acerca da representação feminina.

melhores filmes. Por fim, o número de mulheres no papel de editores permaneceu em 18% em ambos os estudos. (LANG, 2015)

Como pode ser analisado, as mulheres não estão sendo contratadas como diretoras de filmes de grande destaque e repercussão, visto que, o número de mulheres na função descrita é menor quando da análise dos 250 melhores filmes dos últimos tempos.

Ademais, a Agência Nacional do Cinema (ANCINE) reconheceu a baixa participação de mulheres no audiovisual. Segundo a agência, das 2.583 obras audiovisuais registradas no ano de 2016, apenas 17% foram dirigidas e 21% roteirizadas por mulheres, número contraditório quando se leva em questão que metade da população brasileira é constituída por mulheres. A agência também demonstrou que, quanto mais cara a produção menor a presença de mulheres. (VIEIRA, 2017).

Nesse sentido, de acordo com as pesquisas realizadas pela agência, demonstrou-se a queda ocorrida na representatividade da mulher por trás das câmeras. Em 2015, mulheres dirigiram e roteirizaram 19 e 23% das obras, sendo que esses números diminuíram para 17% e 21% em 2016.

Assim, a agência aponta que, conforme os índices, desde 2009 os números flutuaram. Assim, as mulheres dirigiram 10% dos filmes em 2014 sem nunca ultrapassar o percentual de 24% de todas as produções. (VIEIRA, 2017).

Ainda, mostra-se que mulheres quando empregadas tem maior probabilidade de empregar outras mulheres. Em estudos realizados com filmes do ano de 2014, mostrou-se que, em filmes com diretores do sexo feminino, as mulheres representavam 52% dos escritores, 35% dos editores e 26% dos cineastas. No mesmo sentido, o estudo realizado enquanto os homens ocupavam o papel de diretores, o número de escritores do sexo feminino baixou para 8%, 15% de editores e 5% de cineastas. (LANG, 2015)

Desse modo, pode-se ver que o número de mulheres nos cargos de cineastas e editores continuou o mesmo de 1998 a 2012,

enquanto o percentual de produtores executivos e diretores do sexo feminino diminuiu 1% e 2%, entre 1998 e 2012. Apenas o número de produtores do sexo femininos demonstrou aumento em 1%, entre 1998 e 2012, número insignificante se comparado com o intervalo de tempo em que as pesquisas foram realizadas.

No Brasil, pode-se constatar que o número de mulheres nos papéis de diretores e roteiristas também baixou entre os anos de 2015 e 2016, sendo que, no ano de 2015 esse número era de 19 e 23%, enquanto em 2016 passou para 17% e 21%.

Desse modo, pode-se perceber que o percentual de mulheres ocupando posições por trás das câmeras, continua sem mudanças significativas e os papéis de diretores, produtores, produtores executivos, roteiristas, editores, escritores e cineastas continuam sendo dominados pelo sexo masculino.

Contudo, como será visto no próximo capítulo não é apenas atrás das câmeras que o sexo feminino está com baixa representatividade, essa desigualdade acontece também quando as mulheres estão em frente às câmeras atuando, mesmo quando seus papéis são mais impactantes e relevantes do que os papéis masculinos.

3 A análise do papel da mulher frente às câmeras diante do protagonismo masculino

Nos dias atuais, pode-se ver a participação das mulheres em poderes políticos, como na Presidência da República entre os anos de 2011 a 2016, bem como ganhando o Prêmio Nobel da Paz em 2014. Contudo, em relação ao cinema as mulheres não possuem essa representação de destaque.

O papel da mulher em frente às câmeras, se comparado com o domínio exercido pelos homens, é ínfimo, sendo que, a participação feminina apresenta números desastrosos. Ao pensarmos em personagens femininas no cinema, pode-se ver que, se não todas, a grande maioria é estereotipada como vulnerável e,

mesmo quando a mulher é heroína sempre há uma figura masculina com a qual se relaciona.

Ademais, de acordo com o primeiro estudo global sobre personagens femininos em filmes populares, lançado em meados de setembro de 2014, durante a Sessão Especial da Assembleia das Nações Unidas sobre o estado da implementação do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), há uma imensa discriminação social entre mulheres e meninas na indústria cinematográfica internacional. (ONU, 2014).

O documento resultante desse estudo foi intitulado *“Preconceito de gênero sem fronteiras: Uma pesquisa sobre personagens femininos em filmes populares em 11 países⁵”*. Esse documento revelou que menos de um terço de todos os personagens cinematográficos pertencem ao sexo feminino, uma contradição quando se observa que as mulheres perfazem mais da metade da população. (ONU, 2014)

O Brasil, embora não possua o percentual de representatividade feminina desejado, encontra-se bem quando analisado em relação ao percentual mundial de 30,9%, perfazendo o índice de 37,1%. Contudo, essa representatividade feminina encontra-se estereotipada, visto que o país está acima da média global de 38,5% em relação a mulheres exibidas em trajes sensuais e nudez, e em caracterizar as mulheres magras, perfazendo o elevado índice de 42%. (ONU, 2014)

Embora países como o Brasil estejam acima da média mundial, relacionada com o número de personagens do sexo feminino que ocupam as telas de cinema, muito ainda há que se fazer, inclusive, com relação aos estereótipos atribuídos as mulheres. Enquanto os homens estereotipados como magros

⁵ O estudo foi realizado pelo Instituto Geena Davis de Gênero na Mídia, com o apoio da ONU Mulheres e da Fundação Rockefeller. A pesquisa analisa filmes populares em alguns países e territórios, incluindo Austrália, Brasil, China, França, Alemanha, Índia, Japão, Rússia, Coreia do Sul, Estados Unidos e Reino Unido.

ocupam 15,7% do total de produções analisadas, a participação das mulheres magras chega a 38,5%.

Conforme a diretora executiva da ONU Mulheres, Phumzile Mlambo-Ngcuka (2014):

Vinte anos atrás, 189 governos adotaram a Plataforma de Ação de Pequim (CIPD), o roteiro internacional para a igualdade de gênero, que pediu aos meios de comunicação para evitar representações estereotipadas e degradantes das mulheres. Duas décadas depois, este estudo é uma chamada que mostra que a indústria cinematográfica mundial ainda tem um longo caminho a percorrer.

No mesmo sentido, conforme o referido estudo global sobre personagens femininas nos filmes populares, observou-se que a sexualização é o padrão para personagens do sexo feminino, em todo o mundo. Isso se dá devido ao fato de que, as meninas e mulheres são duas vezes mais propensas de que os homens e meninos de serem mostradas com roupas sensuais ou nuas e magras, e cinco vezes mais chances de serem vistas como atraentes. (ONU, 2014)

Assim, as principais conclusões do estudo que ensejou o documento “Preconceito de gênero sem fronteiras: Uma pesquisa sobre personagens femininos em filmes populares em 11 países”, demonstraram que: a) os personagens do sexo feminino perfazem apenas 30,9%; b) Reino Unido, Brasil e Coreia do Sul apresentam resultados maiores do que a média mundial com, respetivamente, 37,9%, 37,1% e 35,9%; c) As mulheres aparecem em proporções indiscutivelmente menores nos filmes de ação e aventura, sendo que, apenas 23% dos personagens com falas são do sexo feminino; d) De um total de 1.452 realizadores, 20,5% eram do sexo feminino e 79,5% eram do sexo masculino e e) Personagens femininas representam apenas 22,5% da força de trabalho global do cinema, enquanto personagens masculinos formam 77,5%. (ONU, 2014).

Nessa mesma linha, uma pesquisa realizada através da análise dos 500 melhores filmes, dos anos antecedentes ao estudo global sobre personagens femininas nos filmes populares, de 2007 a 2012, demonstrou como as mulheres são retratadas pelas câmeras, sendo concluído que: a) 30,8% dos personagens com falas são mulheres; b) 28,8% das mulheres usaram roupas provocativas, em contrapartida apenas 7% dos homens; c) 26,2% das mulheres ficaram parcialmente nuas, contra 9,4% dos homens; d) 10,7% dos filmes tiveram um elenco equilibrado; e) a proporção de atores para cada atriz é de 2,25 para 1; f) a % de meninas adolescentes mostrando nudez aumentou 32,5% entre 2007 e 2012 e g) aproximadamente 1/3 das personagens femininas com falas são retratadas de maneira sexualmente provocativas ou parcialmente nua. (VASCOUTO, 2016)

Assim, de acordo com o estudo global sobre personagens femininas nos filmes populares e da pesquisa que demonstrou como as mulheres são retratadas nos 500 melhores filmes, entre os anos de 2007 e 2012, as mulheres sofrem com discriminações ao longo dos anos, problema que se agrava constantemente e não tem, até então, nenhum avanço positivo.

Ademais, o Relatório 2017 sobre a Diversidade em Hollywood, em sua quarta edição, demonstrou que as mulheres tiveram crescimento na representação em Hollywood, embora continuem sub-representadas na indústria americana de entretenimento como um todo, (FNQ, 2017).

Além da diferença pré-estabelecida entre gênero, outra diferença que merece destaque é que as mulheres nas funções de atrizes ganham salários menores do que os homens. Dos 16 maiores salários em filmes nos últimos tempos, nenhum foi recebido por mulheres. Enquanto o maior salário do sexo feminino chega a 33 milhões de dólares anual, o maior salário do sexo masculino chega a 75 milhões de dólares, mais do dobro em relação as mulheres. (VASCOUTO, 2016)

Pode-se observar que a representatividade feminina na atuação frente as câmeras continua sem progressos significativos e esperançosos, visto que, a cada dia, novos estereótipos são atribuídos as mulheres, incitando ainda mais a discriminação de gênero, a qual reflete tanto na representatividade, quanto na questão salarial.

Assim, o que se pode analisar é que, não importa o quão competentes, estudadas e estruturadas profissionalmente as mulheres se encontrem, o domínio do sexo masculino continua enraizado na sociedade, na cultura e, principalmente, na vida profissional da mulher, fazendo com que a mesma esteja sempre na posição de “Coadjuvante Hiper-Competente”, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

4 A síndrome da coadjuvante hiper-competente e seus fenômenos

As mulheres são vistas como sujeitos vulneráveis, que sempre estão envolvidas em questões emocionais e que, em função disso, sempre haverá o papel de um homem que é o protagonista. Nesse sentido, mesmo que a mulher seja incrivelmente mais competente do que o homem, ela sempre irá receber o papel de coadjuvante e ele de protagonista e a isso atribui-se a “Síndrome da Coadjuvante Hiper-Competente”. (VASCOUTO, 2016)

Frases populares como “por trás de um grande homem, existe uma grande mulher” demonstram o quão enraizada está a cultura patriarcal na sociedade e enaltecem o papel de inferiorização da mulher em relação ao homem, aonde a mesma encontra-se sempre na posição de coadjuvante.

Isso pode-se dar pelo fato de que, durante longos anos, as personagens femininas receberam papéis que sempre as colocavam como frágeis, vulneráveis, sensíveis que necessitavam sempre do amparo e da intervenção por parte do herói e protagonista masculino.

Segundo um estudo realizado pela Vox (2017), em alguns filmes específicos esse fenômeno que sempre remete a mulher com inferiorização em relação ao homem, pode ser visto de forma nítida. O filme *Star Wars: Episódio 4, Uma Nova Esperança*, lançado em 1977, mostra a história da princesa Leia, a qual é mantida refém por forças imperiais e precisa ser salva, o que acontece devido a ação de Luke Skywalker. Segundo o referido estudo, demonstra-se que a princesa Leia é quem detém o papel mais competente no filme. Porém é ela quem é capturada ou derrotada pelo vilão e, quem a salva e ganha os créditos é Luke, o protagonista masculino.

Outro filme que remete a esse fenômeno é *Inspetor Bugiganga*, desenho animado que foi lançado em 1983, e conta a história de Bugiganga, um detetive trapalhão que comete erros em todos os casos que lhe são atribuídos. Ele é responsável por cuidar de Penny, sua sobrinha que na maioria das vezes acaba sendo sua guardiã. Apesarem de muitos atribuírem ao seu tio o papel de heroína ela é a responsável por fracassar planos malignos do Dr. Garra.

Nesse sentido, Penny é a mais competente da história, porém é ela quem é capturada ou derrotada pelo vilão, enquanto que ao seu tio Bugiganga é atribuído o papel de herói salvador da história.

No filme *Matrix*, lançado em 1999, também pode ser visto esse fenômeno. O filme narra a história de Neo e Trinity, sendo que ele é programador de sistemas para uma empresa durante o dia e de noite é um hacker que invade computadores e rouba informações e ela é hacker famosa que o contata para procurar a verdade sobre *Matrix*. Trinity é a personagem mais competente da história. Contudo é ela quem é capturada pelo vilão Cypher e salva por Neo, ficando a ele atribuído o papel de herói e assim, protagonista da história.

Harry Potter e a Câmara Secreta, filme lançado em 2002, também demonstra evidências da Síndrome da Coadjuvante Hiper-Competente. Harry Potter é um bruxo que estuda na escola de bruxaria Hogwarts e tem como melhor amiga Hermione,

considerada a melhor aluna de sua turma. Desse modo, conforme o estudo referido, Hermione é a personagem mais competente mas que, em algum momento da trama é capturada pelo vilão e acaba sendo salva por Harry, o qual ganha o papel de herói protagonista.

Por fim, no filme *Guardiões da Galáxia*, lançado em 2014, a história gira em torno dos personagens principais Peter Quill e Gamora. Quill é um mercenário autointitulado Senhor das Estrelas e Gamora é assassina enviada para mata-lo que mais adiante resolve ficar do lado de Quill. Gamora é a personagem mais competente do filme mas, quando sua nave é atacada e destruída no espaço é Quill quem a salva, entregando-lhe o seu capacete para que Gamora volte a respirar, fazendo com que ele tenha se tornado o herói da história.

Assim, pode-se ver a partir dessa frequência com que a mulher aparece como coadjuvante que, não importa o quanto ela seja competente e lute para salvar as pessoas ao seu redor, em alguma altura da história a mulher sempre será salva por alguém do sexo masculino, fazendo com que o mesmo seja considerado o grande herói e, conseqüentemente, o real protagonista.

Três fenômenos são atrelados à Síndrome da Coadjuvante Hiper-Competente, sendo eles: a) Síndrome Trinity; b) Princípio Smurfette e c) influência do androcentrismo na cultura pop.

A Síndrome Trinity, refere-se aquelas personagens femininas hiper competentes que são apenas apresentadas dessa forme e não fazem mais nada ao longo da história com real importância (ROBINSON, 2014).

O segundo fenômeno é o Princípio Smurfette no qual apresenta-se apenas uma única personagem feminina, diante de um grupo variado de homens. Assim, conforme esse princípio, uma mulher como representante máxima do gênero feminino é considerada suficiente para uma produção. Essa atribuição também se dá devido a uma crença - enraizada mais uma vez pelo machismo - que permeia as produções cinematográficas de que duas mulheres não conseguem trabalhar juntas então, ou elas ajudam um homem ou são ajudadas por um (POLLITT, 1991).

O terceiro fenômeno diz respeito à influência do androcentrismo na cultura pop. O androcentrismo é uma prática, na qual se considera o homem, seus pontos de vista e experiências como um padrão que deve excluir todo o resto que nele não se enquadrar. Assim, a coadjuvante hiper competente será sempre a coadjuvante pelo fato de ela não ser homem, havendo uma ideia de que as mulheres só podem representar elas próprias, enquanto os homens podem representar à toda sociedade (VASCOUTO, 2016).

Esses papéis de gênero, que remetem a mulher à coadjuvante que sempre apoia o homem herói protagonista, influencia o olhar da sociedade em como homens e mulheres são representados, como se essa posição devesse ser adotada de forma unânime em quaisquer esferas da vida. Ademais, criam-se estereótipos que tornam-se padrões, responsáveis por excluir aqueles que não se encaixem.

Desse modo, pode-se ver como a representação feminina é tratada dentro do cinema, passando sempre a ideia de que a mulher, por mais forte e competente que seja, ela não irá conseguir salvar o dia e se tornar a heroína protagonista da trama. Essa inferiorização do sexo feminino no cinema reflete para a sociedade, fazendo com que a cultura machista advinda do sistema patriarcal, continue por destruir a real imagem e importância que a mulher tem, não apenas no cinema, mas em toda a sociedade de modo geral.

5 Considerações finais

O presente trabalho foi dedicado à análise da representação feminina dentro do cinema, bem como por trás das câmeras, dedicando-se a demonstrar a inferiorização das mulheres ao exercerem as funções vinculadas as profissões de atrizes, roteiristas, diretoras, produtoras, produtoras executivas, cineastas e escritoras de filmes.

O artigo desenvolveu-se de modo a demonstrar a realidade da posição da mulher na indústria cinematográfica e como esse elemento influencia na sociedade e na discriminação de gênero,

fazendo com que a cultura machista continue enraizada até os dias atuais.

Desse modo, no primeiro capítulo buscou-se analisar a representatividade feminina por trás das câmeras, demonstrando que o papel exercido pelas mulheres nas funções de roteiristas, diretoras, produtoras, produtoras executivas, cineastas e escritoras de filmes possui percentual inferior em comparação com os homens, sendo que as funções de produtores e roteiristas foram as únicas que tiveram o aumento da participação feminina, embora de forma pouco significativa.

No segundo capítulo, buscou-se analisar o papel da mulher frente às câmeras diante do protagonismo masculino, demonstrando que os homens ocupam um espaço superior em relação as mulheres, visto que, de acordo com o documento 'Preconceito de gênero sem fronteiras: Uma pesquisa sobre personagens femininos em filmes populares em 11 países', os personagens femininos perfazem apenas 30,9%.

No terceiro capítulo, abordou-se a Síndrome da Coadjuvante Hiper-Competente, a qual parte da premissa que, mesmo que a mulher seja incrivelmente forte e competente, sempre haverá o papel do herói e protagonista masculino disposta a salva-la, fazendo com que à mulher seja apenas atribuído o papel de coadjuvante. Ainda, nesse capítulo foram analisados os três fenômenos atrelados à essa Síndrome, a) Síndrome Trinity; b) Princípio Smurfette e c) influência do androcentrismo na cultura pop.

Para finalizar pode-se afirmar que a hipótese apresentada inicialmente, de que a baixa representatividade feminina por trás das câmeras se reflete na Síndrome da Coadjuvante Hiper-Competente - o que reforçaria os estereótipos atribuídos às mulheres na sociedade - foi confirmada, uma vez que através dos dados empíricos analisados foi possível averiguar a baixíssima participação feminina na área de produção cinematográfica, o que nada mais é do que uma analogia à Síndrome aqui tratada. Visto que o que está em questionamento não é a capacidade da mulher em exercer papéis e posições de destaque,

mas sim o motivo pelo qual, mesmo sendo extremamente competentes elas são relegadas ao segundo plano.

Referências

FUNDAÇÃO NACIONAL DE QUALIDADE. **A atuação feminina aumenta a cada dia no mundo do trabalho e até mesmo no cinema. No entanto, ainda são visíveis as desigualdades entre os gêneros.** Msrço, 2017. Disponível em: <http://www.fnq.org.br/informe-se/noticias/mulheres-em-cena-no-trabalho-e-no-cinema>. Acesso em 15 de setembro, 2017.

HARRIS, Marquita. **The Same Number Of Women Have Worked Behind The Camera In Hollywood Since 1998.** In: Refinery29. Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.refinery29.com/2017/01/136033/women-film-industry-hollywood-same-two-decades>. Acesso em 15 de setembro, 2017.

LANG, Brent. **Women Comprise 7% of Directors on Top 250 Films (Study).** In: Variety. Outubro, 2015. Disponível em: <http://variety.com/2015/film/news/women-hollywood-inequality-directors-behind-the-camera-1201626691/>. Acesso em 15 de setembro, 2017.

LAUZEN, Martha M. **The Celluloid Ceiling: Behind-the-Scenes Employment of Women on the Top 100, 250, and 500 Films of 2016.** Center for the study of women in television & film. San Diego: 2017.

NAÇÕES UNIDAS. **Indústria cinematográfica global perpetua a discriminação contra a mulher, diz ONU.** Setembro, 2014. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/industria-cinematografica-global-perpetua-a-discriminacao-contr-a-mulher-diz-novo-relatorio-da-onu/>. Acesso em 15 de setembro, 2017.

POLLITT, Katha. Hers; **The Smurfette Principle.** Disponível em: <http://www.nytimes.com/1991/04/07/magazine/hers-the-smurfette-principle.html>. Acesso em 15 de setembro de 2017.

PRAUN, Andrea Gonçalves. **Sexualidade, gênero e suas relações de poder.** Revista Húmus. 1. ed. Abril, 2011. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1641>. Acesso em 15 de setembro de 2017.

ROBINSON, Tasha. We're losing all our Strong Female Characters to Trinity Syndrome. Disponível em <http://thedissolve.com/features/exposition/618-were-losing-all-our-strong-female-characters-to-tr/>. Acesso em 16 de outubro de 2017.

VASCOUTO, Lara. **Como a Falta de Mulheres em Hollywood Contribui para a Desigualdade de Gênero na Vida Real.** In: Nó de Oito. Fevereiro, 2015. Disponível em: <http://nodeoito.com/mulheres-em-hollywood/>. Acesso em 16 de setembro de 2017.

_____. **Personagens Femininas Incríveis - A Síndrome da Coadjuvante Hiper-Competente.** In: Nó de Oito. Agosto, 2017. Disponível em: <http://nodeoito.com/coadjuvante-hiper-competente/>. Acesso em 16 de setembro de 2017.

VIEIRA, Isabela. **Pesquisa da Ancine confirma pequena presença feminina no audiovisual.** In: Agência Brasil. Abril, 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/cultura/noticia/2017-04/pesquisa-da-ancine-confirma-pequena-presenca-feminina-na-producao>. Acesso em 17 de setembro de 2017.

VOX. **Every semi-competent male hero has a more talented female sidekick. Why isn't she the hero instead?** Março, 2017. Disponível em: <https://www.vox.com/2016/4/18/11433378/heroes-female-sidekicks>. Acesso em 15 de setembro de 2017.

Judicialização da saúde e reserva do possível: o entendimento jurisprudencial acerca do fornecimento de medicamentos aos pacientes portadores de doenças raras

*Carina Lopes de Souza*¹

*Wagner dos Santos*²

*Tássia A. Gervasoni*³

1 Introdução

A partir da previsão constitucional de um direito fundamental à saúde vislumbrou-se a massificação de demandas judiciais requerendo do Estado prestações materiais diversas, ligadas, especialmente, ao fornecimento de medicamentos, tratamentos médico-hospitalares e ambulatoriais. Diante deste contexto, o presente trabalho se dedica à construção de uma análise crítica acerca do processo de judicialização da saúde, com ênfase à responsabilidade estatal para com a disponibilização de medicações

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Meridional IMED.

² Graduando em Direito pela Faculdade Meridional IMED.

³ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de Direito Constitucional e Teoria do Estado na Faculdade Meridional - IMED. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: tassia.gervasoni@gmail.com

e assistência médico-hospitalar aos pacientes portadores de doenças raras, que pleiteiam judicialmente a efetivação de um direito à saúde.

Para tanto, dividiu-se o texto em três segmentos. Inicialmente, aborda-se os contornos legais de um direito fundamental à saúde, tendo por marco introdutório a Constituição Federal de 1988. O amparo constitucional conferido à saúde assegura-lhe características particulares, especialmente no que diz com sua fundamentalidade formal e material. Nesse sentido, cuida-se de esclarecer a relevância do bem jurídico tutelado pela Carta Magna, referindo inclusive que a saúde, na condição de direito fundamental social, goza da chamada aplicabilidade imediata.

No que se refere ao núcleo conteudístico deste direito fundamental, busca-se delinear o seu caráter prestacional, que por sua vez, exige do Estado um comportamento ativo no que diz com a sua promoção. Nesse sentido, a efetivação deste direito fundamental demanda dos entes estatais a alocação de recursos. A temática dos custos dos direitos é abordada a partir da análise da teoria da reserva do possível, buscando-se conciliar o dever estatal de proteção com a disponibilidade orçamentária limitada.

Por derradeiro, direciona-se o estudo à análise jurisprudencial, com destaque para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Suspensão de Liminar nº 558 e da Suspensão de Tutela Antecipada nº 761. Ambos os julgados versam sobre um dever precípua do ente estatal no que diz com a salvaguarda de um direito fundamental a saúde dos portadores de doenças raras. Desse modo, o fornecimento de medicações de alto custo a pacientes diagnosticados com doenças raras figura como dever legal para o qual não se admite omissão por parte do Poder Público.

Para conduzir a presente pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma análise geral dos contornos de um direito fundamental à saúde para, posteriormente, realizar-se o exame jurisprudencial. Empregou-se ainda, os métodos de procedimento monográfico, com vistas a compreensão do processo

de constitucionalização do direito à saúde, bem como seus contornos normativos na ordem jurídica brasileira. Por fim, utilizou-se como técnica de pesquisa a documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, artigos e estudo jurisprudencial.

2 Os contornos legais do direito à saúde e a responsabilidade do estatal quanto a sua efetivação

A Constituição Federal de 1988, de forma pioneira na história constitucional brasileira, consagrou os chamados direitos sociais como direitos fundamentais, ao inseri-los, expressamente, no catálogo de direitos e garantias fundamentais (KELBERT, 2011). O caráter fundamental atribuído aos direitos sociais denota a preocupação do poder constituinte em efetivar condições de igualdade, sobretudo, no que diz respeito à igualdade material. Nesse sentido, os direitos sociais estruturam um conjunto de liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, assegurando-lhes condições de pleno desenvolvimento (BULOS, 2010), a exemplo disso destaca-se o direito à saúde, objeto de análise do presente estudo.

Tratando-se em específico do direito à saúde, o texto constitucional vigente, consoante à evolução constitucional contemporânea e às elaborações normativas internacionais, conferiu-lhe tutela jurídica (SARLET, 2007), consagrando-o assim como um direito fundamental social. Dentre os direitos elencados no *caput* do artigo 6º da CF, verifica-se a previsão expressa de um direito à saúde, muito embora trate-se de uma previsão dotada de certo grau de generalidade. Para além desta menção genérica à saúde, os artigos 196 a 200 da CF buscaram instrumentalizar uma série de normativas que visam definir os contornos legais deste direito fundamental.

A partir do reconhecimento e positivação da saúde na ordem jurídica brasileira, mostra-se necessário explorar a dupla fundamentalidade, formal e material, conferida a esse direito social. Nessa perspectiva, a fundamentalidade formal corresponde justamente à posição hierárquica superior assegurada aos direitos

fundamentais, importante destacar que os direitos sociais, inclusive a saúde, somente foram reconhecidos como direitos fundamentais e alcançam força normativa com advento da Constituição de 1988. No sistema vigente, essa proteção formal se dá, em especial, por meio da limitação do poder de reforma, sobretudo a partir das cláusulas pétreas instituídas no artigo 60 da CF (FIGUEIREDO, 2007), bem como, pela previsão constitucional de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

A fundamentalidade em sentido material, por sua vez, está ligada intimamente à relevância do bem jurídico protegido, importante referir que a saúde é dotada de suficiente relevância e essencialidade jurídica, portanto, goza de normatividade reforçada, especialmente no que diz com sua exclusão do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos. (SARLET; TIMM, 2013). A tutela constitucional conferida ao direito à saúde justifica-se ainda em decorrência da sua relação intrínseca com os direitos à vida e à integridade física e corporal, cujo amparo constitucional mostra-se indiscutível. Diante disso, a ordem jurídica brasileira reconhece, expressamente, o caráter fundamental deste direito social, seja em sentido formal como material.

Desvelados os elementos estruturantes da chamada fundamentalidade dos direitos sociais, em particular da saúde, cabe aqui explorar algumas questões pontuais no que se refere à aplicabilidade deste direito. Verifica-se que por força do artigo 5º, §1º da Constituição Federal as normas definidoras de direitos fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata. A despeito de uma pequena parcela da doutrina que entende ser possível uma interpretação restritiva da referida norma, limitando a aplicabilidade imediata aos direitos individuais e coletivos previsto no artigo 5º da Carta Magna, prepondera uma interpretação sistemática do texto constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Sendo assim, a aplicabilidade imediata alcança todas as normas definidoras de direitos fundamentais, abrangendo o direito fundamental social à saúde positivado no artigo 6º da CF.

A previsão legal contida no artigo 5º, §1º da CF assegura aos direitos fundamentais a chamada força normativa autônoma, desse modo, a carência de uma elaboração normativa concretizadora por parte do legislador não obsta a produção de efeitos e fruição destes direitos. (FIGUEIREDO, 2007). No entanto, verificam-se ainda divergências doutrinárias quanto ao reconhecimento da aplicabilidade direta aos direitos sociais. Muito embora prevaleça o entendimento que as normas definidoras de direitos fundamentais gozem de aplicabilidade imediata, os direitos sociais ainda são concebidos como normas de caráter programático. Importante esclarecer que a norma programática é dotada de aplicabilidade mediata, vinculando a produção de efeitos jurídicos à elaboração normativa posterior (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Nesse sentido, os direitos sociais, em especial a saúde, são direitos fundamentais, o que importa dizer que estão sujeitos ao regime jurídico previsto no artigo 5º §1º da CF, dessa forma, não se mostra possível classificá-los como normas meramente programáticas.

Compreendidas as linhas gerais da aplicabilidade do direito à saúde, cabe aqui registrar que o artigo 196 da CF prevê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas [...]” (BRASIL, 1988). Verifica-se, portanto, que o texto constitucional cuidou de conferir à saúde a condição de direito fundamental de ampla fruição, assim como, atribuiu ao poder público um dever de proteção e efetivação deste direito. Nesta dicotomia direito-dever, observa-se que não só o Estado assume o compromisso de salvaguardar o direito à saúde, como também o particular em geral se vê obrigado a tanto, na condição de destinatário das normas de direitos fundamentais (SARLET, 2007). Logo, entende-se que sem o reconhecimento deste dever jurídico por parte das entidades estatais e do particular, o direito à saúde acabaria fragilizado, especialmente no que diz com sua efetivação.

Nesta seara, cumpre tecer algumas considerações acerca da natureza defensiva e prestacional do direito à saúde. Historicamente adotou-se um sistema classificatório que subdivide os direitos

fundamentais em dimensões⁴, a saúde, por sua vez, integra a chamada segunda dimensão de direitos, marcada essencialmente pela presença ativa do Estado, como garantidor (SILVA; VITA, 2014). Partindo desta análise, necessário esclarecer que este direito fundamental social abrange um complexo de posições jurídicas, exercendo, simultaneamente, a função de direito de defesa e de direito prestacional (SARLET, 2007). Nessa dupla dimensão cuida-se primeiramente, enquanto direito de defesa, de garantir a não interferência estatal e privada no exercício de um direito fundamental à saúde, em segundo momento, na condição de direito prestacional, busca-se assegurar que as prestações materiais indispensáveis à consecução deste mesmo direito sejam oferecidas pelo Estado.

A natureza prestacional do direito à saúde será objeto de uma análise criteriosa, tendo em vista que no próximo segmento tratar-se-á especificamente da responsabilidade estatal no tocante ao fornecimento de prestações médico-hospitalares aos portadores de doenças raras. Nesse sentido, oportuno rememorar que os direitos prestacionais demandam do Estado um papel ímpar no que diz com a articulação de mecanismos capazes de garantir prestações de natureza jurídica e material ao indivíduo. Canotilho (2003) revela que os direitos a prestações sociais, em sentido estrito, instrumentalizam uma prerrogativa do particular a obter algo através do Estado. Nessa perspectiva, o direito à saúde confere ao indivíduo o condão de exigir do poder público prestações materiais na esfera da assistência médica e hospitalar. Dessa forma, constata-se que o exercício deste direito fundamental depende intimamente da manutenção de uma estrutura material mínima por parte dos órgãos estatais.

A questão latente no que diz respeito à natureza prestacional do direito à saúde corresponde justamente à limitação da prestação reclamada pelo particular perante o Estado, cuida-se de saber se os

⁴ Neste ponto, adotou-se a nomenclatura “dimensões de direitos”, justamente porque o termo “gerações de direitos” conduz a uma compreensão equivocada no sentido que os direitos fundamentais encontram-se subdivididos em categorias específicas. Diferente disso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos sistematicamente a partir de dimensões integradas (SARLET, 2007).

poderes públicos são efetivamente devedores de toda e qualquer prestação jurídica ou material atrelada à saúde (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Muito embora o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Antecipação de Tutela nº 175, no sentido de que a saúde assume um caráter de direito subjetivo, inclusive a prestações (GERVASONI; LEAL, 2012), a discussão em torno do reconhecimento de um dever precípua do Estado no que diz com a efetivação deste direito fundamental social ainda permeia o judiciário brasileiro.

O poder público a despeito de um dever legal de proteção e promoção dos direitos fundamentais, invoca a ausência de recursos e a incompetência dos órgãos judiciários para deliberarem acerca da organização orçamentária como argumentos “legitimadores” de uma prestação assistencial insuficiente (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Tratando-se da efetivação do direito à saúde e, tendo em vista sua essencialidade no que diz com a preservação da vida, não se mostra legítimo o argumento limitador fundado meramente na lógica orçamentária. Inequívoco que este direito fundamental demanda investimentos por parte do poder público, sobretudo no que se refere a sua natureza prestacional, no entanto a escassez de recursos não pode inviabilizar por completo a sua fruição. Notório que os aspectos ventilados guardam estreita relação com a teoria da reserva do possível, na medida em que os custos dos direitos podem figurar como uma limitação à realização de um direito fundamental à saúde (KELBERT, 2011).

Nesse sentido, necessário esclarecer que a reserva do possível originariamente remonta ao Tribunal Constitucional da Alemanha; a teoria foi desenvolvida com a finalidade de solucionar a problemática da restrição do número de vagas nas universidades de Hamburgo e Bavária. Ao declarar constitucional a restrição do acesso ao ensino superior, o Tribunal entendeu existir uma limitação fática quanto às prestações exigidas do Estado, fundada justamente, naquilo que se entende por reserva do possível (SCAFF, 2007).

Partindo desta compreensão inicial, cabe destacar que as objeções dogmáticas à plena fruição dos direitos sociais decorrem de uma estrutura característica destes direitos, notadamente os direitos de cunho social são efetivos sob a égide do financeiramente possível (NOVAIS, 2010). Considerando o aporte legal conferido a essa temática pelos juristas brasileiros, observa-se que a teoria da reserva do possível encontra-se atrelada à dimensão econômica dos direitos sociais. Nessa perspectiva, consubstancia-se na alocação de recursos disponíveis para satisfação dos direitos fundamentais do indivíduo, sem que haja para tanto, risco orçamentário ao poder público (SILVA; VITA, 2014). Torna-se evidente a existência de uma limitação material à consecução dos direitos positivados na Carta Magna - e não só estes - contudo, cabe aqui destacar que essa teoria não preconiza uma omissão estatal no que diz respeito à efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados, diferente disso a reserva do possível instrumentaliza uma prerrogativa do Estado de alocar os recursos em conformidade com a disponibilidade fática.

Muito embora os argumentos apontados, Canotilho (2003) adverte que um direito social sujeito a “reserva dos cofres cheios”, caracteriza a destituição da vinculatividade normativo-constitucional conferida a esses direitos. As normas garantidoras de direitos sociais constituem verdadeiros parâmetros de controle judicial, especialmente no que diz respeito a medidas restritivas destes direitos.

Tendo em vista esta abordagem, coloca-se em análise a questão da judicialização da saúde, em especial, verifica-se a responsabilidade estatal no que diz com a prestação de tratamentos medicamentosos aos pacientes diagnosticados com doenças raras. Deste modo, examinar-se-á no próximo segmento as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Suspensão de Liminar nº 558 e da Suspensão de Tutela Antecipada nº 761, tendo como preconcepção a máxima de que ao Estado cumpre o dever constitucional de articular mecanismos capazes de viabilizar a efetiva fruição de um direito à saúde a todo e qualquer indivíduo.

3 O entendimento jurisprudencial acerca do fornecimento de medicamentos aos pacientes portadores de doenças raras

Antes de abordar entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade estatal para com o fornecimento de medicamentos aos pacientes portadores de doenças raras, mostra-se necessário traçar um panorama geral do direito à saúde no judiciário brasileiro. Observou-se desde a promulgação da Constituição de 1988 uma crescente busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais por meio da via judicial, tendo em vista que o constituinte inaugurou um amplo rol de direitos e garantias do indivíduo exigíveis frente ao Estado. A saúde, em especial, por se tratar de um direito de caráter prestacional, requer um comportamento ativo do Poder Público, para com o fornecimento de medicamentos, tratamentos ambulatoriais e hospitalares. Nesse sentido, cumpre ao Estado o dever de articular políticas públicas capazes de materializar o direito à saúde.

No tocante às políticas públicas, o Sistema Único de Saúde (será tratado a partir de agora como SUS) caracteriza-se um mecanismo essencial à efetivação do direito à saúde. Originariamente previsto no texto constitucional, conforme artigo 198 da Constituição Federal, o SUS conta com a coparticipação de todos os entes federados, responsáveis por assegurar a manutenção financeira e organizacional deste sistema. Para tanto, atua não só com o fornecimento de medicamentos e tratamentos, mas também como fiscal de políticas sanitárias e no controle e fiscalização de hospitais, na participação da elaboração de políticas e na execução de ações de saneamento básico, entre outras atribuições previstas no artigo 200 da Constituição Federal.

Dentre as atividades desenvolvidas pelo SUS, o fornecimento de medicamentos⁵ notadamente se revela como o aspecto mais

⁵ Nesse sentido cabe registrar que o fornecimento de medicamentos está devidamente regulamentado pela Lei 8080/90. A referida legislação prevê em seu artigo 6º o compromisso do SUS para com a gestão e dispensação de medicações ao cidadão que os pleiteia administrativamente e judicialmente.

questionado e judicializado no âmbito dos Tribunais, justamente porque a disponibilização de medicamentos, sobretudo no que diz respeito ao tratamento de doenças raras, não ocorre em conformidade com a demanda fática. Para evidenciar esta demanda, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou uma pesquisa nos Tribunais de São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte e Acre, onde o número de processos de medicamentos em 2011 dos seis tribunais

[...] juntos julgaram impressionantes 45% do total nacional, cujo percentual corresponde a 7.469.242 processos. No que tange aos processos novos, os números também são altos. Os seis tribunais movimentaram 47% dos novos processos de 2011, representando 8.768.738 processos. O Tribunal de São Paulo, por exemplo, agregou 833.394 processos em 2011 e representou 40% do total de processos em estoque no país (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 35).

O alto custo financeiro destes medicamentos ao Estado e a sua consequente indisponibilidade origina um déficit no que diz respeito à efetivação de um direito à saúde dos portadores de doenças raras. Desse modo, recorre-se ao Poder Judiciário para suprir uma omissão estatal no que concerne à proteção e efetivação da saúde enquanto direito fundamental. A exemplo dessa realidade, nos últimos sete anos o Ministério da Saúde teve gastos com medicamentos e outros tratamentos que totalizam o montante de R\$ 4,5 bilhões de reais, em 2016 chegou a R\$ 1,6 bilhão de reais⁶.

A massificação de demandas judiciais requerendo a efetivação de um direito a saúde exige dos magistrados posições concisas, que reflitam a aplicação coerente das normas constitucionais. Nesse aspecto, a omissão estatal para com a disponibilização de medicamentos, cria um cenário de Judicialização no sistema normativo brasileiro, sendo de grande valia esclarecer esse conceito.

⁶ Nos últimos cinco anos, a quantidade de processos movidos por pacientes para obrigar o Estado a fornecer fármacos e tratamentos que ainda não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou ainda não foram registrados no país aumentou 92%." (PIERRO, 2017.)

Devido ao fato de o constituinte inserir na Constituição Federal de 1988 diversas regras e princípios responsáveis pela administração e controle da máquina estatal, e também inserir direitos e deveres de todo o cidadão, “para o sistema jurídico a Constituição é a lei suprema, ao passo que para o sistema político a Constituição constitui um instrumento político” (GERVASONI; LEAL; 2013, p. 74), possibilitando, assim, a discussão de matérias políticas⁷ e administrativas do Estado no âmbito judicial. Sendo assim, ao momento em que a Constituição garantiu diversos direitos ao cidadão e criou maneiras de reivindicar estes direitos, abriu brechas para quando o Estado deixar de aplicar ou efetivar estes direitos, ou até mesmo, quando a própria norma for omissa ou obscura em seu texto e aplicabilidade, cabendo ao judiciário interpretar a norma conforme o ordenamento e princípios jurídicos para a sua melhor aplicabilidade. Com isso, algumas discussões de grande repercussão social e políticas-administrativas acabam por serem debatidas fora do seu âmbito político tradicional, buscando respaldo no Poder Judiciário.

Ademais, outra grande problemática de quando tratado do contexto da Judicialização é referente à limitação da abrangência das normas constitucionais. Quer se dizer aqui, que a margem para interpretação e aplicação das normas nas matérias judicializadas é muito ampla, tendo em vista a impossibilidade de a Constituição abarcar e delimitar todos os casos e discussões possíveis e existentes na sociedade. Portanto, só seria possível reverter esse cenário de judicialização ou desentranhá-lo do sistema jurídico brasileiro

se a legislação deliberada pelo legislador pudesse determinar, por completo a decisão de todos os fatos isolado, isso é, se todos os casos possíveis de ocorrer estivessem previamente regulamentados em lei. Uma ordem jurídica, nesses termos, deveria ser livre de lacunas e contradições, além de ser inequívoca

⁷ Importante ressaltar que quando utilizado o termo “político” não é referido apenas a “política partidária”, mas sim a todo o âmbito executivo e legislativo do Estado, denotando mais a ideia de políticas administrativas do Executivo e Legislativo para com a sociedade ou a falta destas.

na linguagem e independentemente de mudança social, o que evidentemente, não é possível. (GERVASONI; LEAL; 2013, p. 76).

Diante da impossibilidade do sistema jurídico, em especial a Constituição Federal, prever todos os casos e litígios, o contexto da Judicialização ganha força, principalmente quando tratado no fornecimento de medicamentos, em especial, no tratamento de doenças raras.

Conforme previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, o Judiciário não pode deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito. Oportuno destacar que pela própria complexidade e amplitude do âmbito de proteção do direito à saúde e pela onerosidade elevada das prestações materiais envolvidas, o SUS, mormente premido por restrições orçamentárias, vem-se mostrando incapaz de dar vazão satisfatória à excessiva demanda social nesse tocante (FERRAZ; ARAUJO; MARQUES JÚNIOR, 2017).

Nesta perspectiva de restrições orçamentárias, analisa-se o entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade estatal para com o fornecimento de medicamentos de custo elevado aos portadores de doenças raras. Referente a esta temática destaca-se aqui o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 761 e da Suspensão de Liminar 558. Ambas as decisões assumem extrema relevância no que diz com a proteção da saúde enquanto direito fundamental, uma vez que reafirmam o compromisso precípua do Estado em promover, formal e materialmente condições à sua satisfação. Neste sentido, mostra-se oportuno examinar os fundamentos jurídicos invocados pela Suprema Corte.

No que se refere à Suspensão de Tutela Antecipada 761, verifica-se que a demanda judicial originária pleiteava o fornecimento do medicamento Soliris empregado no tratamento da doença denominada Hemoglobínúria Paroxística Noturna (HPN). Trata-se de medicamento importado, não registrado junto a ANVISA, com custo elevado, cerca de U\$ 409.500,00 anuais.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski destaca que a matéria suscitada na STA 761 já fora objeto de análise no Supremo Tribunal Federal por ocasião da Suspensão Liminar 633/BA, prevalecendo o entendimento de que deveria ser mantido o fornecimento do fármaco Soliris aos portadores da Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), possibilitando assim, uma vida digna a esses pacientes (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

A jurisprudência editada pelo STF veda o fornecimento de medicação não registrada junto a ANVISA, tendo em vista que a habilitação técnica do fármaco é aspecto indispensável à garantia de segurança e eficácia. Muito embora este entendimento consolidado pela Corte, o Relator sustenta que no caso em tela a permanência da doença sem o devido tratamento medicamentoso pode desencadear outras enfermidades. Oportuno registrar ainda a inexistência de meios alternativos para tratamento da doença, de modo que o aludido remédio é imprescindível para manutenção da integridade física e da vida dos pacientes acometidos pela HPN.

Para além disso, o Ministro Lewandowski destaca a “inexistência nos autos de comprovação da alegada lesão e indisponibilidade financeira do Estado, que o impediria de importar e fornecer o medicamento” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 5). Em que pese a rede pública de saúde apresentar técnicas terapêuticas paliativas, mostra-se inequívoca a indispensabilidade da medicação para que os portadores desta doença rara possam desfrutar de uma existência minimamente digna. Ainda, quanto ao risco de grave lesão à economia pública, não há que se invocar a teoria da reserva do possível, uma vez que a proteção da vida e da saúde do indivíduo não deve estar sujeita à disponibilidade orçamentária do Estado. Trata-se, pois, de bens jurídicos essenciais amparados pelo texto constitucional.

A indisponibilidade financeira também é alegada como aspecto limitador da responsabilidade estatal na Suspensão de Liminar 558:

[...] o fornecimento deste medicamento, pela via judicial, coloca em sério risco a saúde pública. No entanto, as decisões objeto deste pedido de suspensão lesionam, não apenas a saúde pública, mas também a economia pública. O fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA pode causar desequilíbrio na economia, porquanto a esta agência compete realizar análise prévia acerca do preço do produto, conforme previsto no art. 7º, inciso XXV, da Lei n. 9.782/1999 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p.5).

Nessa perspectiva, entende-se que o não fornecimento da medicação, tendo por fundamento o déficit econômico que esta prestação ocasionará aos cofres públicos fere o princípio da proporcionalidade. O Estado restringiria o gozo de um direito fundamental, descumprindo, além do artigo 6º da Constituição Federal, também o artigo 5º, caput da Constituição Federal, o qual garante a inviolabilidade do direito à vida. Ademais este dispositivo legal, prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo assim, no momento em que o Estado nega o fornecimento de um medicamento em decorrência do custo elevado, estaria impedindo a garantia deste dispositivo, fazendo uma distinção entre os cidadãos.

Conforme fundamenta a Ministra Cármen Lúcia no voto proferido na Suspensão de Liminar 558, não é suficiente alegar impossibilidade econômica para a não prestação do medicamento tendo em vista que trata-se de “responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 17). Além disso, “a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 13) afastando assim, possíveis distinções para com os cidadãos necessitados de tal medicamento.

A Ministra Cármen Lúcia refere ainda que “a suspensão dos efeitos da decisão impugnada causaria uma situação mais gravosa do que aquela que se pretende combater com o presente pedido de

contracautela” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 13). Evidente, portanto, a presença do denominado risco de ‘dano inverso’⁸.

Portanto, ao analisar as referidas decisões, torna-se evidente o dever do Estado quanto à efetivação do direito à saúde, mesmo diante do elevado valor econômico empregado na compra de tratamentos medicamentosos para doenças raras. Esse dever se dá, principalmente, pela previsão constitucional deste direito, sendo previsto em diversos dispositivos por todo o documento. Todavia, o cenário de atuação do Poder Judiciário se dá de maneira exponencial neste debate, no intuito de reivindicar a aplicabilidade do texto constitucional e de suas normas, fazendo valer assim o dever prestacional do Estado ao cidadão e a proteção e respeito a vida digna de todos.

4 Considerações finais

Compreendidos os contornos legais do direito à saúde na ordem constitucional brasileira, sobretudo no que se refere à relevância deste bem jurídico, cabe aqui tecer algumas considerações acerca do presente estudo.

Procurou-se inicialmente explorar a dupla fundamentalidade, formal e material, conferida a esse direito social. Nesse sentido, verificou-se que a saúde encontra-se devidamente resguardada pelo texto constitucional, uma vez que se trata de um bem jurídico de extrema relevância. Para além disso, integra o chamado rol de cláusulas pétreas instituído pela Carta Magna, protegida contra o poder de reforma do constituinte. Não se pode deixar de referir ainda que o direito a saúde é um direito fundamental, portanto goza da aplicabilidade conferida às normas definidoras de direito e garantias fundamentais. Constatou-se no âmbito material que a

⁸ Na mesma decisão fundamenta que “a suspensão dos efeitos das decisões impugnadas pode ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde e à vida dos pacientes, parecendo indubitável, na espécie, o chamado perigo de dano inverso” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 6).

saúde apresenta-se como um direito essencial, especialmente em razão da sua ligação íntima e indissociável ao direito à vida.

No que diz respeito a sua natureza prestacional, averiguou-se que a proteção e promoção de um direito à saúde está diretamente relacionada a iniciativa estatal. Incumbe ao Poder Público a manutenção de uma estrutura que viabilize a plena fruição deste direito fundamental. Sendo assim, mostra-se necessário a alocação de recursos, justamente neste ponto alude-se a temática dos custos dos direitos, sobretudo no que se refere a reserva do possível. Verificou-se que a teoria da reserva do possível vigora como elemento limitador ao pleno gozo de um direito fundamental a saúde, invocada pelo Estado a fim de legitimar uma assistência insuficiente ou omissa. Desse modo, fica caracterizada o dever precípua dos entes estatais no que diz respeito à efetivação de um direito fundamental à saúde, especialmente aos pacientes diagnosticados com doenças raras.

Nessa perspectiva, analisa-se o fenômeno da judicialização da saúde, mais presente do que o imaginado em todo o sistema jurídico brasileiro, sendo fruto da omissão Estatal na prestação de serviços e na garantia de direitos fundamentais sociais. Examinando-se em específico o fornecimento de medicamentos de alto custo financeiro para o tratamento de doenças raras, percebe-se dificuldades e empecilhos do Estado frente a garantia e prestatividade para com o cidadão. Tendo em vista o amplo rol de direitos, frente a previsão do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, o Poder Judiciário não pode deixar de analisar lesão ou ameaça a direito, abrindo assim, possibilidades de discutir toda e qualquer matéria em âmbito judicial

Nas decisões referidas, embora o Estado alegue a inviabilidade ou impossibilidade do fornecimento deste medicamento devido ao alto custo, além do dano causado a econômica pública e a falta de regulamentação do medicamento por parte da ANVISA, não se afasta o dever estatal de fornecer a medicação. Como fator principal, os Ministros destacam, em ambos os votos, que este é um dever solidário do Estado e de seus entes federados, portanto, o argumento

econômico não afasta esta prestação de medicamentos aos cidadãos. Ainda é de valor ressaltar que, conforme demonstrado nas decisões, a falta de medicamentos, poderá acarretar séria lesão ao indivíduo, ocasionando assim, uma afronta a dignidade do cidadão, e está não podendo ficar a cargo de questões econômicas e políticas, muito menos, pela falta de investimentos e fiscalização por parte do SUS.

Referências

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Coord: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRASIL. **Constituição da República de Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30/08/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 558, Relator Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 08/08/2017 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13440677> Acesso em: 13 set 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 761, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 07/05/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590045> Acesso em: 13 set 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAZ, Fernando Basto; ARAUJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de; MARQUES JÚNIOR; William Paiva. **Breves Considerações sobre o Fenômeno da 'Judicialização do Direito Fundamental à Saúde' no Brasil**. p. 161-174. Disponível em: <http://vlex.com/vid/breves-es-direito-fundamental-brasil-537411990> Acesso em: 14 set 2017.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GERVASONI, Tássia Aparecida. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Multideia, 2013.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Monica Clarissa Hennig. Imposição judicial de serviços público de saúde x Teoria da separação dos poderes: uma análise da legitimidade da jurisdição constitucional no estado democrático de direito. **Revista da AJURIS.** v.39. n.126. junho, 2012.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** ed.8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.** Salvador, Bahia. n.11. set/out/nov, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. **Revista da procuradoria-geral do Estado do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, v.25. n.55. p.29-74, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva possível. **Revista dialética de direito processual.** n. 51, p. 79-99, jun., 2007. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2007;1000787660>>. Acesso em: 07/09/2017.

SILVA, Karina Zanin; VITA, Jonathan Barros. O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde. **Revista Jurídica Cesumar,** v.14, n.1, 2014.

A colisão entre direitos fundamentais à saúde e à liberdade religiosa e os papéis do estado: da recusa estatal ao provimento de tratamento médico alternativo à transfusão de sangue à (in)suficiência de fundamentação das decisões judiciais

Ceci Pedrotti Coppini¹

Tássia A. Gervasoni²

1 Introdução

A colisão entre direitos fundamentais à saúde e à liberdade religiosa diante das situações de recusa estatal e provimento de tratamento médico alternativo à transfusão de sangue para paciente Testemunha de Jeová é um tema bastante abrangente, sem haver ainda um padrão de posicionamento nos tribunais brasileiros.

Pretende-se enfrentar a problemática sobre a questão: O princípio da proporcionalidade é analisado sob suas três submáximas quando trata-se de colisão de direitos fundamentais?

¹ Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas. Advogada. E-mail: ceci_p_c@hotmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de Direito Constitucional e Teoria do Estado na Faculdade Meridional - IMED. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: tassia.gervasoni@gmail.com

Qual o embasamento utilizado tanto para o fornecimento quanto para a recusa estatal (sob os argumentos de escassez de recursos, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade) na prestação de tratamento médico alternativo à paciente Testemunha de Jeová que invoca crenças religiosas para rejeitar tratamento convencional? As decisões proferidas são coerentes, trazendo segurança jurídica para o sistema?

Tem-se como objetivo geral verificar se as decisões sobre colisão entre direitos fundamentais - em especial na questão de recusa estatal na prestação de tratamento médico alternativo à paciente Testemunha de Jeová que invoca crenças religiosas para rejeitar tratamento convencional, sob o argumento da escassez de recursos, ou de fornecimento do tratamento pleiteado - têm sido realizadas de modo coerente.

O método de abordagem eleito para o trabalho é hipotético-dedutivo, testando-se por observação e experimentação o problema e conjectura. Por meio dessa metodologia visa-se reunir fatos, observações e conjecturas a fim de solucionar o problema exposto.

2 Direito fundamental à saúde e à liberdade de crença: aspectos históricos e contornos constitucionais

Neste capítulo inicial objetiva-se apresentar alguns aspectos históricos relacionados aos direitos fundamentais à liberdade de crença e à saúde, como foram ganhando relevância com as mudanças na sociedade a ponto de serem inseridos em legislações a fim de aumentar seu âmbito de proteção e sua efetivação.

2.1 Aspectos históricos e delimitações conceituais acerca dos direitos fundamentais

No intuito de obter, de fato, uma compreensão acerca do que são direitos fundamentais, qual o seu alcance na sociedade, como se aplicam e quem são seus titulares seria preciso entender como eles

surgiram no cenário da humanidade, já que estes fazem parte de uma construção histórica, sendo sedimentados aos poucos e de forma diversa, amoldando-se em consonância com o tempo e o lugar. Contudo, a pretensão da pesquisa não é reunir e demonstrar todos os acontecimentos que contribuíram de alguma forma para o conceito de direitos fundamentais existentes, e sim, realizar alguns apontamentos relevantes associados à temática.

De acordo com Sarlet (2012, p. 38), muito antes do aparecimento do movimento constitucional, encontram-se vestígios, tanto na religião como na filosofia, de ideias relevantes que exerceram influência direta no jusnaturalismo, pensamento este, que atribuía ao homem direitos naturais que não podiam ser alienados, simplesmente pelo fato de o ser humano existir.

Os direitos fundamentais estão associados a três elementos: o Estado, a ideia de indivíduo e a necessidade de um texto escrito.

Nesse sentido, Tavares disserta que

sem o Estado (i), a proclamação de direitos não seria exigível na prática. Sem a (ii) noção de indivíduo, mantendo-se as concepções coletivas (como, p. ex., do leste asiático), nas quais a pessoa é apenas um elemento do grupo, impediriam o desenvolvimento dos direitos fundamentais no sentido em que ele se deu. Por fim, (iii) a exigência de um texto escrito com vigência em todo o território e certa superioridade em relação aos demais atos normativos é igualmente essencial. Ocorre que essas condições reúnem-se, integralmente, apenas no final do século XVIII. (2012, p. 486).

Apesar das várias correntes existentes que fazem alusão a quais seriam as primeiras manifestações históricas que continham a ideia de direitos fundamentais, há uma concordância em relação à *Magna Charta Libertatum*, datada do ano 1215, que refere-se a “um ‘pacto’ concessivo de privilégios,” cuja “amplitude das expressões nela forjadas serviu-lhe para consagrar-se, posteriormente, como verdadeira carta de direitos”. (SARLET, 2012, p. 38).

O movimento revolucionário que ocorreu na França em 1789 modificou não apenas o sistema até então existente como ainda

reformulou a própria semântica da palavra revolução, que a partir de então passou a referenciar o novo modelo de estruturas sociopolíticas, um novo governo com um inédito regime atrelado a relações de poder onde os revolucionários são os que atuam em prol de uma nova sociedade. (COMPARATO, 2008, p. 129).

Os princípios jurídicos elementares que embasam o surgimento dos direitos fundamentais estão alicerçados na ideia de dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito – que ocorreram com a Revolução Francesa. Aquele trata-se de um princípio considerado aberto que reconhece a todo o ser humano, pelo mero fato da condição de existência, alguns direitos básicos. (CAVALCANTE FILHO, 2016, p. 4).

Kant sustenta que [...] quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade”.(SARLET, 2007, p. 33-34).

Tamanha é a sua importância, que a dignidade da pessoa humana é o princípio que legitima todos os outros direitos fundamentais. Na Constituição brasileira, este princípio está previsto, inclusive, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III). É “um direito do homem que surge em função da necessidade do reconhecimento de outros direitos da pessoa, que se situem para além dos direitos individuais”. (BARRETO, 2010, p.70-71).

Considerando o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, percebe-se que sua construção ocorreu de modo gradativo e dinâmico, atendendo às necessidades dos seres humanos de acordo com o período em que se encontravam. Através

deste entendimento é que se consagram as dimensões de direitos fundamentais.

A primeira dimensão insurge-se embasada no individualismo do pensamento liberal-burguês do século XVIII, colocando os direitos do indivíduo frente ao Estado, como uma forma de proteção ao poder e intervenção estatal. (SARLET, 2012, p. 46).

É nesse cenário que a Revolução burguesa, fulcrada no ideal de um Estado Liberal, ganha extrema relevância com o domínio do direito sobre a política e a delegação ao Estado do papel de garantidor da liberdade individual. (GERVASONI; BOLESINA, 2015, p. 130).

No que concerne aos direitos fundamentais de segunda dimensão, estes estão relacionados aos movimentos reivindicatórios ocorridos devido às constantes mutações sociais, considerando os problemas complexos envolvendo a sociedade e a economia resultantes da industrialização, o movimento socialista e a carência de intervenção estatal que culminou na dificuldade de efetivação formal de liberdade e igualdade exigindo-se, assim, do Estado um papel mais atuante. (SARLET, 2012, p. 47).

Os autores já referidos apontam para a terceira dimensão, que tratam de direitos relativos à fraternidade e solidariedade, onde a titularidade de tais direitos encontra-se indefinida e indeterminável eis que transcendem o indivíduo específico e alcançam uma coletividade de indivíduos não especificados, servindo como exemplo, o direito ao meio ambiente e qualidade de vida.

Em que pese a existência de outras dimensões de direitos, estas não serão matéria de análise, tendo em vista que a pesquisa em tela abordará os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, a saber, liberdade de crença e saúde.

A Constituição brasileira de 1988 surge, após um período de restrição ditatorial, com notória ênfase aos direitos fundamentais. Em relação à titularidade dos direitos, a Constituição Federal de 1988 atribui a brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 5.º, *caput*) abrangendo o princípio da universalidade, que atribui

direitos a todos os indivíduos, por serem titulares de direitos e deveres fundamentais, com respeito ao núcleo essencial destes e com a possibilidade de diferenças na sua aplicação devido ao princípio da igualdade, que pode ser formal ou materialmente aplicado. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO (2014, p. 317-318)

Em meio aos direitos compreendidos como de segunda dimensão, denominados direitos sociais, encontra-se o direito à saúde.

2.2 O direito fundamental social à saúde e as complexidades para a sua efetivação

Assim como o conceito de direitos fundamentais é fruto de uma construção no decorrer do tempo, o direito à saúde, como um direito social, também surge a partir de uma evolução histórica.

Sendo insuficiente uma liberdade autônoma em relação ao Estado (primeira dimensão de direitos), mostrou-se necessária – somar-se - uma liberdade que se efetivasse através do Estado (segunda dimensão de direitos) onde este deveria agir para que disponibilizasse prestações aos indivíduos de “natureza jurídica e material”. (MENDES, BRANCO, 2012, p. 685).

Previsto no artigo 6º, *caput*, bem como nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal da República de 1988, o direito à saúde está consagrado como direito fundamental material e formalmente. Mas, além de ser um direito fundamental, o direito à saúde é tido como um dever fundamental, conforme expressamente apontado pelo artigo 196 da Constituição de 1988. (FIGUEIREDO, 2007, p. 85, 86).

Sobre o artigo 196 e ss. da Constituição brasileira de 1988 Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 592) afirmam que em relação à forma de positivação, o direito à saúde é norma definidora de direito bem como norma impositiva de obrigações e deveres, como por exemplo, a promoção de políticas públicas e econômicas visando à redução de riscos à saúde e disponibilizando o acesso de todos de

forma igualitária às medidas que lhes garantam a satisfação do direito.

Entretanto, em que pese o dever prestacional do Estado relativo aos direitos sociais, percebe-se sua resistência na efetivação de tais direitos. Isso porque,

todos os direitos têm custos, diante da limitação de recursos para efetivá-los, surge a necessidade inafastável de se fazerem escolhas em relação à interpretação constitucional relativa aos direitos em questão e seus respectivos custos, de onde surge a problemática da legitimidade para efetuar essas escolhas, gerando mais uma avalanche de insurgências com relação à efetivação desses direitos via judicial, por exemplo. (GERVASONI; BOLESINA, 2015, p. 135).

Atrelada à questão do custo dos direitos, está a alegação estatal de negativa do caráter individual dos direitos de segunda dimensão, dependentes da chamada reserva do possível.

A expressão “reserva do possível”, pelo que se sabe foi cunhada na Alemanha, no limiar dos anos 1970, compreendida nela a ideia de que a efetividade dos direitos sociais como prestações materiais estaria condicionada com a capacidade financeira do Estado, pois seriam financiadas pelos cofres públicos. E, assim, a disponibilidade à prestação de tais direitos dependeria da discricionariedade das decisões do governo e parlamento atreladas ao orçamento público. (SARLET, 2008, p. 23).

A efetivação dos direitos sociais é uma “obrigação constitucional” e se não for cumprida, os poderes políticos possuem a responsabilidade de embasar tal negativa prestacional. Mas “a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas não o único”. (WANG, 2008, p. 541).

A questão da escassez de recursos está atrelada ao conceito de finitude de tais recursos, ou seja, é preciso ponderar sobre quais são os gastos mais relevantes que justifiquem a utilização do dinheiro

público. Então se os direitos fundamentais sociais devem valer a todos e considerando que as necessidades do ser humano são infinitas e os recursos estatais finitos, Figueiredo menciona que o direito à saúde não deve ser visto como absoluto quando colidir com normas constitucionais, como por exemplo, “a isonomia, a impessoalidade e a motivação”. (2007. p. 134).

Além disso, é cediço que existe um “padrão mínimo de prestações materiais na área da saúde, decorrentes diretamente da consagração constitucional do direito fundamental à saúde e, nessa condição, passíveis de exigibilidade judicial como pretensão subjetiva originária”. (FIGUEIREDO, 2007, p. 204).

Nesta senda, afirmam Sarlet e Figueiredo, mencionando a fundamentação alemã acerca do tema, que o direito à vida digna não engloba apenas o conceito de existência, se exaurindo em prestações garantidoras de um mínimo à sobrevivência do ser humano, mas abarca o tema de qualidade de vida e independe de possuir expressa disposição na Constituição de um país, eis que já decorrente do princípio de dignidade da pessoa humana. No Brasil, tal conceito é depreendido dos próprios princípios e objetivos da ordem constitucional-econômica constantes do art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988. (2013, p. 22-25).

Para Barroso, no “mínimo existencial” está imbuída a ideia de condições básicas de educação, saúde e renda, de modo que a sociedade possua acesso a valores civilizatórios e possa participar de forma esclarecida na atividade política e debate público. “os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos”. (BARROSO, 2007, p.10).

Do exposto, percebe-se a grande complexidade - relacionada a temáticas como reserva do possível, mínimo existencial (com limites impostos por condições de tempo e espaço), direito à prestação estatal, consequências econômicas, escassez de recursos - que envolve a questão do direito fundamental à saúde. Porém, não

menos abrangente é o direito à liberdade de crença, conforme se verificará.

2.3 O direito fundamental à liberdade de crença e o seu âmbito de proteção pela legislação brasileira

Antes da era cristã, a religião e o poder político eram interdependentes, no fenômeno denominado monismo. Após a superação deste modelo, já com a inserção das ideias cristãs, o dualismo ganhou força, embasado nas famosas palavras atribuídas a Jesus Cristo: “dar a deus o que é deus e a César o que é de César”, surgindo assim uma separação entre as decisões políticas (agora com limitações) e a religião. Contudo, já nos moldes teocêntricos da Idade Média, tal divisão torna-se um pouco obscura, com a difusão das ideias de Santo Agostinho e Tomás de Aquino, defendendo que é ilegítimo um Estado que se opõe à Igreja já que Deus possui um representante terrestre, a saber, o Papa. (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 27-29).

A positivação jurídica do direito à liberdade de crença advém da tentativa e dever do Estado Constitucional de organizar e zelar pelo desenvolvimento da diversidade de crenças impedindo a violência contra a demonstração, exercício e manutenção destas para a garantia da dignidade da pessoa como ser autônomo que delibera acerca de suas concepções religiosas.

Na Carta Magna Brasileira, o direito à liberdade de crença está positivado no artigo 5.º, inciso VI, dispondo que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

A liberdade de religião, bem como a de consciência, estão coligadas com o princípio da dignidade da pessoa humana. Poder escolher, professar e agir de acordo com uma crença religiosa faz parte da autonomia racional inerente ao ser humano e lhe confere

dignidade não apenas por deliberar acerca deste aspecto como também por possuir a liberdade de viver conforme suas convicções.

O Brasil possui um histórico em suas constituições que demonstram de modo evolutivo a preocupação estatal em zelar pela liberdade religiosa, não sendo a Constituição de 1988 a Carta inaugural de tal liberdade. Contudo, atenta-se para a Constituição Brasileira de 1988, que menciona que a liberdade de religião agrupa direitos individuais e direitos coletivos.

Deste documento, percebe-se que o Brasil reconhece a importância dos valores religiosos para a sociedade como um bem que mereça ser preservado e, ainda, expressa de vários modos no texto constitucional, a proteção a liberdade de crença, abarcando diversas situações. Como exemplos, têm-se os artigos 5.º, VI, VII; 15; 19,I; 143; 150; VI, “b”; 210; 226, §2.º.

De todo o conjunto de liberdades religiosas constantes na Constituição Federal percebe-se a preocupação estatal em proteger e não tolher a religiosidade, reflexo de valores considerados de suma importância para a sociedade. Dito isto, resta salientar que apesar da amplitude e largo alcance da liberdade religiosa ela está submetida a limites e restrições. Esse direito pode conflitar com outros direitos fundamentais, com bens jurídico-constitucionais e com o princípio da dignidade da pessoa humana, “o que implica, [...] cuidadosa ponderação e atenção, entre outros aspectos, aos critérios da proporcionalidade”. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 483).

Segundo alguns doutrinadores, é na casuística que se define até onde pode haver intervenção sem atingir a essência do direito. (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 200-201).

Dito isto, nota-se que o Estado brasileiro considera relevante o direito à liberdade religiosa. Mas como deverá atuar quando houver a colisão deste direito com o direito fundamental à saúde? Esta questão será analisada mais adiante.

3 A responsabilidade estatal atrelada à efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à liberdade de crença: análise teórica e jurisprudencial acerca da colisão entre direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade como possibilidade de resolução

A priori, insta ressaltar que a expressão “princípios” pode referir-se a direitos individuais e também interesses coletivos. No presente trabalho, foi escolhido o termo “colisão” de direitos e não “conflito”. Isso porquê, para Alexy, há diferença semântica entre colisão e conflito, sendo que este é utilizado em relação a regras e aquele em relação a princípios. Quando houver conflito de regras, uma delas será invalidada no ordenamento jurídico. No caso de princípios, havendo colisão, ocorrerá que um dos direitos prevalecerá sobre o outro, entretanto, sem que haja invalidação do princípio/direito cedente. (2006, p. 91, 92, 114).

O que deve ser levado em conta para atribuir uma solução aos casos concretos em que haja colisão de direitos que esteja dentro do razoável, exclusivamente no que tange à colisão do direito à saúde e à liberdade de crença?

3.1 O dever do Estado em prover tratamento médico à paciente, conceito de mínimo existencial (dignidade da pessoa humana) e a escassez dos recursos públicos com base no princípio da reserva do possível

O Estado deve ser garantidor de condições que deem um mínimo de segurança social aos indivíduos, para que possam viver exercendo seu direito à dignidade por deterem a condição de ser humano. Isso é o que a doutrina denomina de mínimo existencial, conforme brevemente conceituado no capítulo anterior.

Em princípio, quando se menciona mínimo existencial, não há ameaça à vida, mas sim uma ofensa à dignidade humana e, por isso, conclui-se que existe vida sem dignidade, mas não há dignidade

sem vida. Neste conceito, a vida é mais importante independente de quais forem as demais necessidades a sopesar. Já o mínimo existencial protege a dignidade humana e pode ser ponderado eis que contextualizado social, cultural, econômica, política e juridicamente (BOLESINA; LEAL, 2013, p. 32-37).

O Estado possui a obrigação de garantir o mínimo existencial, protegendo o princípio da dignidade da pessoa humana e ainda atuando de modo a não lesionar o núcleo essencial dos direitos. Em que pese haver divergentes posicionamentos sobre a temática e esse princípio não constar expressamente na ordem constitucional brasileira, há consenso de que a proteção ao núcleo essencial existe a fim de dar maior proteção aos direitos fundamentais contra ações legislativas incoerentes, sendo o objetivo a manutenção do elemento essencial dos direitos, atribuindo um limite à própria limitação aos direitos fundamentais. E, pode se dizer que do modelo garantístico brasileiro depreende-se este princípio, já que “a não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental”. (MENDES, 2012, p. 58-64).

Contudo, é difícil especificar como se estabelecerá a não afetação ao núcleo essencial do direito no plano abstrato e de forma antecipada. Já que é no caso concreto que percebe-se como a atuação Estatal (não)importa em um esvaziamento dos direitos fundamentais.

Apontando o fator custo como comum aos direitos de defesa e de cunho prestacional, Sarlet frisa que enquanto a função precípua dos direitos de primeira dimensão seja a limitação ao poder do Estado, os direitos de segunda dimensão gritam por uma posição ativa estatal na esfera econômica e social, de modo que todos os direitos fundamentais são dotados de uma dimensão positiva e, por isso, de cunho econômico. (2012, p. 283; p. 285).

Consoante isso, Nabais ressaltando a teoria do custo dos direitos, de Holmes e Sustain, que surgiu na década de 90, aduz que todos os direitos possuem custos, pois não provêm de “dádiva divina nem de frutos da natureza”, não são auto-realizáveis nem há possibilidade de receberem proteção de um estado sem recursos ou

incapaz, exigem cooperação da sociedade e responsabilidade de indivíduos. É por isso, que cita os direitos como liberdades privadas com custos públicos. Incluindo nesses custos - também custos financeiros públicos - os direitos sociais e os clássicos direitos e liberdades, que geralmente ficam no esquecimento. “a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e sua proteção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros”. (2015, p. 11-12).

O princípio da reserva do possível tem sido invocado quando suscita-se (in)deferir judicialmente tratamento médico. Uma das restrições ao deferimento das demandas atreladas à saúde é o argumento de que não há recursos suficientes para atender às necessidades da sociedade, dificultando assim a tomada de decisões por parte do Estado. Aplicar recursos em um setor significa renunciar sua aplicação em outros. O orçamento é muito menor do que a demanda da sociedade no que tange a direitos sociais e individuais. (BARROSO, 2007, p. 24).

A popularidade do conceito de reserva do possível está atrelada ao fato de que não é razoável o fornecimento das pretensões subjetivas às expensas da coletividade o que demonstra-se conflitante com a concepção de um Estado social.

A teoria da reserva do possível ficou popular através de decisão do Tribunal Constitucional alemão, que, em 18 de julho de 1972, julgou a BVerfGE 33, 303, conhecida com *numerus clausus* (número limitado). O objeto do debate, na ocasião, era o artigo 12, § 1º, da Lei Fundamental de Bonn, que assegura a todos os alemães o direito de escolher livremente a sua profissão, o local de trabalho e o seu lugar de formação, em face do artigo 17 da Lei Universitária de Hamburgo e do artigo 4º da Lei de Admissão às Universidades Bávaras, que impunham número limitado de vagas para o curso de Medicina. Sem prejuízo de todo o voto elaborado pelo julgador - que tratava, ainda, de outras questões - a reserva do possível foi mencionada em meio à fundamentação que trabalhou, essencialmente, as liberdades à luz dos ditames do Estado Social e do princípio da igualdade material. Nesse sentido, quando o voto avançou para as limitações a direitos

constitucionalmente assegurados, concluiu-se que, ainda que os direitos constitucionalizados não sejam, em sua origem, limitados, eles se acomodam à reserva do possível, que estabelece aquilo que o indivíduo pode, racionalmente, exigir da coletividade. Exigir e receber aquilo que não condiz com a realidade social e econômica é patente disparate frente ao próprio Estado Social e Democrático de Direito. [...] a tensão criada pela reserva do possível em face do direito postulado reside na racionalidade, na razoabilidade do pleito, a qual, por seu turno, é inserida num relacionamento entre indivíduo e sociedade, restando claro que pretensões de satisfação individual, para além do razoável, são indeferíveis diante dos interesses coletivos da sociedade. (BOLESINA; LEAL, 2013, p. 89/91).

Assim, percebe-se que frente a colisão dos direitos à liberdade de crença e à saúde é preciso levar em conta o conceito de um mínimo existencial, que preserve a autonomia do paciente, mantendo assim intacto o princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo o direito à saúde e não tolhendo o direito à liberdade de religião, já que este último é faculdade do indivíduo. Notória também, a questão de que o fator custo é argumento relevante utilizado como barreira para a efetivação dos direitos de segunda dimensão, o que já não ocorre com os direitos de primeira dimensão.

Dito isto, será que é possível ponderar tais questões levando-se em conta o princípio da proporcionalidade na colisão dos direitos à liberdade de crença e à saúde quando um paciente Testemunha de Jeová se nega a obter o tratamento oferecido pelo Estado e pleiteia judicialmente um tratamento alternativo? Esse será o assunto do próximo subtítulo.

3.2 Colisão entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade

A doutrina faz uma diferenciação sobre diversas formas de colisão, explicando que em seu conteúdo cabe um sentido amplo e um sentido estrito. Aqui, usar-se-á a colisão em sentido estrito, tendo em vista o trabalho focar-se apenas na colisão entre dois

direitos fundamentais, sendo um deles, de primeira dimensão e o outro, de segunda dimensão.

Alexy, dissertando acerca da colisão de princípios, refere que, ao contrário do que ocorreria no caso de conflito de regras – onde uma deverá obrigatoriamente ser declarada inválida -, na colisão de princípios, ou direitos fundamentais, a aplicação de um não acarreta necessariamente a exclusão/invalidação do outro. Isso significa apenas que um dos princípios terá de ceder lugar ao outro em determinadas situações, aplicando-se, ao caso concreto, o princípio de maior peso. (p. 93-94).

Para saber qual princípio deve ser aplicado, utiliza-se o critério chamado de ponderação, concretizado em três planos. No primeiro deles é preciso estabelecer a “intensidade da intervenção”, no segundo, a relevância dos embasadores da intervenção e, por último, faz-se a ponderação aplicada específica e estritamente. Cria-se assim, a “lei de ponderação”, de modo que quanto mais forte for a intervenção relacionada a determinado direito fundamental, mais importantes serão as justificativas utilizadas para a prevalência da intervenção. (MENDES, 2012, p. 100-101).

Para solucionar casos de colisão de princípios, vistos aqui como direitos fundamentais é preciso ponderá-los nas situações postas de modo a impedir que haja um esvaziamento de tais direitos. Além disso, no plano abstrato não é possível verificar qual dos princípios colidentes possui maior peso, isso é visto apenas no plano concreto, sem torná-los desarmônicos entre si e ainda, considerando-os como razões.

Alexy, esclarecendo como construiu a já referida lei da colisão, menciona alguns casos. Um deles será retratado aqui. E refere-se a uma colisão entre o direito de um acusado preservar sua integridade física *versus* o direito estatal de realizar uma audiência processual. Abstratamente esses dois valores estão no mesmo nível, eis que dotados de caráter constitucional, mas devem ser sopesados para ver qual possuiria maior peso no caso concreto. Por isso, “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de

precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”. Dessa forma, em casos com situações diferentes, a solução também seria diferente. (2006, 95-103).

Porém, mesmo com a teoria de Alexy, a complexidade da resolução da colisão entre princípios ainda permanece, será que o princípio da proporcionalidade oferece uma resposta adequada ao problema em comento?

O princípio da proporcionalidade possui três subprincípios. Para Mendes e Branco, na máxima parcial da adequação os meios utilizados para a intervenção devem ser capazes de produzir os resultados pretendidos. No subprincípio da necessidade, o meio mostra-se desnecessário se o objetivo perquirido puder ser produzido com medidas que sejam adequadas e menos onerosas. “Na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou relevância no juízo da ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*”. Quanto ao terceiro elemento, ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito, para determinar se a medida é realmente eficaz, deve fazer uma ponderação mantendo equilíbrio entre a intervenção e seus objetivos para verificar se o fim almejado fora atingido. (2012, p. 259).

O princípio da proporcionalidade possui uma dupla função de proibir o excesso e proibir a proteção insuficiente. Ele faz parte da própria estrutura basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro e é um método de controle dos atos do poder público e também de sujeitos privados. Para conseguir concretizar seu dever de proteção, o Estado pode, mesmo sem dolo, interferir de forma desigual outros direitos fundamentais. Então, nesses casos, o princípio da proporcionalidade serve para controlar a constitucionalidade das ações que restringem tais direitos de defesa. Por isso, o princípio da proporcionalidade opera como limitador às limitações dos direitos fundamentais com sua função de proibição de excesso. Em contrapartida, o Estado pode deixar a desejar, se sua

atuação (ou mesmo por omissão) não for suficiente, não cumprindo com o mínimo exigido constitucionalmente para a proteção do direito. Ou seja, havendo desproporções, maiores ou menores, haverá violações aos princípios em comento e ainda, a caracterização da ação do Estado como inconstitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 350-351).

Disserta Silva que o sentido de proporcionalidade e razoabilidade juridicamente não poder ser o mesmo, pois advêm de construções jurídicas diversas mesmo que haja semelhança entre seus objetivos. São diferentes não apenas por sua origem histórica como também por sua estrutura³. O autor ainda tece uma crítica ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, dizendo que em suas decisões o Tribunal restringe-se apenas a comparar os dois institutos, pois seria proporcional o que não ultrapassasse os limites do razoável. Mas quanto à parte estrutural, é relevante ressaltar que a razoabilidade se esgota em uma análise de compatibilidade entre meios e fins. (SILVA, 2002, p. 28; p. 30; p. 32; p. 33).

Ainda, é preciso saber como a referida regra da proporcionalidade se aplicaria diante da colisão entre direitos fundamentais. Para Silva, considerando a maioria dos direitos fundamentais como princípios que exigem sua potencialização na maior medida consoante as possibilidades de fato e de direito, o exame da proporcionalidade é a forma de se aplicar o mandamento de otimização às circunstâncias fáticas. Se for preciso para o fomento de determinado princípio onde haja duas medidas do Estado que sejam do mesmo modo adequadas, mas uma delas restrinja outro direito fundamental, então, a outra deverá ser aplicada, e é dessa forma que se realiza a análise da necessidade. Para a verificação da aplicabilidade da terceira sub-regra, então haverá um sopesamento ou ponderação. Para que um direito fundamental seja otimizado dependerá das possibilidades jurídicas que estiverem presentes. (2002, p. 43; p. 44).

³ Ressalta-se que o aprofundamento histórico destes elementos não é objeto do presente trabalho.

Assim, com o intuito de perquirir como o Tribunal de Justiça gaúcho tem utilizado o princípio da proporcionalidade em seus julgamentos, investigou-se sobre a temática filtrando-se a pesquisa com os termos: “proporcionalidade” + princípio + direitos fundamentais + colisão, estabelecendo-se como lapso temporal os julgamentos relativos às seguintes datas: janeiro de 2010 a maio de 2017.

Foram encontrados 15 resultados. Quase todas as decisões estavam relacionadas à colisão entre direitos fundamentais, sendo a maioria atrelada aos direitos à imagem e honra e à liberdade de informação.

No primeiro deles⁴, colidiam os direitos à liberdade de informação e direito à imagem e à honra, onde fora noticiada a imagem de alguém que afirmou não estar envolvido nos crimes veiculados. Para decidir pelo princípio da liberdade de informação, o relator citou brevemente o princípio da proporcionalidade, restringindo-se a mencionar que é preciso fazer um sopesamento entre os direitos e diz que é preciso “ter presente que a liberdade de informação encontra limites e condicionantes, não podendo ser exercida de modo a infringir ou violar direitos de personalidade cuja proteção igualmente dimana da Carta Federal”. (Brasil, 2016).

Outro julgado⁵ menciona a colisão entre o direito a não auto-incriminação e a questão da necessidade de identificação criminal do réu nos limites legais. O caso tratava-se de um Habeas Corpus, onde foi ratificada a liminar anteriormente concedida para cassar uma decisão para produção de prova por meio da coleta de material genético do denunciado. Ao embasar a decisão, o relator salientou que o princípio da proporcionalidade deve nortear as decisões judiciais, mas não adentrou nas suas submáximas. (BRASIL, 2015).

⁴ Apelação Cível Nº 70068596022, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 14/12/2016.

⁵ Habeas Corpus Nº 70066563511, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 03/12/2015.

A terceira decisão⁶ tratava-se, entre outros assuntos, da colisão entre o direito à informação e o direito à imagem e à honra em moldes semelhantes aos do primeiro julgado. Contudo, com alegação de que a veiculação das imagens de determinados servidores descansando em período de trabalho teria acarretado na abertura de procedimento de sindicância contra estes. Para decidir, o relator refere primeiramente que o direito à liberdade de informação era preponderante no caso, embasando-se nas provas acostadas aos autos. O princípio da liberdade de informação prevaleceu sob o mesmo argumento do primeiro caso. (BRASIL, 2015).

A quarta decisão⁷ era de um processo conexo ao mesmo processo objeto de discussão da terceira decisão já referida. Por isso não serão repetidos os mesmos argumentos. (BRASIL, 2015).

O quinto julgado⁸ demonstrava também a colisão entre o direito à liberdade de informação e à preservação da imagem e honra do indivíduo. Um jornal havia transcrito informação acerca dos antecedentes criminais de um jovem vítima de homicídio, passando para a comunidade uma imagem negativa da vítima. O objeto do julgado era a majoração da indenização pleiteada pela mãe do jovem – deferida –, mas mesmo assim percebe-se uma breve menção ao princípio da proporcionalidade apenas na ementa. Veja-se: “a solução deve ser buscada em um juízo de ponderação fulcrado no princípio da proporcionalidade, a fim de verificar-se, no caso concreto, se houve extrapolação dos limites do exercício de direito constitucionalmente assegurado”. (BRASIL, 2015).

⁶ Apelação Cível Nº 70060707361, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 25/11/2015

⁷ Apelação Cível Nº 70060707544, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 25/11/2015

⁸ Apelação Cível Nº 70042623025, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 21/05/2015

Na seguinte decisão⁹ verificada, a divergência dizia “respeito à configuração do dano moral em razão da publicação, pelo réu, de informativo em jornal de grande circulação com conteúdo de cunho difamatório e calunioso”. Os direitos colidentes eram os mesmos do julgado acima. Modificando a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de indenização por veiculação de notícia inverídica, o relator utiliza o mesmo argumento da decisão acima acrescentando que a liberdade de expressão não é direito absoluto, por isso, encontra limite na órbita de proteção de outros direitos garantidos pela Constituição. (BRASIL, 2014).

O sétimo julgado¹⁰ não tratava-se de colisão de direitos (BRASIL, 2013), bem como a décima segunda¹¹ decisão verificada, por isso não serão objeto de análise. (BRASIL, 2012).

Quanto à oitava decisão¹², tratou-se de apelação interposta após sentença de improcedência de pedido de indenização por alegação de utilização de imagens captadas por câmera escondida, editadas, deturpadas e depois veiculadas, maculando imagem de profissional. Os direitos colidentes? O direito à liberdade de informação e à preservação da imagem e honra do indivíduo. Para negar provimento ao recurso, o relator cita parte de uma decisão já proferida pelo mesmo Tribunal que fazia menção aos três subprincípios da proporcionalidade, afirmando que eles devem ser levados em conta nas decisões quando houver colisão de direitos. A decisão citada apenas trazia o conceito das submáximas e concluía com a seguinte expressão: “a relativização da privacidade e da intimidade da autora

⁹ Apelação Cível Nº 70036599140, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 10/12/2014.

¹⁰ Recurso Cível Nº 71004494738, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto José Ludwig, Julgado em 26/11/2013.

¹¹ Apelação Cível Nº 70045380847, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 25/04/2012.

¹² Apelação Cível Nº 70048992259, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 27/06/2013.

demonstra-se adequada, necessária e proporcional ao fim colimado”. Foi negado o provimento ao apelo. (BRASIL, 2013).

A nona decisão¹³, com os mesmos princípios colidentes que a anterior, versava sobre reportagem televisiva que “buscou informar aos telespectadores que a direção de uma escola estava vendendo suco com prazo de validade vencido aos seus alunos.” A apelação foi desprovida com igual argumento do julgado anterior. (BRASIL, 2011).

O décimo¹⁴ e o décimo primeiro¹⁵ julgados continham pedido de indenização por danos morais alegadamente experimentados pelos autores em função de reportagem veiculada pelas partes rés.” Os princípios mencionados e a argumentação utilizada para relativizar o direito à imagem e à honra, foram idênticos ao anterior. (BRASIL, 2012).

Algo um pouco diverso ocorre com a seguinte decisão¹⁶. Os direitos colidentes eram o direito à honra e imagem e o direito à manifestação de pensamento, onde um indivíduo insatisfeito com o trabalho oferecido por uma construtora fixou em uma janela um cartaz fazendo referência aos maus serviços prestados pela empresa apelada. Para negar provimento a apelação não concedendo o direito de permanência do cartaz, o relator utilizou-se do seguinte argumento:

Para solucionar o confronto de direitos fundamentais, incumbe ao intérprete-aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos, visando a resolver a colisão por meio do sacrifício mínimo dos direitos em jogo, guiando-se pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros. Por seu turno, a máxima da proporcionalidade

¹³ Apelação Cível Nº 70051217420, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 10/10/2012.

¹⁴ Apelação Cível Nº 70050661958, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 12/09/2012.

¹⁵ Apelação Cível Nº 70050247931, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 15/08/2012).

¹⁶ Apelação Cível Nº 70043745116, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 08/03/2012.

significa a distribuição necessária e adequada dos custos, de forma a salvaguardar direitos fundamentais colidentes. O processo da ponderação é puramente racional, podendo ser enunciados os fundamentos que estabelecem as condições de harmonização e, se for necessário, a preferência de um direito sobre o outro. (BRASIL, 2012).

A décima quarta decisão¹⁷, com igual colisão aos julgados de números 10.º e 11.º, para negar provimento à apelação, sopesando os dois princípios e no caso concreto prevalecendo o direito à informação, discorre que:

A questão trazida aos autos gira em torno de uma discussão sempre presente nas preocupações do direito, e em especial dos Tribunais Superiores, referente a aparente colisão de direitos fundamentais, a liberdade de expressão (no caso em análise a liberdade de imprensa) e o direito à privacidade do cidadão, tutelados no art. 5º, IX e X, da CRFB/88. Nessas situações em que direitos fundamentais aparentam situação de colisão, a doutrina e jurisprudência têm apontado a técnica da ponderação para a solução do conflito, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, como forma de não recair em hipótese em que uma garantia fundamental seja completamente subjugada por outra de mesma hierarquia formal e conteúdo valorativo. (Brasil, 2010).

O último julgado objeto de análise a partir da filtragem feita, na mesma senda dos anteriores com colisão entre os direitos à liberdade de informação e à imagem e honra traz os princípios da proporcionalidade e razoabilidade para fixar valor indenizatório, considerando preponderante no caso o direito à imagem.

Desses julgados analisados pôde perceber-se que o Tribunal gaúcho utiliza o conceito de proporcionalidade ao tratar de colisão entre direitos fundamentais. Contudo, a fundamentação para as decisões, apesar de algumas vezes citar a existência da divisão em submáximas do princípio da proporcionalidade, em momento

¹⁷ Apelação Cível Nº 70031443591, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 04/11/2010.

algun constrói o embasamento analisando como elas se aplicariam no caso concreto. Ora o princípio é invocado para fazer com que um princípio fundamental prevaleça, ora é suscitado para fazê-lo ceder.

Pesquisando-se especificamente sobre a colisão entre os direitos fundamentais objeto do problema do presente trabalho, não foram encontradas decisões onde havia menção ao princípio da proporcionalidade (filtrou-se a busca por: “saúde”, “religião”, “colisão”, “proporcionalidade”).

De qualquer sorte, dos julgados pesquisados, nota-se que quanto à colisão propriamente dita dos direitos fundamentais, a proporcionalidade é referida como princípio e não em sua origem conceitual germânica como regra a ainda, sem a análise de suas submáximas, assemelhando-se assim ao conceito de razoabilidade.

A presente pesquisa não possui como objetivo trazer uma resposta única e estanque para a problemática inicial referida. Mesmo assim, diante de todo o exposto, é preciso verificar se é possível analisar a colisão dos direitos fundamentais à saúde e à liberdade de crença utilizando o princípio da proporcionalidade. Bem como resta saber quais as soluções tem sido dadas nesta colisão em alguns casos concretos, independentemente da utilização do princípio ora referido.

3.3 A colisão entre direitos fundamentais a partir de uma análise jurisprudencial

Neste último subtítulo não será abordado o porquê da recusa à transfusões sanguíneas dos membros da religião Testemunhas de Jeová. Utilizando algumas decisões, far-se-á uma análise de como (e se) tem sido empregado o princípio da proporcionalidade e se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem enfrentado essa colisão.

Por fim, será analisado um caso recente ocorrido na Paraíba onde houve o deferimento de tratamento alternativo para membro da religião das Testemunhas de Jeová, levando-se em consideração alguns conceitos relevantes mencionados ao longo da pesquisa.

Os membros da religião das Testemunhas de Jeová recusam-se a receber transfusões dos quatro componentes primários do sangue, a saber, plasma, plaquetas, glóbulos brancos e glóbulos vermelhos, invocando suas crenças religiosas para tal abstenção.

Considerando tal fato, muitos membros da referida religião buscam o Judiciário a fim de pleitear um tratamento alternativo às transfusões sanguíneas. Dessa forma, surge a colisão entre os direitos à saúde e à liberdade religiosa.

Para analisar como o Tribunal gaúcho tem decidido especificamente quando trata-se de pleito para tratamento que não envolva sangue para pacientes Testemunhas de Jeová, realizou-se uma busca jurisprudencial com os filtros: “saúde”, “religião”, excluindo-se as decisões crime e escolhendo-se somente os julgados a partir de janeiro de 2010 a maio de 2017. Encontraram-se 06 resultados.

O primeiro, o segundo, quinto e sexto julgados¹⁸ não envolviam a colisão entre os direitos fundamentais à saúde e à liberdade religiosa.

Porém, o terceiro e quarto julgados¹⁹, sendo aquele uma Apelação e este um Agravo de Instrumento, ambos sobre o mesmo processo, eram referentes à colisão. No primeiro recurso interposto, o autor pleiteou do ente municipal e do Estado do Rio Grande do Sul, tratamento alternativo às transfusões sanguíneas embasando-se no direito à liberdade de crença e no princípio da dignidade da pessoa humana. Apenas o ente estadual ofertou contrarrazões

¹⁸ Apelação Cível Nº 70071994727, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 27/04/2017. Agravo de Instrumento Nº 70070821897, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 26/10/2016. Apelação Cível Nº 70039962030, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 24/08/2011. Agravo de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010.

¹⁹ Apelação Cível Nº 70061159398, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 29/08/2014. Agravo de Instrumento Nº 70058469362, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 24/04/2014.

mencionando que o tratamento necessário ao paciente era ofertado pelo Sistema Único de Saúde e que o medicamento requerido estava muito além monetariamente falando, dos indicados pela Associação Médica Brasileira. (BRASIL, 2014).

Para decidir em desfavor ao pedido do autor, a desembargadora relatora trouxe à baila a argumentação no sentido de que o Grupo Cível ao qual a Câmara Julgadora pertence já havia firmado jurisprudência para obrigar o Poder Público a fornecer tratamentos, mesmo sem prova pericial e estranhos às listas oficiais contanto que haja prescrição médica. Mas ressaltou que este não era o caso, pois o pedido de tratamento era com base no princípio da liberdade de crença. A seguir fundamentou a decisão do seguinte modo (aqui mencionado na íntegra dada a importância dos argumentos utilizados):

O inciso VI do artigo 5º da Constituição da República garante a todas as pessoas a inviolabilidade da “liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. O artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos do Homem permite uma compreensão sobre o conteúdo do direito à liberdade religiosa: “Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos”. Na lição de Alexandre de Moraes, a religião configura-se como uma série de princípios que orienta os pensamentos e as ações individuais. Para o autor, o referido dispositivo constitucional apresenta um conceito amplo, através do qual se protege a “crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto”. O direito à liberdade religiosa, portanto, assegura (I) a livre escolha individual e (II) a manifestação desta escolha através de cultos ou ritos. Veda-se, por conseguinte, a imposição ao indivíduo de determinada opção religiosa, de renúncia à opção já feita ou de obstáculos ao seu exercício. A garantia do direito de liberdade religiosa dá-se em maior medida por meio de abstenção do Estado, no sentido de não interferir na escolha e nas manifestações individuais. O seu exercício exige poucas prestações

positivas por parte do Estado. Dentre as prestações positivas previstas na Constituição da República, contudo, não decorre a de o Estado financiar tratamentos de saúde resultantes de escolhas religiosas ou de crença. Com efeito, a liberdade de religião ou de crença não garante o direito de exigir do Estado o custeio de tratamento à saúde segundo as práticas e regras religiosas, já que o direito social à saúde destina-se a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social de modo universal e igualitário. Distinções na prestação do serviço público de saúde para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. Não podem, portanto, os Agravados serem obrigados a sustentar serviços de saúde que não decorrem apenas de prescrição médica, mas da liberdade de religião. (BRASIL, 2014),

Deste exemplo, percebe-se que o Tribunal não manifestou-se sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, afirmou que o Estado estaria efetivando o direito à liberdade de crença mais por abstenção do que por ação positiva e considerou os custos do tratamento pleiteado como fator relevante para indeferir o pedido do paciente. Na apelação já referida, o seguimento ao recurso fora negado nos mesmos moldes do julgamento do Agravo.

Contrariando tal decisão, traz-se a decisão proferida no Juizado Especial da Fazenda do Tribunal Federal da Paraíba proferida em julho de 2016²⁰, em face da União, do Estado da Paraíba e do ente municipal de Taperoá/PB. A autora (Testemunha de Jeová) pleiteou, em tutela de urgência, medicamento alternativo ao sangue. *In casu*, o médico prescreveu tratamento a paciente mencionando os riscos à vida caso não deferido o tratamento e levando em conta a crença sobre abstenção de sangue, referindo que o medicamento objeto do pleito era a única hipótese possível. De ressaltar ainda que o medicamento postulado estava disponível na

²⁰ Decisão obtida por meio de contato direto com Illo Henrique de Lima Lopes, Diretor de Secretaria da 11ª Vara Federal/PB, em exercício, Ramal 3619, por e-mail. Dados relativos ao processo n. 0501113-23.2016.4.05.8203S, Justiça Federal da 5.ª Região do Estado da Paraíba. Juizado Especial Federal. Julgador: Juiz Federal Dr. Rodrigo Maia da Fonte. Autora: Marinalva Cordeiro da Silva. Réu: União (Advocacia Geral da União – Campina Grande) e outros. Decisão publicada em 20/07/2016.

Rede Pública de Saúde apenas para um tipo específico de moléstia, diversa da contraída pela autora.

O julgador do caso, dada a complexidade da situação, referiu levar em conta três requisitos para deferir o pleito antecipatório: a imprescindibilidade do medicamento, a ausência de outras opções em face da atual situação clínica do paciente e do grau de evolução da doença e a hipossuficiência financeira do enfermo. O julgador menciona que apesar de haver a opção de transfusão sanguínea para o tratamento da autora, há de se levar em conta o princípio da reserva do possível e os princípios da liberdade de crença e da dignidade da demandante e, por fim, realiza de uma forma superficial, a análise das três submáximas da proporcionalidade.

Após, em maio de 2017 sobreveio sentença²¹ onde o mesmo julgador confirmou a antecipação de tutela ressaltando que “a calibração entre a realização de políticas públicas sob compimento judicial e a reserva do possível é equação sem resposta absoluta”. Mesmo assim, sopesando os direitos afirmou que mantinha a decisão pelos motivos expostos no *decisum* anterior e ainda realizando bloqueio de valores, via BacenJud, dos cofres do Estado da Paraíba, para pagar o medicamento, considerando o descumprimento da decisão.

Na primeira decisão o Juiz Federal, menciona que utilizará a técnica da ponderação e cita a proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade para dizer que o princípio da reserva do possível não deve, nesse caso, sobrepor-se ao princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, realiza a análise do princípio da proporcionalidade indicando por que o fornecimento do medicamento é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

²¹ Decisão obtida por meio de contato direto com Illo Henrique de Lima Lopes, Diretor de Secretaria da 11ª Vara Federal/PB, em exercício, Ramal 3619, por e-mail. Dados relativos ao processo n. 0501113-23.2016.4.05.8203S.Juiz Federal da 5.ª Região do Estado da Paraíba. Juizado Especial Federal. Julgador: Juiz Federal Dr. Rodrigo Maia da Fonte. Autora: Marinalva Cordeiro da Silva. Réu: União (Advocacia Geral da União – Campina Grande) e outros. Decisão publicada em 20/07/2016.

Diante do inexpressivo número de decisões no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, envolvendo exclusivamente o problema objeto do trabalho, torna-se difícil estabelecer um padrão de posicionamento. Mesmo assim, considerando os julgados pesquisados sobre colisão entre direitos, pode-se depreender que o princípio da proporcionalidade não foi utilizado em conformidade com sua origem conceitual, pois é mencionado nos julgados como um princípio e sem aprofundamento em sua aplicabilidade nas três submáximas, à exceção do último julgado.

Quanto à decisão que negou tratamento ao paciente membro das Testemunhas de Jeová, viu-se que o fator recursos estatais foi elementar para negar o pedido. Ademais, nem mesmo houve menção ao princípio da dignidade da pessoa humana invocado pela parte autora. De modo que a análise do caso perpassou apenas pela esfera “custos”, como elemento decisivo.

No caso do Estado da Paraíba²² percebeu-se que a fundamentação estava alicerçada em uma análise menos superficial dos direitos envolvidos considerando que houve especificação quanto à aplicação da proporcionalidade com seus três subprincípios. Ainda assim, houve confusão quanto aos conceitos de proporcionalidade e razoabilidade.

Contudo, questiona-se: se o princípio utilizado como um fundamento para a decisão sem maiores explicações, sendo apenas o argumento elástico para embasar sem profunda argumentação determinado posicionamento do julgador, como poderão as partes contestarem ou recorrerem de tal decisão? O fator custo foi crucial para a decisão de improcedência de medicamento alternativo à transfusão no Tribunal de Justiça gaúcho, mas não foi o determinante para o caso na Justiça Federal da Paraíba. Qual a segurança jurídica que decisões assim oferecem?

²² Apesar de o foco do trabalho ser as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, insta ressaltar que a decisão do Tribunal Federal do Estado da Paraíba foi buscada com o intuito de confrontar o posicionamento contido nas outras decisões do Tribunal gaúcho.

É preciso reconhecer que, assim como referido por Silva, “seria simplesmente uma ingenuidade imaginar que existe uma forma de aplicação que exclua a subjetividade do intérprete. Exigir isso de qualquer método é exigir algo impossível”. (2011, p. 367).

Independente desses apontamentos e indagações, a partir da pesquisa realizada não foi possível trazer uma resposta conclusiva a fim de estabelecer um padrão para a colisão entre direitos fundamentais, principalmente quanto aos direitos à saúde e liberdade de crença, considerando a aplicação dos julgadores em dissonância com a proporcionalidade na teoria de Alexy ou pelo menos sem o aprofundamento que ela originalmente exigia.

Nos julgados pesquisados, em apenas um foi analisado o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado no caso como de maior peso para deferir o fármaco. A questão dos custos foi referida em uma decisão apenas para negar o tratamento e não conforme sua ideia original, como meio de dar eficácia aos direitos fundamentais.

Diante de todo o exposto, é notória a insuficiência de argumentos que fundamentem as decisões relativas à colisão de direitos, o que sem dúvida empobrece o sistema jurídico e traz prejuízo para os operadores do direito, eis que resulta em insegurança jurídica.

4 Conclusão

A partir da pesquisa realizada pode-se tecer algumas considerações finais. Quanto às decisões envolvendo o princípio da proporcionalidade, apesar de aparecer na fundamentação dos relatores a menção a este princípio, a análise dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não foi realizada. De modo que, como desenvolvido no decorrer da pesquisa, a proporcionalidade foi utilizada como sinônimo de razoabilidade.

Concluiu-se a partir da análise de dois julgados que o argumento para negar, a saber, escassez de recursos, foi relevante para a decisão, mas a decisão nem mesmo mencionou a questão do princípio da dignidade da pessoa humana que também foi levantado no caso. Para o julgador do caso, seria efetivado o direito à liberdade de crença apenas por abstenção estatal, já que tal direito está atrelado à primeira dimensão de direitos. Nesta decisão o princípio da reserva do possível foi utilizado em dissonância com o conceito germânico.

Por fim, observou-se na decisão utilizada para contrapor as demais decisões, que para deferir o tratamento alternativo, o julgador referiu utilizar a técnica da ponderação, mas utiliza a proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade para dizer que o princípio da reserva do possível não deve, nesse caso, sobrepor-se ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, é notória a demonstração de fundamentação insuficiente tanto para deferir como para negar tratamento alternativo. Tal carência torna mais difícil a função dos operadores do direito que porventura precisem contestar ou recorrer de tais decisões.

Registre-se aqui a complexidade da tarefa dos magistrados. Mesmo assim, após o transcurso de séculos, após muitas transformações ocorridas na sociedade, após diversas revoluções, após muitas discussões, relacionadas aos direitos fundamentais, para defini-los, para compreendê-los, para positivá-los, é lamentável permitir que sua aplicação ocorra de modo superficial e/ou insuficiente.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça**. Curitiba: Muldieia, 2013.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 28 Abr. 2017.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas. Análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. Curitiba: Multideia, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 09 de abril de 2016.

BRASIL. **Justiça Federal da 5.º região do Estado da Paraíba. Juizado Especial Federal**. Número do processo: 0501113-23.2016.4.05.8203S. Julgador: Juiz Federal Dr. Rodrigo Maia da Fonte. Autora: Marinalva Cordeiro da Silva. Réu: União (Advocacia Geral da União – Campina Grande) e outros. Disponível em: <<http://www.jfjb.jus.br>>. Acesso em 12 de maio de 2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 13 de maio de 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FILHO, J. T. C. **Teoria Geral dos Direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 08 de abril de 2016.

GERVASONI, Tássia Aparecida; BOLESINA, Iuri. **Os Direitos Sociais como elemento de sustentabilidade e fundamentação do Estado Democrático De Direito.** Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.2, p.127-144, mai./ago. 2015. DOI: 10.5433/1980-511X.2015v10n2p127.

GROFF, Paulo Vargas. **Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras.** 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3>>. Acesso em 21 de agosto de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.** 2015. Disponível em: <<http://educacaofiscal.gov.br/wp-content/uploads/2016/11/a-face-oculta-casalta-navais.pdf>>. Acesso em: 26 Abr. 2017.

NETO, Jayme Weingartner. **Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beneti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.** *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.* Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/.../2003-RLAECO1-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 26 Abr. 2017.
- _____. **O proporcional e o razoável.** *Revista dos Tribunais*, 798. P. 23-50, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em 1.º Mai. 2017.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- WANG, Daniel WeiLiang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF.** *Revista Direito GV.* Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/escassez-de-recursos-custos-direitos-reserva-possivel-jurisprudencia-stf>>. Acesso em: 28 Abr. 2017.

**Entre o *Mágico de Oz* e *Wicked*:
lições da literatura sobre o reducionismo do
ser como fator de desumanização do
condenado no processo de execução penal e a
inviabilização de um debate público pautado
na visão global do fenômeno social do delito**

Douglas Balbinott¹
Gabriel Ferreira dos Santos²

1 Introdução

O processo penal que antecede o juízo condenatório é um processo voltado, por excelência, ao fato, pois só se pode punir aquilo que é crime, sendo assim considerado todo fato apurado por meio de instrumento constitucional adequado, que é o processo penal. Logo, do processo em que se apura o juízo condenatório, produz-se uma história: a história do fato. Essa história é singular, pois ela apenas se preocupa com o fato típico, ilícito e culpável, que são os elementos necessários para o juízo condenatório.

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Meridional – IMED (2017).

² Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2009). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela IMED (2008). Possui graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI (2004)

Nessa perspectiva, a história do fato é incompleta, pois reduz uma pessoa a um fato; dependendo da narrativa, podem acarretar até mesmo distorções graves sobre o que se vê a partir da história que se pretende contar. Sendo elas incompletas, podem ser traduzidas em fator de ressocialização? E mais: podem elas efetivamente permitir um debate público amplo, pautado na alteridade, por meio da compreensão da complexidade do fenômeno social do delito? São essas duas questões que dão o Norte para o presente trabalho. Em um primeiro momento, será analisada a importância das histórias complexas, que, em oposição às histórias singulares, são histórias pautadas em aspectos amplos, não reducionistas e com pluralidade de visão sobre o que se pretende discutir.

Após analisar-se-á a estrutura do processo penal, traçando paralelos de comportamento entre as funções dos sujeitos processuais e a teoria econômica de Adam Smith, com a própria quebra epistemológica operada por John Nash, demonstrando que lições podem ser extraídas de tal ruptura.

Ademais, serão somadas ao trabalho uma obra literária, qual seja, *O Mágico de Oz*, de L. Frank Baum e o roteiro do musical *Wicked*, de Stephen Schwartz (uma adaptação da obra literária *Wicked*, de Gregory Maguire), que visam a dar concretude de como as histórias impactam a forma como as coisas são visualizadas.

Por fim, analisar-se-á se a abordagem possui correlação temática com a Constituição Federal e com os objetivos por ela estabelecidos. Antes de produzir respostas, mais importantes são as dúvidas. O trabalho se traduz na possibilidade teórica de responder anseios de uma Justiça Criminal mais eficiente e, para além disso, uma sociedade mais consciente do que fala, sobre o que fala e quando fala, ao tratar sobre a problemática do Direito Criminal.

2 Para que serve(ria) o processo de execução penal: o desafio de debater o *status quo*

De que maneira é possível valer-se do processo de execução penal como mecanismo de efetivação de uma sociedade mais democrática e com um papel efetivamente ressocializador? Nessa perspectiva, o presente título visa a construir o paradigma que orienta o processo de apuração do juízo condenatório, e demonstrar que ele não deve ser aplicado para o processo de execução da pena, uma vez que reduz as possibilidades de construção de histórias complexas, prejudicando a ressocialização e um debate público amplo sobre a problemática criminal.

2.1 O perigo de uma única história

E se todas as histórias que são ouvidas desde a infância influenciassem sobremaneira a forma de pensar? E se fosse descoberto que elas são incompletas, ou, pelo menos, retratam apenas uma parte da realidade? Isso afetaria a forma como as pessoas pensam e agem? É com base em questões como essa que Chimamanda Adichie, em 2009, no *TED Talks*³, estabeleceu um diálogo intitulado “*The danger of a single story*”. A autora conta como foi crescer na Nigéria, desenvolvendo seu interesse pela literatura desde cedo. Fala sobre suas primeiras experiências com livros e as respectivas consequências: conta como era afetada pelas histórias que os livros contavam e como isso influenciava até mesmo na forma como ela escrevia histórias. Adichie, por exemplo, relata que, apesar de viver na Nigéria, seus personagens viviam aguardando pelo passar do inverno, quando o sol finalmente raiaria (ADICHIE, 2009). Uma das primeiras questões levantadas, portanto, é a seguinte: histórias impactam a forma como as coisas são vistas, especialmente quando se é criança e não se possui um

³ *Technology, Entertainment and Design Talks*, no original em inglês.

senso crítico sobre o mundo, a sociedade e o contexto em que se está inserido.

Discorrendo sobre histórias e a forma como elas são contadas, a autora chega ao ponto crucial do discurso, afirmando sobre o perigo da história única: “mostre a uma pessoa uma história, uma única história, repetidas vezes, e é isso que as pessoas verão” (ADICHIE, 2009, 9:18, tradução nossa). A autora atesta que as histórias são definidas pelo poder: “quem conta, como se conta, quando e quantas histórias são contadas, tudo isso depende do poder” (ADICHIE, 2009, 9:54, tradução nossa), exemplificando com a afirmação: “comece a história com as flechas dos nativos americanos e não com a chegada dos Britânicos e você terá uma diferente história; comece a história com o fracasso do Estado Africano e não com a colonização do Estado Africano e o que você terá uma história totalmente diferente” (ADICHIE, 2009, 10:26, tradução nossa). Segundo Chimamanda, ver um fato sob uma perspectiva única é tão problemático quanto reduzi-lo a experiências negativas. Isso porque apenas se visualiza uma parte do que efetivamente ocorreu. O problema da redução das histórias em perspectivas negativas é que, por serem apenas uma parte, são incompletas. E, por serem incompletas, criam estereótipos, cujo problema centra-se em que **“eles não são mentirosos, porém incompletos”** (ADICHIE, 2009, 13:08, grifo nosso, tradução nossa).

Durante todo o processo de apuração da infração, salvo exceções que abonem a conduta do acusado, discute-se o fato. O criminoso (parte-se da premissa de que houve a condenação), como pessoa, vai para além do fato. Como juristas, os atuantes no processo contam muito bem a história do fato: a todos é dado o saber sobre o que aconteceu, como aconteceu, em que circunstâncias ocorreu. No entanto, nada se ouve falar sobre algo que vá para além do fato (em relação ao acusado).

Ao serem produzidas histórias singulares, que veem apenas o fato, criam-se os estereótipos; e retomando Chimamanda, não é que eles sejam mentirosos, mas eles são incompletos (ADICHIE, 2009).

Nesse contexto, o que se pretende demonstrar é que sim, há a possibilidade de se construir uma história complexa em torno do apenado, para que os fatores de ressocialização sejam alcançados. E não apenas isso: para que essa história complexa chegue aos ouvidos de todos, assim como a história singular atualmente chega. Se, pelos juristas, tal façanha for alcançada, retomar-se-á e concretizar-se-á a alteridade, pois se abrirá a visão do apenado para alguém que é também um ser humano, fator que hoje não consegue ser visto pela população em geral.

“Histórias podem terminar com a dignidade das pessoas ou podem reconstruí-la” (ADICHIE, 2009, 17:40, tradução nossa); “Quando rejeitamos uma história única, nós ganhamos um paraíso” (ADICHIE, 2009, 18:19, tradução nossa). Logo, pela construção do pensamento de Chimamanda Adichie (2009), vê-se a importância da construção de histórias complexas, justamente pelo fato de tais histórias demonstrar as similitudes, em vez de apenas enfatizar as diferenças, que é uma mazela originada pelas histórias singulares (e, na correlação apresentada, no processo que apura o fato delituoso). Sendo assim, importante analisar como se constroem as histórias no processo criminal no sistema jurídico-normativo brasileiro, para, posteriormente, avaliar a possibilidade de construção das histórias complexas.

2.2 O processo penal que antecede o juízo condenatório: uma história sobre o fato e as vontades individuais dos sujeitos processuais como produtora do bem comum⁴

Após criticar a transposição da lógica do direito processual civil para o direito processual penal, Aury Lopes Jr. afirma que, no processo penal, há inexistência de lide, uma vez que o que rege a

⁴ O termo bem comum, utilizado neste trabalho em várias oportunidades, reporta à ideia de Adam Smith, quando atesta que o bem comum é uma otimização dos resultados possíveis. Segundo sua teoria, como se abordará, o bem comum se produz com a vontade individual dos atores em um mercado livre (MANKIOW, 2011, p. 11).

lógica do processo penal é o princípio da necessidade (2015, p. 50). Atesta que o que exsurge ao Ministério Público mediante a presença do *fumus comissi delicti* é uma pretensão acusatória, que não se confunde com o poder de punir, este último exercido pelo Estado-Juiz.

Na mesma senda, atesta que “o poder de punir é do juiz (recordando Goldschmidt: o símbolo da justiça é a balança, mas também é a espada, que está nas mãos do juiz e pende sobre a cabeça do réu), e esse poder está condicionado (pelo princípio da necessidade) ao exercício integral e procedente da acusação” (LOPES JR., 2015, p. 50). Sendo assim, para o referido autor, a pretensão processual tem elementos: 1) objetivo – fato hipoteticamente punível; 2) subjetivo – quem exerce a pretensão acusatória e contra quem se procede tal acusação; e 3) elemento de atividade – que se traduz na utilização do meio que é constitucionalmente assegurado para a persecução acusatória. Em outras palavras, há a necessidade de atuação do Ministério Público para que haja juízo condenatório, por meio do exercício do processo penal, instrumento previsto na Constituição (LOPES JR., 2015, p. 50).

Logo, tem-se que o processo penal é a garantia em vários aspectos: 1) porque permite ao Ministério Público exercer a pretensão acusatória ante o cometimento de atividade que é aparentemente ilícita⁵; 2) é garantia para o acusado, pois só pode ser condenado via o devido processo legal, que, no sistema jurídico brasileiro, se traduz no processo penal, quando se fala da esfera criminal; e 3) permite a aplicação de pena pelo juiz diante do juízo de certeza obtido no contraditório, concretizando o caráter

⁵ Fala-se em atividade aparentemente ilícita, pois o artigo 395, III, do Código de Processo Penal estabelece a justa causa como condição do recebimento da denúncia ou queixa-crime. Conforme Aury Lopes Jr., a justa causa “está relacionada, assim, com dois fatores: existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade de um lado e, de outro, com o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal” (2015, p. 194).

retributivo, que não deixa de ser método em que se apazíguam as relações sociais.

Nessa senda, a dialeticidade estabelece o caráter democrático do processo. A dialeticidade se traduz no Ministério Público alegando e provando e no acusado desenvolvendo sua defesa (ou quedando-se inerte, postulando em seu favor o princípio da presunção da inocência⁶). Onde eles exercem essa atividade? No processo penal. Há tese e antítese, que formarão, por meio do convencimento motivado do juiz, a síntese. Ou seja, a vontade individual das partes produz o bem comum. Cada sujeito dentro de sua esfera de atuação, buscando desempenhar sua função democraticamente estabelecida, produz o melhor resultado.

Note-se: não há dilema de cooperação⁷ no processo em que se apura o juízo condenatório. Na verdade, o que há, ainda para quem entenda que não exista a litigiosidade, é uma contraposição de partes com interesses opostos. Cada qual quer ver sua posição prosperar – mesmo inexistindo o litígio, a vontade das partes não anda para o mesmo caminho. O Ministério Público busca tutelar um interesse social, com previsão constitucional, que é a pretensão acusatória. Por sua vez, o acusado busca ver-se livre de tal pretensão, seja pela presunção da inocência, seja pelo próprio instinto de liberdade que é intrínseco ao ser humano (não se olvida que também há interesse social na defesa, uma vez que, quando

⁶ Delimitando o significado do princípio de inocência para este estudo, utiliza-se a concepção apresentada por Eugênio Pacelli de Oliveira, na qual “(...) o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter* persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada” (2012, p.48).

⁷ Por dilemas de cooperação entende-se a ideia trazida pela Teoria Económica, que trata da concepção de determinadas situações em que a maximização dos benefícios passa por uma ideia de cooperação, pois a busca pela vontade de cada ator envolvido no cenário não maximiza os ganhos obtidos (MANKIW, 2011, p. 354).

efetivamente garantidas, as garantias são proteção contra a arbitrariedade do Estado).

Sendo assim, o processo penal se estabelece como método democrático para a solução da dicotomia acusação x defesa, por meio da dialeticidade do processo. Nesse aspecto, um bom processo penal é um processo em que o Ministério Público acusa e prova, o réu produz o mecanismo de defesa que entende necessário e o juiz julga, com base no que foi produzido pelas partes. Assim, o melhor resultado possível está delimitado pela atuação dos atores processuais, cada qual dentro de sua esfera de atuação, com amplo acesso ao processo por intermédio do contraditório.

A todo tempo o processo penal atua sobre a liberdade do indivíduo. Os direitos de liberdade são classificados como direitos de primeira dimensão⁸ e estão relacionados à liberdade, à propriedade e aos direitos políticos. Nesse sentido, sendo um direito de primeira dimensão, o indivíduo busca uma não-intervenção estatal em sua esfera privada, visto que é essencial esse *quantum* de liberdade para o desenvolvimento de sua vida privada (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 272).

Há muito se buscam essas garantias de primeira dimensão, que se traduzem em várias facetas, sejam elas limitações à intervenção do Estado na propriedade privada, ao poder de tributar, ou ao constrangimento da liberdade do indivíduo. Exemplos podem ser buscados na questão tributária, na intervenção do Estado na propriedade privada e na própria intervenção do Estado na liberdade pessoal do indivíduo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 267).

Os direitos de liberdade guardam uma lógica entre si; o processo penal, no juízo em que se discute a absolvição/condenação,

⁸ Utiliza-se aqui a terminologia “dimensão” justamente por ser a mais adequada, uma vez que a ideia de geração de direitos pode gerar o entendimento de substituição, o que não ocorre com a dimensão dos direitos, que se agregam no decorrer da história. Os direitos de primeira dimensão somam-se aos direitos de segunda dimensão e assim sucessivamente (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 270).

não foge a tal lógica. É o que se pretende demonstrar. Dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelas leis, o mercado é livre, pois a legalidade ao particular é ampla, só deve deixar de fazer o que a Lei proíbe. Qual a lógica que perpassa o mercado? Para entrar nesse mérito, serão utilizados os ensinamentos de Adam Smith. Ao final, demonstrar-se-ão as similitudes.

Ao tratar de Adam Smith e a Teoria da Mão Invisível, Mankiw questiona:

por que as economias descentralizadas de mercado funcionam tão bem? Será porque se pode contar que as pessoas tratem umas às outras com carinho e bondade? De forma alguma. Adam Smith descreveu a maneira como as pessoas interagem em uma economia de mercado da seguinte maneira: O homem tem quase que constantes oportunidades para esperar ajuda de seus semelhantes, e seria vão esperar obtê-la somente da benevolência. Terá maiores chances de ser bem-sucedido se puder interessar o amor-próprio deles a seu favor e mostrar-lhe que é para sua própria vantagem fazer para ele aquilo que deles se exige... Dê-me aquilo que desejo e terá o que deseja, eis o significado de tal oferta; e dessa maneira obtermos um do outro uma parte muito maior dos ofícios que necessitamos.

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos seus próprios interesses. Ninguém, exceto o mendigo escolhe depender principalmente da benevolência dos cidadãos...

Cada indivíduo... não tem a intenção de promover o interesse público, nem sabe o quanto o está promovendo... Não pensa senão no próprio ganho, e neste caso, como em muitos outros casos, é conduzido por uma mão invisível a promover um fim que não fazia parte de sua intenção. E nem sempre é pior para a sociedade que não fizesse parte. Ao perseguir seu próprio interesse, ele frequentemente promove o interesse na sociedade de modo mais eficaz do que faria se realmente se prestasse a promovê-lo. (MANKIW, 2011, p. 11)

Logo, o que se pode extrair do pensamento de Adam Smith é que, no mercado, a vontade individual de cada componente, sem

qualquer intenção nesse sentido pelos agentes, produz o bem público e a eficiência⁹. Sem a livre concorrência em um mercado livre, não há o bem comum.

No mercado, a vontade individual dos indivíduos produz o bem comum. Um processo penal democrático tem a mesma lógica: o processo penal constitucionalmente adequado é aquele no qual o Ministério Público produz a acusação, o acusado produz sua defesa e o juiz, com base naquilo que as partes produziram, em igualdade de oportunidades, durante a instrução processual, julga. Um processo penal bom é um processo no qual não existe crise de identidade dos sujeitos processuais. Trata-se da dialeticidade ganhando corpo no processo penal. Essa lógica perpassa a perseguição acusatória do Ministério Público (tese). O acusado, por seu turno, produz a antítese (negativa geral ou excludente de ilicitude, por exemplo). Quanto ao juiz, por meio do lastro probatório produzido pelos sujeitos processuais, produzirá a síntese, que se manifestará em juízo de condenação ou absolvição.

A lógica que perpassa o processo onde se apura o juízo de condenação do réu é uma lógica de liberalismo clássico, na qual a vontade dos sujeitos processuais, cada qual atuando em sua vontade individual (aqui entendida como função institucional constitucional/legalmente estabelecida) produz o bem comum. Justamente porque, cada sujeito processual, procurando cumprir seu papel Constitucional, caminha em direção ao seu interesse, mas, mesmo procurando satisfazer seu interesse (papel institucional), produz o melhor resultado, pois, em contraposição de interesses, não há possibilidades (ou, pelo menos, são reduzidas) de diálogos/cooperação. O que se pode constatar é que apenas usam-se terminologias diferentes para repetir o mesmo. Porém, e aqui

⁹ Não se olvidam as críticas ao liberalismo puro, que tem sua essência no pensamento de Adam Smith. Sem o Estado intervindo, o liberalismo clássico apenas demonstrou uma igualdade formal, criando muitas injustiças (ROSSETTI, 2003, p. 305). Contudo, em teorias posteriores, nem por isso a lógica do liberalismo deixou de ser aplicada, apenas admitiu-se maior intervenção do Estado com a finalidade de que ele, sim, promovesse uma igualdade material, perpassada pelos direitos sociais.

entra o ponto central da ideia do presente trabalho, nem sempre as vontades individuais são produtoras do melhor resultado.

No processo de conhecimento, não há dúvida que a vontade individual dos sujeitos produz o melhor. Entretanto, como se pauta essa dicotomia no processo de execução da pena? Permanece a contraposição entre as partes? Seria a melhor lógica a vontade dos atores individuais? Para questionar tais fatos, adentrar-se-á no próximo tópico de discussão.

2.3 John Nash – a quebra do paradigma de Adam Smith e as lições que podem ser extraídas (o perigo da história singular)

Como já mencionado, Adam Smith propunha, em sua teoria, que a vontade dos atores individuais, em um mercado livre, conduziria a um bem comum, mesmo que o interesse desses indivíduos fosse privado. Note-se que, nessa teoria, não se fala em dilemas de cooperação, mas em deixar as pessoas serem livres e exercerem suas liberdades, pois, ainda que assim não o desejem, produzirão um bem-estar social por meio de suas condutas. O maior exemplo disso é a frase em que Adam Smith diz que não vive da boa vontade do açougueiro, do padeiro ou do cervejeiro, mas sim da vontade que eles têm em realizar seus próprios interesses (MANKIW, 2011, p. 11).

Porém, John Nash¹⁰ constrói um novo entendimento, dizendo que nem sempre as vontades individuais levam ao melhor resultado possível. Ele vem para dizer (e demonstrar matematicamente) que em determinadas situações, somente trabalhando em sistemas de colaboração é possível chegar ao melhor resultado. Caso cada pessoa atue para tentar melhorar sua posição, olhando isoladamente seu panorama, não conseguirá atingir o melhor resultado possível (MANKIW, 2011, p. 355). A tese de Nash, que trata sobre dilemas de

¹⁰ John Nash teve parte de sua trajetória narrada no filme *Uma mente brilhante*. Também ganhou o prêmio Nobel em 1994, por seu trabalho no campo da matemática (MANKIW, 2011, p. 360).

cooperação, é o embasamento teórico para a Teoria dos Jogos. Para entender, portanto, a teoria de John Nash, utilizar-se-á o dilema dos prisioneiros. Primeiramente, deixa-se claro que a abordagem será econômica, para depois, analogamente, aplicar os pressupostos lógicos de tal teoria para os fins do presente estudo.

Para N. Gregory Mankiw, há dificuldade de se manter o dilema de cooperação na Teoria dos Jogos, uma vez que a lógica que perpassa os dilemas de cooperação não é compreensível a partir do ponto de vista individual. Não conseguindo visualizar o aspecto geral (pois só olham o individual), os sujeitos chegam a um pior resultado para todos. As vantagens dos dilemas de cooperação só podem ser compreendidas se visualizadas no aspecto coletivo (MANKIW, 2011, p. 355). Todavia, em jogos repetitivos, há a possibilidade de implementação de colaboração, a partir de criação de mecanismos específicos.

Ao abordar o tema, N. Gregory Mankiw traz um exemplo esclarecedor: há provas concretas para a condenação de duas pessoas pelo delito de porte de arma de fogo, o que resultaria na pena de um ano para cada acusado. Porém, como há a suspeita da participação dessas pessoas em um assalto a banco, colocam-se tais pessoas em salas separadas (2011, p. 354-355). No interrogatório, a oferta feita aos acusados (sem que um tenha contato com o outro, ou saibam da decisão do outro) é a seguinte: tem-se prova para a condenação pelo delito de arma de fogo, que resultaria em um ano de prisão. Contudo, se o acusado colaborar, testemunhando contra seu comparsa, provando a participação dele no assalto, estará isento de pena. Porém, se os dois acusados confessarem, receberão pena de 8 anos cada (MANKIW, 2011, p. 354). O dilema é posto em um quadro para melhor análise das possibilidades:

Figura 1: Quadro da representação gráfica do dilema dos prisioneiros.

FIGURA 1

Decisão de Bonnie

		Decisão de Bonnie	
		Confessar	Permanecer em Silêncio
Decisão de Clyde	Confessar	Bonnie é condenada a 8 anos Clyde é condenado a 8 anos	Bonnie é condenada a 20 anos Clyde é solto
	Permanecer em Silêncio	Bonnie é solta Clyde é condenado a 20 anos	Bonnie é condenada a 1 ano Clyde é condenado a 1 ano

O Dilema dos Prisioneiros

Neste jogo entre dois criminosos suspeitos de ter cometido um crime, a sentença que cada um deles recebe depende tanto de sua própria decisão de confessar ou permanecer em silêncio quanto da decisão tomada pelo outro.

Fonte: MANKIW, 2011, p. 355.

O que diz, então, a lógica tradicional do mercado? Que a vontade individual levaria ao melhor bem comum. No entanto, Bonnie, ao analisar sua situação a partir de um panorama individual, verá que a melhor opção para ele será confessar. Isso porque, se confessar, ou ficará livre ou permanecerá 8 anos preso (dependerá da atitude do Clyde) (MANKIW, 2011, p. 354). Porém, se não confessar, seu risco é muito maior, uma vez que poderá ficar 20 anos preso (ou 1 ano). Note-se a desproporcionalidade entre os riscos assumidos entre confessar (8 anos ou liberdade) e não confessar (20 anos ou 1 ano) (MANKIW, 2011, p. 355).

Logo, Bonnie escolhe confessar. Clyde faz o mesmo raciocínio, uma vez que analisa sua estratégia individualmente. Aqui, a vontade individual não gera o melhor resultado, porque, conforme se pode observar, a melhor estratégia seria ambos não confessarem (e cada um ficar com uma pena de 1 ano). A colaboração, então, seria o melhor caminho. Só que no dilema dos prisioneiros, os dilemas de cooperação não funcionam, porque as partes não conseguem analisar a estratégia pelo coletivo, apenas pelo individual. Mesmo que em algum momento enxergassem pelo coletivo, estariam fortemente tentadas a trapacear, pois em alguns instantes isso poderia ser muito vantajoso (individualmente analisado) (MANKIW, 2011, p. 354). Desse modo,

a essência desse jogo está na estrutura de seus ganhos. O pior resultado possível para cada jogador surge quando um deles coopera e o outro trapaceia. O melhor resultado possível, para que cada jogador coopere, não é o equilíbrio de Nash, porque não é do interesse pessoal de nenhum dos jogadores cooperar se o outro cooperar. É essa incapacidade de atingir o melhor resultado possível para ambos os jogadores – o melhor resultado social no caso de os dois jogadores serem a economia inteira. (PARKIN, 2009, p. 300)

Sendo assim, o dilema de cooperação quebra com uma lógica milenar na economia: a de que a busca do bem-estar individual leva, inconsequentemente, ao bem estar comum. É importante ressaltar que os dilemas de cooperação, apesar de difíceis, podem ser concretizados. Nesse sentido,

o dilema dos prisioneiros mostra que a cooperação é difícil. Mas será impossível? Nem todos os prisioneiros ao serem interrogados pela polícia, decidem delatar seus cúmplices. Os cartéis às vezes conseguem manter acordos de conluio, apesar dos incentivos que cada membro individual tem para desertar. Frequentemente, o motivo pelo qual os jogadores conseguem resolver o dilema dos prisioneiros se deve ao fato de que não participam do jogo apenas uma vez, mas muitas vezes. (MANKIOW, 2011, p. 359)

Demonstrada a possibilidade de aplicação de um dilema de cooperação, conclui-se que os dilemas de cooperação ensinam algo valioso. Existem determinadas situações em que deixar com que os atores busquem sua vontade individual pode não ser o mais benéfico a ser realizado, pois cada qual, andando no sentido daquilo que lhe satisfaz, não atinge o melhor resultado possível dentro daquele determinado assunto. Eis aí uma particularidade: não se consegue aplicar a lógica de cooperação no processo de apuração do juízo condenatório do réu por uma questão lógica básica, já explorada anteriormente: há interesses contrapostos. Não existe como otimizar os benefícios, na apuração do fato, pelo regime de colaboração. Isso porque enquanto um busca condenar, o outro

busca livrar-se. Porém, acredita-se que, no processo de execução penal, a lógica aplicada pode ser a de cooperação.

Isso porque no processo de execução penal existe a necessidade da ressocialização. Quanto a esta, não há como se estabelecer racionalmente uma contraposição, uma vez que a ressocialização deve ser um fator a ser alcançado pela conjugação dos esforços de todos os envolvidos na execução da pena. Logo, há viabilidade racional para a aplicação dos dilemas de cooperação, pois as vantagens individuais desaparecem com a sentença condenatória. Como fazer isso? Como maximizar esse interesse e trazer o acusado/MP para esse dilema de cooperação? Nesse ponto, acredita-se que os benefícios seriam mútuos na medida em que o processo de execução penal pode(ria) ser utilizado para a construção de uma nova história.

Uma nova história? Sim. Se a “história” construída no processo de conhecimento é realizada com o intuito de apurar o fato, é ela suficiente para a ressocialização (uma das intenções do processo de execução penal – ressocializar/retribuir)? É nesse ponto em que se acredita que há a abertura para algo novo. Como isso pode ser buscado? Através de uma análise de como é e como pode ser maximizada a execução penal, como instrumento de construção de histórias complexas, que busquem trazer à baila o indivíduo como um todo, pois o fato (penalmente punível) é apenas um evento, dentro de uma sucessão deles, na vida da pessoa.

Isso não apenas trará uma maior humanização ao processo penal, já que uma história completa fará com que se compreendam muitas coisas, mas também trará um debate público aberto e amplo. Não haverá apenas a história do fato, que cria o estereótipo – e nas palavras de Chimamanda Adichie (2009), como já citado, o estereótipo não é errado, é incompleto. Com histórias incompletas, não haverá a possibilidade de ressocialização, nem de um debate público democrático sobre o que é o fenômeno social do delito. Seria como tentar montar um quebra-cabeça com metade das peças faltando.

Por isso, nesse momento de transição, buscar-se-á ilustrar, por meio da literatura, como uma história para além do fato pode ajudar a contribuir com a democracia, que deve e pode ser efetivada por meio do processo de execução penal, através de dilemas de cooperação entre os sujeitos processuais.

3 Os desafios: exemplificando o aporte teórico por meio da literatura

Postas as questões do capítulo anterior, que embasam a possibilidade de aplicação de dilemas de cooperação no processo de execução penal, a fim de criar histórias complexas, a fim de dar azo ao conceito teórico do capítulo primeiro e possibilitar a compreensão do propósito deste trabalho, ilustrar-se-á a teoria por meio da literatura. Para tanto, serão utilizadas as obras *O Mágico de Oz*, de L. Frank Baum; e *Wicked* (roteiro do musical), de Stephen Schwartz (que é uma adaptação da obra *Wicked*, de Gregory Maguire).

3.1 Ilustrando: entre as obras O Mágico de Oz e Wicked

Na academia sempre se discutem as ideias, pois quando o mundo das ideias se altera, o dos fatos apenas corresponde. Porém, a fim de estimular o leitor para a finalidade do aporte teórico aqui descrito, criar-se-á uma situação dentro da literatura com o intuito de demonstrar a abordagem aqui realizada.

A leitura da obra *O Mágico de Oz* inicia contando sobre a vida de Dorothy, que era órfã e foi morar no Kansas com seu Tio Henry e sua Tia Em. Logo no primeiro capítulo, a casa onde Dorothy vivia é atingida por um ciclone, de forma que a casa é levada, com Dorothy e Totó dentro (BAUM, 2013, p. 10). Dorothy, após o ciclone, acorda em um lugar muito belo, para o qual a casa fora levada. Neste lugar, Dorothy começa a encontrar criaturas diferentes das quais estava acostumada a ver.

Dorothy descobre que matou uma Bruxa e se espanta com o ocorrido, afinal, considera-se uma garota delicada e indefesa para cometer tal atrocidade. Porém, a senhora se apresenta como a Bruxa Boa do Norte, que não era tão poderosa quanto a Bruxa Malvada do Leste. Afirma a Bruxa do Norte que o Leste e o Oeste eram governados por duas bruxas más. E que, como Dorothy acabara de matar a bruxa do Leste, apenas restava a Bruxa do Oeste (BAUM, 2013, p. 14).

Nessa narrativa, a Bruxa do Norte deixa claro que desconhece o caminho para o Kansas (terra dos tios de Dorothy) e que ela deveria encontrar o poderoso Mágico, onde poderia encontrar respostas sobre o caminho para casa (BAUM, 2013, p. 17). Dorothy, para chegar a Oz, decide utilizar os sapatos da Bruxa do Leste, por serem sapatos que a Bruxa do Norte disse que lhe pertenceriam pelo fato de ter matado a Bruxa do Leste, pois tais sapatos eram especiais (BAUM, 2013, p. 19). Durante o trajeto à cidade das Esmeraldas, o povo trata Dorothy muito bem, afinal ela os havia livrado da escravidão da Bruxa do Leste. Consideravam que ela era uma bruxa boa, pelo poder de derrotar a Bruxa Má do Leste (BAUM, 2013, p. 22).

Dorothy encontra alguns amigos pelo caminho, quais sejam, o Espantalho, o Homem de Lata e o Leão Covarde. Eles formam um grupo a caminho de Oz. Ao chegar em Oz, o Mágico recebe Dorothy, e promete enviá-la ao Kansas se ela matar a Bruxa Malvada do Oeste (BAUM, 2013, p. 81):

E assim, mesmo sem ter certeza se queriam fazer tal proeza, Dorothy e seu grupo decidem marchar à procura da Bruxa do Oeste (BAUM, 2013, p. 86). Há uma disputa entre a Bruxa Malvada do Oeste e o grupo de Dorothy. No fim, a Bruxa domina o grupo, fazendo de Dorothy sua refém (BAUM, 2013, p. 95).

Por um tempo, a Bruxa obrigou Dorothy a fazer as atividades do castelo, e deixou o Leão passar fome, a fim de forçá-lo a fazer o que queria. Isso só não acontecia porque Dorothy levava comida escondida durante a noite ao Leão. Tramavam, durante a noite, uma maneira de fugir daquele local (BAUM, 2013, p. 97).

A Bruxa desejava muito os sapatos prateados de Dorothy, pois sabia do poder deles. Porém, a menina apenas os tirava para dormir e quando ia tomar banho. A Bruxa tinha medo de escuro e também de água (BAUM, 2013, p. 99). Em uma discussão, quando a Bruxa tomou um dos sapatos de Dorothy por conta de um truque de mágica, Dorothy lançou um balde de água na Bruxa, fazendo com que ela derretesse, pois esse era seu ponto fraco (BAUM, 2013, p. 99).

Com a ajuda dos antigos escravos da Bruxa Má, Dorothy recupera seus amigos, que então marcham em sentido à Cidade das Esmeraldas, com o intuito de fazer com que o Mágico de Oz cumpra sua promessa (BAUM, 2013, p. 104). É nesse momento que descobrem que o Mágico não passa de um impostor. Não há nele nada de grandioso como os cidadãos acreditavam; ele apenas era um charlatão que se escondia atrás de seus truques de ilusionismo (BAUM, 2013, p. 117).

O Mágico consegue enganar a todos do grupo de Dorothy, ludibriando-os em seus desejos, exceto Dorothy, que ansiava por voltar ao Kansas, com sua Tia Em e seu Tio Henry. Sendo assim, decidem buscar ajuda com Glinda, a Bruxa Boa do Sul (BAUM, 2013, p. 134). Ao encontrar Glinda, Dorothy descobre que a forma de sair de Oz estava com ela o tempo todo: nos sapatos prateados. Após se despedir dos amigos, retorna ao Kansas. Ao chegar, percebe que perdeu os preciosos sapatos durante a travessia do deserto, e vê a nova casa que seu tio havia construído. É recebida por Tia Em, que pergunta onde a menina havia estado. “Na terra de Oz – disse solenemente Dorothy. – Totó está aqui também. E nossa, Tia Em! Estou tão contente por estar em casa outra vez!” (BAUM, 2013, p. 159).

Desde 1900 ouve-se a história das bruxas más e boas de Oz, bem como do falastrão Mágico de Oz, que engana o povo da Cidade de Esmeraldas com seus truques. Se for analisada estritamente a história apresentada em Oz, como se poderia descrever a Bruxa Malvada do Oeste?

A julgar por tudo o que fez a Dorothy e seus amigos durante a jornada, não se poderia descrever como uma pessoa boa. Não é em vão que carrega o adjetivo “malvada” em seu nome. Todas as pessoas que rodeavam a Cidade de Esmeraldas temiam a Bruxa Malvada do Oeste, pois esta era poderosa. Mas se ela pudesse ser levada a julgamento, qual seria a reação dessas pessoas? Possivelmente não seria uma reação das melhores, uma vez que desejavam seu fim, pois ela representava o que existia de pior naquelas terras bonitas e verdes.

Caso fosse hipoteticamente levada a Juízo, a Bruxa Malvada do Oeste personificaria o mal que afligia aquelas pessoas. Dentre elas, Dorothy, a garota delicada e adorável, que jamais seria capaz de fazer mal a alguém. Se isso se transformasse em um Inquérito Policial na Polícia de Oz e conseqüentemente uma denúncia pelo Órgão acusador de Oz, quais seriam as versões levantadas e como se enxergaria a Bruxa Malvada? Não há necessidade de dizer que o cenário não seria nada favorável. Essa Bruxa representaria tudo o que se desejaria combater: o mal personificado, atingível. O que levantar em defesa da Bruxa? Papel mais difícil: ela é estigmatizada; o mal é o seu sobrenome.

Porém, se houvesse a possibilidade de se ver a história com diferentes olhos, como seria? Atendendo esse questionamento, Gregory Maguire, em 1996, trouxe uma nova perspectiva ao enredo, em sua obra intitulada *Wicked*. Da obra, surgiu um musical com o mesmo nome em 2003, escrito por Stephen Schwartz. Neste trabalho, será utilizado o roteiro do musical.

Entre *O Mágico de Oz* e *Wicked*, mais de 96 anos se passaram para que se pudesse ouvir uma nova perspectiva sobre a história. É um novo mundo a ser explorado. Uma das primeiras coisas que chama atenção, ao abrir o roteiro do musical, é que a Bruxa Malvada do Oeste possui um nome: Elphaba. O roteiro começa com o anúncio da morte da Bruxa. O povo de Oz está em êxtase, pois a notícia da morte se espalhou, e eles acreditam que finalmente o bem havia vencido o mal, e Oz estaria livre de maldades. Nesse trecho, o povo

conversa com G(a)linda (a Bruxa Boa do Norte). Glinda dá a notícia da morte da Bruxa malvada do Oeste, através de uma criança, que se utilizou de um balde de água (SCHWARTZ, 2009)¹¹.

Os moradores perguntam a Glinda como a maldade surge. As pessoas nascem más ou desenvolvem a maldade durante a vida? Glinda conta um pouco da história da Bruxa: diz que a Bruxa Malvada do Oeste teve um pai, que foi Governador da Terra de Munchlinkland; que teve uma mãe, que traía seu pai em suas ausências; e que o nascimento da Bruxa Malvada do Oeste foi algo extraordinário, pois ela era verde. Narra também a rejeição, pelo fato de a Bruxa ter nascido com essa condição. Glinda conclui: “não deve ter sido fácil!” (SCHWARTZ, 2009, tradução nossa).

Então, o enredo remete ao passado. Elphaba (a Bruxa Malvada do Oeste) vai para Shiz estudar. A primeira reação não é das melhores, pois as pessoas veem que Elphaba é diferente, afinal, ela é verde. Elphaba lida com a situação ironicamente. Porém, seu pai (Frex) adverte que apenas a enviou a Shiz para estudar por conta de sua irmã, Nessarose, cuja cor não é verde, que demonstra ser, pelo enredo, a preferida de seu pai. Nessarose é paraplégica. Nesse exato momento, de início de estudos em Shiz, Frex dá a Nessarose um presente: um par de sapatos prateados (SCHWARTZ, 2009).

Frex se despede de Nessarose, com ternura. Quanto a Elphaba, apenas diz para que cuide da sua irmã e não arrume confusão. Elphaba, em Shiz, desde cedo, demonstra sua habilidade com feitiçaria, o que chama a atenção de Madame Morrible. A propósito, Madame Morrible é a professora de feitiçaria na escola de Shiz. Ela fala a Elphaba que escreverá ao Mágico de Oz, pois ela é o talento que eles estavam esperando (SCHWARTZ, 2009).

¹¹ Todas as referências ao roteiro do musical, apresentados ao longo desta seção, são oriundas de SCHWARTZ, Stephen. *Wicked script*. Disponível em: <<http://wickedlywicked.blogspot.com.br/2009/01/wicked-script.html>>. [30 jan. 2009 (2003)]. Acesso em: 06 set. 2017. Com o intuito de evitar a repetição da referência, embora o texto seja de acesso on-line, a referência será indicada com precisão apenas quando houver citação direta; nos casos em que há citação indireta, a referência constará apenas de autoria e ano.

Elphaba então se dá conta de que aquilo que ela estava tentando esconder era o que poderia torná-la um orgulho para sua família. Especialmente para seu pai e sua irmã, que tinham vergonha dela; seu pai passaria a se orgulhar. As pessoas em Oz a apreciariam, pois o Mágico de Oz faria com que isso acontecesse. Eles promoveriam o bem juntos, com a sabedoria do Mágico (SCHWARTZ, 2009).

Elphaba e Galinda se tornam amigas. Galinda descobre um pequeno vaso com líquido verde debaixo do travesseiro de Elphaba, que conta que era de sua mãe. Conta a Galinda que carrega a culpa da morte de sua mãe, pois ela morreu ao dar à luz Nessarose, pelo fato de seu pai (Frex) tê-la feito beber muito um líquido, por medo de que Nessarose também nascesse verde. Por conta disso, além da morte de sua mãe, Nessarose nasceu prematura e com as pernas tortas (SCHWARTZ, 2009).

Elphaba finalmente vai ao encontro do Mágico de Oz. Ao encontrar o Mágico, ele se apresenta em sua forma natural, sem os artifícios que costuma usar para impressionar as pessoas. Madame Morrible entra na sala e traz um livro antigo, com uma linguagem perdida de feitiços. Entrega a Elphaba que o lê sem maiores dificuldades. Ela faz o que o Mágico pede. Todavia, não sabia que estava sendo manipulada para interesses escusos do Mágico. Elphaba não aceita. Foge do Mágico e de Madame Morrible, levando o livro consigo. Madame Morrible anuncia na imprensa para que os cidadãos de Oz capturem a pessoa verde que causa repulsa ao natural, que se trata de uma Bruxa Malvada (SCHWARTZ, 2009).

Elphaba utiliza-se do livro para fugir. Os guardas de Oz gritam: “Olhem para ela. Ela é a Bruxa!” (SCHWARTZ, 2009, tradução nossa). Os moradores de Oz não se sentem mais confortáveis, pois temem a Bruxa.

Começa uma caça à bruxa. O cenário muda para o lugar onde a bruxa se esconde; Dorothy está chorando. A bruxa afirma que apenas quer os sapatos. Glinda aparece para alertar Elphaba que os caçadores estão vindo atrás dela. Elphaba decide parar com a

resistência, após receber uma carta. Elphaba pede que Glinda nunca limpe seu nome e lhe entrega o poderoso livro. Ambas reconhecem que mudaram para melhor graças à amizade (SCHWARTZ, 2009).

Então Elphaba some, apenas sobrando o chapéu e uma garrafa de líquido verde. Glinda fica com as coisas, entregues por um dos macacos com asas. Glinda confronta o Mágico com a garrafa. Ele descobre que Elphaba era sua filha e chora. Glinda diz que ele deve partir de Oz, e que isto é uma ordem (SCHWARTZ, 2009).

Nesse cenário final, descobre-se que tudo foi um jogo de ilusionismo criado pela Bruxa, que fingiu a própria morte. Ela decide viver em segundo plano, sem que ninguém saiba de sua existência, pois só assim estaria salva. (SCHWARTZ, 2009), e assim as cortinas se fecham, encerrando o musical.

Pela leitura dos textos, visualiza-se uma grande diferença de identidade entre a representação da Bruxa Malvada do Oeste na obra *O Mágico de Oz* e no musical *Wicked*. O musical traduz Elphaba em toda a sua complexidade, trazendo, portanto, pontos de identidade para com o leitor.

Guardando as possibilidades de um mundo real, *Wicked* vem para dar uma lição importante: é preciso ouvir mais histórias. Em primeiro lugar, porque desde muito se ouve a história de *O Mágico de Oz* e se projeta uma imagem da bruxa. Porém, com a chegada de *Wicked*, pode-se reconstruir uma nova história para a Bruxa Malvada do Oeste.

Logo, sem a pretensão de responder perguntas, mas sim de criá-las, quais as histórias que não estão sendo contadas no processo criminal? Se o processo em que se apura o juízo condenatório é um processo voltado para o fato, a partir da vontade individual dos sujeitos processuais, não se pode ampliar essa perspectiva no processo de execução para, à medida que se trabalha em um regime de colaboração, construir histórias complexas, que vão além do fato e possibilitam trabalhar de forma mais eficaz sobre a ressocialização e sobre a democracia (pois abre um debate público com um conhecimento mais amplo sobre as questões nele envolvidas)?

Nessa perspectiva, visualiza-se que há potencialidade de melhora no paradigma que dá norte à execução criminal. Isso se dá pelo fato de que o pressuposto para a ressocialização não pode ser uma história baseada apenas no fato, pois ela é reducionista e simplória. Criando um cenário para a construção de um paradigma diferente, o cenário de 70% de reincidência penitenciária poderá ser melhorado. É preciso resgatar as histórias complexas, pois apenas elas tornarão efetiva a ressocialização.

4 Considerações finais: (re)construindo histórias

A Constituição da República diz que um de seus objetivos é construir uma sociedade livre, justa e solidária. Também afirma que é seu objetivo erradicar as desigualdades sociais. Tendo sempre como base essa premissa, ao olhar para o Estado e para as instituições que o compõem, deve-se, por meio delas, concretizar tais objetivos, pois o comando parte da própria norma constitucional. Sendo assim, o vetor de interpretação do sistema jurídico-normativo deve estar em consonância com tais normas constitucionais, a fim de dar-lhes a devida supremacia. Isso faz parte da própria força normativa da Constituição.

Concretizar a Constituição é abdicar da concretização do poder em sua forma pura: é compreender que a Constituição é a forma de desenvolvimento e estrutura do Estado, onde politicamente um Estado se organiza para a concretização dos objetivos ali estabelecidos. Logo, sempre ao analisar as questões postas no dia a dia das atividades estatais, a vontade de concretizar a Constituição deve(ria) ser um objetivo posto como consequência natural da própria existência do Estado.

Concretizar a Constituição não é uma tarefa fácil, e perpassa o questionamento diário dos institutos que são postos. Sob essa perspectiva, a tarefa realizada nesse trabalho se desenvolveu nesse sentido. Ao questionar a forma como o processo penal se constitui, busca-se, por meio do raciocínio hipotético-dedutivo, demonstrar

como o processo se constitui. Foi constatado que o juízo que antecede a condenação possui uma lógica liberal, na medida em que a vontade dos atores individuais produz o melhor resultado.

Foi analisada a impossibilidade de cooperação, pela contraposição das partes no juízo que antecede a condenação/absolvição. Concluiu-se que essa parte do processo é voltada para o fato, por questões óbvias de tempo, racionalidade e interesse das partes, que é antagônico. Todavia, uma história baseada apenas no fato delituoso é uma história singular, simples, pois é apenas um detalhe na vida de uma pessoa. Assim, buscou-se construir a ideia de histórias complexas, a partir de dilemas de cooperação.

As histórias complexas vão além de uma simples perspectiva: buscam devolver a dignidade das pessoas, já que analisam a pessoa em sua totalidade, em diversos aspectos e visões, não apenas em eventuais fatos isolados. Logo, para alcançar o fim da ressocialização, que é um dos objetivos da pena, deve-se passar pelo crivo das histórias complexas.

As histórias complexas poderão auxiliar, segundo o que foi desenvolvido, em dois aspectos: 1) a humanizar o condenado, uma vez que pode ser construída uma nova história, para além dos fatos, a fim de atingir o fim da ressocialização, que perpassa a busca de problemas e as possíveis soluções; e 2) um debate público amplo sobre o delito. Isto se dará pela possibilidade da maior alteridade, conforme essas histórias complexas atingirem as pessoas na mesma intensidade que as histórias simples (reduzidas ao fato) o são.

Nessa perspectiva, ao reduzir o condenado ao fato, desenvolve-se a aversão. Isso é natural, porque, via de regra, os fatos delituosos são repugnantes. Não é à toa que o Direito Penal precisa tutelá-los. Todavia, ao desenvolver uma história para além do fato, complexa, podem ser desenvolvidos pontos de identidade, que trarão questionamentos sobre soluções simples e reducionistas.

No contexto exposto, foi apresentada ao leitor a narrativa da obra infantil *O Mágico de Oz*. Contudo, ao se deparar com a

narrativa de *Wicked*, pode-se ver um outro lado da Bruxa Malvada do Oeste: pode-se vê-la como Elphaba.

A alteridade no Direito Penal começará a surgir quando as histórias complexas começarem a surgir. As pessoas precisam ver mais que o fato delituoso em si. Note-se que aqui não se está afirmando que o criminoso não deve responder pelos seus atos, pois deve, e para isso existe o processo penal. Porém, superada a fase onde se discute o fato, com um juízo condenatório, a possibilidade de debates e construção de histórias deve ser ampliada, dentro do juízo da execução.

Não se pode olvidar que existe um controle das histórias que são contadas. Quais histórias são contadas, como são contadas, por quem são contadas e de que maneira (em que amplitude) são contadas. Isso faz parte das relações de poder. No entanto, a academia deve questionar discussões como essa, a fim de dar azo à força normativa da Constituição. De concretizar um cenário democrático mais forte, com a possibilidade de construção de histórias que não estão sendo contadas ou ditas por falta de interesse político.

Esse trabalho se resume a essa inquietação; sem a presunção de ter respostas para todas as questões levantadas, traduz-se na possibilidade de questionar os institutos e instituições postos, visto que os mesmos devem sempre dar azo a força normativa da Constituição e, dentro dessa perspectiva, dos princípios, direitos e garantias fundamentais.

Referências

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **The danger of a single story**. Disponível em: <www.ted.com/talks/chimamanda_adichie_the_danger_of_a_single_story#t-1069244>. Acesso em: 10 set. 2017. [Filmado em Julho de 2009]

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BAUM, L. Frank. **O mágico de Oz**. Tradução de Maurício Tamboni. São Paulo: Universo dos Livros, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível

em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**.

Disponível

em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Exposição de motivos n. 213, de 9 de maio de 1983**. Exposição de

motivos da Lei de Execução Penal. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 10 set.

2017.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>.

Acesso em: 10 set. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Punitivismo desmedido e ideológico**

(a posição de Jörg Stippel. 2015. Disponível em:

<<http://emporiodireito.com.br/punitivismo-desmedido-e-ideologico-a-posicao-de-jorg-stippel-por-jacinto-coutinho/>>. Acesso em: 10 set.

2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar

Ferreira Mendes. [s. l., s. n.], 1991.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Tábua completa de**

mortalidade para o Brasil - 2015. Rio de Janeiro: [s. n.], 2016. Disponível

em:

<ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2015/tabua_de_mortalidade_analise.pdf>.

Acesso em: 10 set. 2017.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Reincidência criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro: [s. n.], 2015. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572_bba385357003379ffeb4c9aa1fod9.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-07-1984**. 13. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. at. São Paulo: Atlas, 2012.

PARKIN, Michael. **Economia**. Tradução de Addison Wesley. 8. ed. São Paulo: Addison Wesley, 2009.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHWARTZ, Stephen. **Wicked script**. Disponível em: <<http://wickedlywicked.blogspot.com.br/2009/01/wicked-script.html>>. [30 jan. 2009 (2003)]. Acesso em: 06 set. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16 ed. ver. e at. São Paulo: Saraiva.

Adolescentes, ato infracional e sofrimento psíquico na legislação brasileira: punição ou tratamento?

Alana Katiúscia Schütz da Silva¹

1 Introdução

Sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente, e do problema: “Qual é o significado do símbolo do autor de ato infracional acometido de sofrimento psíquico no sistema legal brasileiro?”, o presente trabalho propõe um estudo que busca avaliar a hipótese de que o autor de ato infracional acometido de sofrimento psíquico, herdeiro de um desenvolvimento historicamente precário em relação ao tratamento dispensado aos pacientes acometidos de sofrimento psíquico, se encontra em uma situação de vulnerabilidade perante o sistema social de controle legal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990) dispõe em seu artigo 112 e incisos, um rol taxativo das medidas socioeducativas que podem ser aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei. Em seu parágrafo 3º, o artigo 112, refere que aos adolescentes portadores de doença ou deficiência mental será dado tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Imed. Pós- graduanda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá/CERS. E-mail: alana.schutz@hotmail.com

O objetivo geral do presente trabalho é desenvolver um estudo que possibilite ao pesquisador o entendimento do contexto no qual o autor de ato infracional acometido de sofrimento psíquico se encontra no Brasil.

O trabalho encontra sua relevância social ao dispor de atenção científica sobre um problema que promove discussões objetivamente incompatíveis com um Estado Democrático de Direito. Discussões tão atuais quanto a da PEC 171, aprovada no ano de 2015 e os princípios que regem o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de propor cuidados para os adolescentes acometidos de sofrimento psíquico a serem estudados no presente trabalho, que, como fins em si mesmo, nunca deixam de ser tão importantes quanto qualquer ser social.

A forma de tratamento dispensada pelo Estado brasileiro a adolescentes que venham a ser considerados autores de atos infracionais e acometidos de sofrimento psíquico, faz parte do conjunto de problemas que, aos olhos da crítica acadêmico-jurídica, não podem passar despercebidos. Merecem atenção especial, uma vez que comumente, esses atos infracionais geram debate social sobre o incremento da resposta estatal a esses adolescentes.

É a partir da constatação do problema social causado pelo referido tratamento dispensado aos adolescentes infracionalizados que carecem, emergencial e evidentemente, de um tratamento mais bem estruturado. Ainda, é necessário um conjunto legal mais apto a observar a situação na qual estes adolescentes se encontram como pacientes de um sistema judiciário que hoje se vê de mãos atadas no momento de tratar dos referidos problemas. Tais problemas explicitam a carência de atenção científica do assunto pelos legisladores.

No presente trabalho busca-se diagnosticar o problema no tratamento dispensado aos adolescentes em conflito com a lei acometidos de sofrimento psíquico através do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a análise dos direitos individuais destes adolescentes e os princípios previstos no Estatuto. Ainda, mostrar

como o Direito Infracional é autônomo ao Direito Penal, bem como que a política manicomial é uma punição que passa a funcionar a partir do cometimento de atos descritos como condutas criminais pelo ordenamento jurídico.

O método utilizado para o desenvolvimento da pesquisa será predominantemente indutivo de forma que será feita pesquisa bibliográfica apta à crítica em relação ao tratamento dispensado aos adolescentes autores de ato infracional acometidos de sofrimento psíquico.

2 Ato infracional e sofrimento psíquico: do menorismo à proteção integral

O presente tópico busca fazer uma diferenciação entre o Direito Penal e o Direito Infracional, de forma que possa mostrar que esses dois institutos não estão conectados, frente à autonomia do Direito Infracional, o que permitiria a distinção entre o adulto e o adolescente. Contudo, para melhor elucidar a questão faz-se necessário delinear alguns elementos do revogado Código de Menores de 1979 para o vigente Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não apenas o Código de Menores de 1927 (Decreto 17.943-A de 12 de Outubro de 1927), mas também o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697, de 10 de Outubro de 1979) se referem a uma espécie de “classe social de menores”. Nos referidos diplomas percebe-se que os sujeitos destinatários de seus conteúdos eram aqueles que se encontravam em uma situação irregular² ou em

² O artigo 2º do Código de Menores de 1979 possuía um rol taxativo, o qual dizia o que era considerado como “situação irregular”. Veja-se:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

perigo material ou moral (COSTA, 2012, p. 130), o que deu início à chamada Doutrina da Situação Irregular.

Nota-se que durante a vigência do referido Código havia uma latente criminalização da infância pela falta de condições econômicas da família do “menor”, de modo que não conseguiam prover o sustento destes, motivo pelo qual o Estado poderia intervir e retirar as crianças e adolescentes da tutela de seus pais³.

Dessa forma, o Estado se desincumbia de sua responsabilidade através da desigualdade social que assolava o país, de modo a sancionar os “menores” por serem pobres. Sobre essa questão, se manifesta Saraiva (2013, p. 58):

Neste tempo de vigência do Código de Menores, a grande maioria da população infanto-juvenil recolhida às entidades de internação do sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por crianças e adolescentes, “menores”, que não eram autores de fatos definidos como crime na legislação penal brasileira. Estava consagrado um sistema de controle de pobreza, que Emílio Garcia Mendez define como sociopenal, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais. Prendiam a vítima. Esta também era, por consequência, a ordem que imperava nos Juizados de Menores.

O Estado não fazia diferenciação entre o que era responsabilidade penal e política social. Ainda, essa Doutrina da

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

³ Art. 45 A autoridade judiciária poderá decretar a perda ou suspensão do pátrio poder e a destituição da tutela dos pais ou tutor que:

I - derem causa a situação irregular do menor.

Situação Irregular tinha como uma de suas marcantes características o tratamento dispensado a crianças e adolescentes, os quais eram vistos como meros objetos que precisavam da proteção do Estado, de modo que a incapacidade desses sujeitos de lhes ser atribuída qualquer responsabilidade os colocava em uma condição similar aos inimputáveis acometidos de algum sofrimento psíquico, pois as medidas aplicadas ocorriam por tempo indeterminado, de forma que se assemelhava à aplicação da medida de segurança aos inimputáveis por incapacidade mental (SARAIVA, 2013, p. 48). Ou seja, as crianças e adolescentes eram vistos como pessoas mentalmente incapazes, sem aptidão para demonstrar qualquer opinião e não como sujeitos em pleno desenvolvimento.

A necessidade de instauração de uma nova legislação no Brasil com o intuito de propor uma proteção especial àqueles que, notoriamente, se encontram em uma situação diferenciada de desenvolvimento, surgiu através da comunidade internacional. Com o advento da Declaração Universal dos Direitos da Criança⁴, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1959, a criança foi deixando de ser vista como mero objeto para ser pessoa de direitos e obrigações que caracterizam sua condição de desenvolvimento. Esta Declaração, pode-se dizer, serviu de base para a construção da Doutrina da Proteção Integral que mais tarde foi se sedimentando (LIBERATTI, 2012).

Nesse contexto, o Brasil estava se tornando signatário de diversos tratados e convenções internacionais, e se viu na obrigação de alterar a legislação menorista em vigor. Foi apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988⁵ que a Doutrina da

⁴ Princípio I - A criança desfrutará de todos os direitos enunciados nesta Declaração. Estes direitos serão outorgados a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família.

⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

Proteção Integral foi consolidada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, mais tarde, ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Costa (2012, p. 131) define bem o que é a Doutrina da Proteção Integral:

A Doutrina da Proteção Integral é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Parte do reconhecimento normativo de uma condição especial, ou peculiar, das pessoas desse grupo etário (zero a 18 anos), que devem ser respeitadas enquanto sujeitos de direitos. Crianças e adolescentes, a partir de então, ainda que no texto normativo, foram reconhecidos em sua dignidade, pessoas em desenvolvimento, que necessitam de especial proteção e garantia dos seus direitos [sic] por parte dos adultos: Estado, família e sociedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê como medida socioeducativa excepcional a medida de internação, que pode ser aplicada em apenas três hipóteses: I - quando tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. O Estatuto estabelece ainda que a medida de internação não excederá a três anos em nenhuma hipótese, devendo o adolescente ser liberado compulsoriamente aos vinte e um anos de idade. Contudo, não há previsão de medida de segurança correlata ao Direito Penal (BRASIL, 1990).

Desde a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), numerosos Projetos de Lei foram criados visando à aplicação da medida de segurança àqueles adolescentes que tenham sido diagnosticados com algum sofrimento psíquico e o aumento do prazo para internação a estes infracionalizados, de modo que tais propostas nunca se concretizaram, visto a prevalência da Doutrina

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

da Proteção Integral e a privação de liberdade sujeita aos princípios da excepcionalidade e brevidade, respeitando à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (BUDÓ, 2015), conforme dispõe o artigo 121, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 35, do SINASE.

No ordenamento jurídico brasileiro os princípios da brevidade e da excepcionalidade⁶ vêm expressamente previstos no inciso V do §3º do artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Este princípio veio para limitar a intervenção estatal quanto à liberdade dos adolescentes, “considerando o histórico de institucionalização da infância, que caracterizou por longo período a intervenção do Estado brasileiro” (COSTA, 2012, p. 155). Essa intervenção do Estado, por muitas vezes, acaba inviabilizando a socialização dos adolescentes afastados do convívio social.

Em algumas circunstâncias se faz necessária a intervenção do Estado, podendo ser de caráter protetivo ou sancionatório. Porém, não é sempre que essa intervenção tem produzido melhores efeitos do que uma omissão estatal (COSTA, 2012, p. 155), o que pode ser visualizado na institucionalização dos adolescentes, onde os prejuízos inerentes acabam por gerar expressivas consequências, como o tempo da medida socioeducativa de internação. Como bem elucidado por Moraes da Rosa e Lopes (2011, p. XXX-XXXI) “o adolescente envolvido em atos infracionais deve ser considerado como sujeito em desenvolvimento e com autonomia, munido de garantias infracionais e processuais. Caso contrário, perdura a concepção tutelar”.

Os princípios da brevidade e da excepcionalidade estão inseridos no conteúdo que dá sentido às medidas protetivas ou socioeducativas, nos direitos da criança e do adolescente, prioritariamente quando há o afastamento de sua família e da sociedade, com a deliberação da institucionalização. A intervenção

⁶ Costa (2012, p. 154) também entende que o princípio da brevidade e excepcionalidade pode ser evocado como dois princípios em separado, “princípio da brevidade” e “princípio da excepcionalidade”.

estatal precisa buscar a máxima satisfação dos direitos dos adolescentes, de modo a ter a menor restrição possível deles, ou seja, usar medidas que criam um obstáculo ao exercício de vários direitos ou sanções penais, devem ser excepcionais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) prevê dispositivos alternativos à institucionalização de seus destinatários, ou seja, a medida socioeducativa de internação deve ser aplicada quando não há outra medida mais adequada e em situações de gravidade, devendo esta intervenção do Estado quando “tiver conteúdo segregador, ser breve e utilizada como último [sic] *ratio*” (COSTA, 2012, p. 157).

O princípio da condição peculiar de desenvolvimento foi positivado na Constituição Federal (BRASIL, 1988) como forma de haver um tratamento diferenciado dos adolescentes em relação aos adultos, pois nesta fase da vida o processo de desenvolvimento vem com maior intensidade, sendo fundamental para o pleno exercício da cidadania e convívio social. Ou seja, reconhecer a particularidade desse sujeito diferenciado - criança ou adolescente. Esta identidade própria é uma construção cultural e social.

As desiguais condições sociais, econômicas e culturais fazem com que jovens não tenham tanta capacidade para atuação como outros, sendo que essa dificuldade “está relacionada à desvalorização social com que determinados grupos contam, os quais são identificados como diferentes” (COSTA, 2012, p. 161).

Quando se trata de adolescentes pobres, envolvidos com violência, de contextos sociais onde não se tem muitas oportunidades, em situação de vulnerabilidade social, a sua peculiaridade de estar em desenvolvimento é ainda mais difícil de ser reconhecida.

Batista (2003, p. 56) nota que os meios de comunicação em massa, são extremamente fundamentais para o exercício do poder do sistema penal, através de novos seriados, “invenção da realidade” para “produção da indignação moral” e até pela fabricação de estereótipos do criminoso.

Para Baratta (2003, p. 15) sobre a seletividade da justiça criminal, afirma que

[...] ao contrário de sua função declarada, isto é, diferentemente de sua ideologia oficial, o sistema de justiça criminal na sociedade capitalista serve para disciplinar despossuídos, para constrangê-los a aceitar a “moral do trabalho” que lhes é imposta pela posição subalterna na divisão de trabalho e na distribuição de riqueza socialmente produzida. Por isso, o sistema criminal se direciona constantemente às camadas mais frágeis e vulneráveis da população: para mantê-la – o mais dócil possível – nos guetos da marginalidade social ou para contribuir para a sua destruição física. Assim, fazendo, o sistema sinaliza uma advertência para todos os que estão nos confins da exclusão social.

Andrade (1996, p. 28) frisa que a conduta não é criminal em si, nem seu autor um criminoso pelas influências do seu ambiente ou pelos traços de sua personalidade. A definição de criminalidade pode ser atribuída à definição do que é o crime e à seleção que etiqueta o autor como criminoso entre todos os que praticam condutas criminosas.

De acordo com Becker (1971, p. 19):

Os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais (estranhos). Desde este ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um “ofensor”. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta); a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente.

A criminalidade aparece como um comportamento da maioria e em todas as camadas sociais. Dessa forma, é necessário concordar com Andrade (1996, p. 31) quando se afirma que “a clientela do sistema penal é composta, “regularmente”, [...] por pessoas pertencentes ao mais baixos estratos sociais”, indicando que há uma seleção de pessoas as quais são classificadas como criminosas,

dirigindo-se quase sempre à pessoas certas e não às ações que pela legislação são definidas como crime.

A maior parte dos adolescentes internados nos Centros de Atendimento Socioeducativo (CASE) está lá por crimes contra o patrimônio ou tráfico de drogas⁷, ambos atos infracionais que pela legislação não deveriam gerar internação. Ainda assim, é fácil visualizar que não se trata da gravidade do ato que leva um adolescente ao sistema, mas sim a sua vulnerabilidade perante o sistema de controle, que persegue, prioritariamente, pobres e negros, isto porque o jovem submetido ao sistema penal é rotulado e estigmatizado.

A seletividade do sistema penal, as especificidades das infrações penais e das relações sociais dos autores, a impunidade e a criminalização são orientadas pela seleção desigual de pessoas, de acordo com seus *status* sociais (ANDRADE, 2003, p. 51-53).

Dessa forma, pode-se conjecturar que a clientela do sistema penal é constituída, principalmente por pessoas pobres e sobrerrepresentadamente negras pela forma como são etiquetados como criminosos e não porque tendem a delinquir.

2.1 O ato infracional frente ao estatuto da criança e do adolescente

Com o advento da Convenção Internacional dos Direitos da Criança houve várias mudanças consideradas essenciais sobre o ato infracional. Dentre elas, soluções alternativas entre a pretensão punitiva do Estado e o conflito jurídico-penal, tratando-se de um sistema que coloca as crianças e os adolescentes fora da esfera penal aplicada aos adultos.

⁷ Em 2012 o CNJ publicou um relatório de uma pesquisa feita com adolescentes que se encontravam cumprindo medida socioeducativa de internação. O relatório mostrou que a média de adolescentes que cometeram homicídio era de 13%, enquanto roubo e tráfico de drogas representavam o maior percentual: 36% e 24%, respectivamente (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

O ato infracional é definido no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) - artigo 103 - como a conduta descrita como crime ou contravenção penal praticada por criança ou adolescente. Já o artigo 112 do mesmo diploma legal apresenta um rol de medidas socioeducativas que podem ser aplicadas pelo juiz, ou seja, é facultado ao magistrado a aplicação de tais medidas.

Outra característica que distingue fortemente o direito penal adulto da previsão estatutária é a ausência de correlação pré-estabelecida pela lei entre o ato infracional praticado e a medida socioeducativa adotada. A exceção é a aplicação da medida de internação, que, além de ser subsidiária às demais, está condicionada à ocorrência das situações do art. 122 (BUDÓ, 2013, p. 82).

Contudo, apesar das inovações que o Estatuto trouxe para que as crianças e adolescentes pudessem ter, entre seus direitos, garantias processuais, ainda há errôneas interpretações quanto à sua aplicação, o que se pode visualizar na privação de liberdade dos infracionalizados que ocorre cada vez com mais frequência⁸, não sendo aplicado o princípio da brevidade e excepcionalidade que o próprio Estatuto e a Lei do SINASE preveem. Nesse contexto, como afirma Budó (2013, p. 86), essa aplicação da medida de internação apresenta uma lógica invertida, na qual não é respeitada como exceção, principalmente quando se trata de adolescentes de classes sociais mais baixas, além de pessoas negras.

Sobre isso, Andrade (1996, p. 28) faz uma abordagem do chamado “*labeling approach*” e o paradigma da reação social, onde *labeling* “parte dos conceitos de ‘conduta desviada’ e ‘reação social’, como termos reciprocamente interdependentes”. Com esses conceitos a tese formulada é de que

o desvio e a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é,

⁸ Os incisos V e VI, do artigo 112 preveem a internação do adolescente.

de processos formais e informais de definição e seleção. [...] o *labeling* desloca o interesse cognoscitivo e a investigação das “causas” do crime e, pois, da pessoa do autor e seu meio e mesmo do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal. (ANDRADE, 1996, p. 28-29).

Nesta senda, é necessário observar outro ponto: a vulnerabilidade. Esta seletividade abordada por Andrade de que a sanção criminal atinge determinados grupos por suas características, presume que “quanto mais vulnerável é o autor de uma conduta, menor é a sua culpabilidade, dado que o menor esforço precisa ser feito para que seja surpreendido pelo sistema de controle penal” (BUDÓ, 2013, p. 87-88), ou seja, “[...] o sujeito dito criminoso encontra-se necessariamente inserido em um contexto social, propenso portanto à estigmatização e etiquetamento” (MORAIS DA ROSA; LOPES, 2011, p. 18), sendo que é a sua história que determina qual a medida a ser aplicada (BUDÓ, 2013, p. 89), como visto no item anterior.

Para o Estatuto (BRASIL, 1990), o direito infracional é um direito de ato, que responde a uma violação de bem jurídico, e não a uma personalidade (BUDÓ, 2013, p. 89). Isso pode ser visualizado no artigo 112, §1º do Estatuto – a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (BRASIL, 1990). No momento da aplicação da medida não é necessário se preocupar com as características psíquicas do infracionalizado. Porém, a realidade mostra a discricionariedade de quem irá aplicar uma medida socioeducativa, principalmente a medida de internação que acaba passando por cima das garantias infracionais e processuais, sendo que algumas delas os aproxima de um direito penal de periculosidade, de modo a afastá-lo de um direito penal de culpabilidade (BUDÓ, 2013, p. 89).

Apesar de todas as garantias processuais e constitucionais que as crianças e adolescentes herdaram – importados do direito penal e do direito processual penal constitucional (BUDÓ, 2013) –, a medida socioeducativa da internação acaba por retirar direitos, visto

ser a medida mais grave aplicada, podendo ter a privação de liberdade do adolescente – já que à criança que comete um ato infracional é aplicada medida (s) protetiva (s) – pelo prazo máximo de três anos.

Em 2012, sobreveio a Lei nº 12.594/2012 que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), com o intuito de regulamentar a execução das medidas socioeducativas aos infracionalizados – Morais da Rosa e Lopes defendem a ideia de que a denominação SINASE é um “Plano” (2011, p. 348) –, tentando afastar o pensamento de quem aplica as referidas medidas que acaba por caracterizar o adolescente como perigoso ao invés de vulnerável.

No que tange à individualização da medida socioeducativa, prevê o SINASE que devem ser consideradas a idade, as capacidades e as circunstâncias pessoais do adolescente, de maneira a adaptar a medida à sua realidade (Art. 35, VI). Essa individualização é uma garantia do adolescente, e, por isso condições desfavoráveis economicamente ou socialmente jamais podem implicar na adoção de medidas mais gravosas. Por fim, o princípio de não discriminação do adolescente deve estar presente na execução da medida, notadamente em razão da etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status (art. 35, VIII) (BUDÓ, 2013, p. 102).

Para Morais da Rosa e Lopes, a lei do SINASE é uma repetição de todos os direitos já previstos. Contudo, a crítica feita é que no cumprimento das medidas socioeducativas, que tem o escopo de privar a liberdade do adolescente, os demais direitos como a vida, saúde, lazer, educação, esporte, convivência familiar e, principalmente, o respeito, a dignidade e a liberdade restam prejudicados no momento em que se tornam internos dos chamados “estabelecimentos educacionais”.

Apesar de agora o ordenamento jurídico contar com o SINASE, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e leis que garantem os direitos daqueles que se encontram em

condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, ainda há uma “herança cultural que insiste em manter vivas as práticas menoristas, positivistas e distantes de orientações humanitárias” (MORAIS DA ROSA; LOPES, 2011, p. 355). Contudo, o problema vai muito além, pois ainda é possível vislumbrar a prática punitiva direcionada às crianças e adolescentes que ainda vivem um “discurso de fachada” (MORAIS DA ROSA; LOPES, 2011, p. 359), sendo submetidos às práticas aplicáveis aos adultos, ficando sujeitos ao poder destes.

2.2 A autonomia do direito infracional

O Direito Penal Juvenil é defendido sob o argumento de que a não aplicação do Direito Penal na esfera infracional tornaria a sua atuação discricionária, sendo que o Direito Penal seria a “salvação” para conceder segurança jurídica aos autores de ato infracional. Contudo, autores como Alexandre Morais da Rosa e Ana Christina Brito Lopes defendem que o Direito Infracional é um ramo totalmente autônomo do Direito, de modo a não estar conectado com o Direito Penal.

Para esses autores, para que se possa alcançar os direitos e garantias previstos na legislação da criança e do adolescente principalmente quando se trata de autores de ato infracional é necessário não haver a responsabilização penal, considerando que as medidas socioeducativas teriam, em tese, caráter pedagógico.

No campo do ato infracional, por expressa referência do art. 103 do ECA, aplicam-se as disposições do Código Penal na configuração da estrutura do ato infracional [...] sem que tal situação implique na existência de um Direito Penal Juvenil como preconizam alguns iludidos pelo canto das sireias totalitárias de sempre (MORAIS DA ROSA; LOPES, 2011, p. XXXII).

Os autores ainda criticam aqueles que defendem o Direito Penal Juvenil, pois confundem garantismo com garantias

processuais. Essas garantias, para que se possa discutir qual é o verdadeiro fundamento da medida socioeducativa, precisam ser trabalhadas a partir da ideia do Direito Infracional e não do Direito Penal Juvenil.

Aproximar o Direito Penal do Direito Infracional não significa que este não seja garantista (MORAIS DA ROSA; LOPES, 2011, p. XL). A autonomia do Direito Infracional precisa de um sistema próprio que seja adequado à realidade do país, pois “a medida socioeducativa não pode pretender reeducar, nem deseducar, corrigir ou corromper, melhorar nem piorar o adolescente” (MORAIS DA ROSA; LOPES, 2011, p. XLII), de modo a impor restrições somente quando respeitado o processo legal.

Para Budó, a aproximação do direito da criança e do adolescente e da medida de internação do direito penal e da pena de prisão, caracteriza um retrocesso frente à teleologia abolicionista do Estatuto da Criança e do Adolescente (BUDÓ, 2013, p. 99). Apesar de a autora defender que o Direito Infanto-juvenil se separe do Direito Penal, defende que

é necessário confrontar a descrição da realidade - na prática, o sistema das medidas socioeducativas é diariamente inserido em um âmbito ainda pior do que o da pena e do direito penal, o das medidas de segurança - com a prescrição da realidade: se o Estatuto é, de fato, a primeira lei brasileira que se encaminha em direção ao abolicionismo penal, isso não implica que se possa confiar que esse sistema não será utilizado no sentido oposto através de práticas que rançosamente desenterram a doutrina da situação irregular (BUDÓ, 2013, p. 95-96).

Discutir o Direito Penal Juvenil seria voltar à época da legislação menorista, onde não existia a Doutrina da Proteção Integral adotada pela Constituição (BRASIL, 1988) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), doutrina esta que foi criada justamente para que os infracionalizados tivessem um tratamento diferente daquele destinados aos adultos que tivessem praticado alguma conduta criminosa. A adoção desse instituto - o Direito Penal Juvenil

– para tentar estancar os abusos pela discricionariedade da aplicação das medidas não é a solução do problema, constatando-se que não é a falta de regulamentação que determina as arbitrariedades nessas aplicações – considerando que ainda se vê o sistema inquisitorial durante o processo – mas sim a não aplicação das garantias processuais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3 A construção social da relação entre loucura e ato infracional

O assunto da loucura, como peculiaridade – mas não exclusividade – em relação aos tópicos discutidos no cotidiano do meio científico, é um elemento que existe a partir do humano ao tempo de ser um fenômeno que não é comumente acompanhado por meio de observações de “uma história de sua existência”, mas pela forma com que fora – e é – tratado pela sociedade ao longo do tempo. Isto significa que a história, no lugar de tratar da loucura em si e como esse elemento se desenvolveu biologicamente no ser humano, discute a forma como essa é tratada ao longo dos anos. Esse fenômeno pode ser observado em trabalhos desenvolvidos sobre o assunto⁹, abstraído do fato de que ainda se questiona muito se a loucura é um elemento de falha inerente ao desenvolvimento biológico do ser humano¹⁰, ou mesmo atribuído ao fato de que, até o atual ano de 2017, o assunto ainda se mostra caro a conclusões científicas objetivas.

Importante observar que a própria definição do termo loucura é historicamente colocada lado a lado de soluções (FOUCAULT, 2017, p. 7) – sem que seja vislumbrado o conceito de loucura em si – e de abstrações cujo ponto de partida são incertezas (FOUCAULT, 2017, p. 45), ao tempo que soluções à conceituação do

⁹ Vide, a título exemplificativo: FOUCAULT, 2017; SZASZ, 1976.

¹⁰ O que colocaria a possibilidade de observar uma “história biológica da loucura” – para além da história de como a loucura é tratada – no caso de o ser humano passar por desenvolvimentos/mutações genéticas suficientes à possibilidade de observação mudanças no funcionamento encefálico de pacientes ao tempo em que se observa cientificamente as referidas mudanças, como espécie, uma vez que ao estudo científico psiquiátrico se observa o fato de que o indivíduo sumiu (LEADER, 2011, p. 9).

termo surgem a partir de observações de divergência em relação ao que é tratado como “comum” pela sociedade. Mesmo observado o “esforço que faz o mundo moderno para falar a *loucura* apenas nos termos serenos e objetivos da *doença mental*” (FOUCAULT, 2017, p.166), é necessário observar o fato de que os “termos serenos e objetivos da doença mental” equiparam a loucura ao conceito de “feitiçaria”, imputado no século XV como explicação ao que não era entendido pelo observador (SZASZ, 1976, p. 19), servindo à mesa do desenvolvimento do trabalho um conceito cuja abertura e subjetividade são, para além de um obstáculo material à pesquisa, um empecilho à descrição do objeto trabalhado.

Superado o fato de que “A Questão da Loucura” não se desenvolve em torno da loucura em si, mas do tratamento dispensado ao paciente diagnosticado com sofrimento psíquico, em um contexto no qual nem a condição, nem o paciente são entendidos em sua completude por aqueles que decidem e dispensam tratamento a ele¹¹.

A atenção psicossocial parece estar, até hoje, comprometida com a noção de tempo encontrada no planejamento administrativo. Ao pretender a recuperação do paciente e sua inserção na sociedade, a *atenção psicossocial* pouco modificou a temporalidade habitual na qual vivem/convivem os que estão comprometidos com atividades de trabalho e/ou atividades sociabilizadas na sociedade de produção e consumo. Pelo contrário, a pressão institucional para que a chamada *alta* siga os parâmetros de efetividade de outras clínicas é constantemente denunciada pelos profissionais. (GARCIA, 2011, p. 203)

¹¹ É verdade que ao desenvolvimento do presente trabalho, o termo *doença mental* foi substituído por *sofrimento psíquico*. No entanto, para o benefício da conexão feita entre as referidas obras de Foucault e Szasz, se fez necessária a escusa da formalidade em questão.

Com o termo “sofrimento psíquico”, como afirma Ciccarelli (2005, p. 473) “Tentou-se criar uma nomenclatura única que forneça uma linguagem comum a pesquisadores e clínicos de diferentes orientações teóricas, uma abordagem feita unicamente a partir da observação direta dos fenômenos em questão; um sistema de classificação independente de qualquer apriorismo teórico”. Ou seja, deixar de lado a classificação do portador de sofrimento psíquico como doente mental.

Ainda hoje as penas e o tratamento da loucura não são menos violentos ou mais humanos do que antigamente¹². Esse elemento pode ser vislumbrado na sangrenta descrição da execução de Damians, que ocorreu em 1757, percorrida nas primeiras páginas da obra *Vigiar e Punir* (FOUCAULT, 2012, p. 9-11), quando comparado às discussões e limitações que a criminologia impõe ao poder punitivo do Estado nos dias de hoje (CARVALHO, 2013, p. 202-203). Essa característica é tão clara que pode ser observada no simples fato de a execução descrita por Foucault ser algo indigesto aos olhos do senso comum moderno¹³, incapaz de ostentar punições tão vividamente sangrentas.

A constatação dessa violência, observado que o contexto não conta nem com o elemento do sofrimento psíquico por parte de Damians, nem com um grande lapso temporal em relação aos dias de hoje, possibilita observar de forma geral (histórica) o tratamento que recebem as vítimas da punição social.

Assim, historicamente, tem-se de um ponto de partida extremamente problemático, uma vez que desde o princípio da observação social desse fator, a interpretação do sofrimento psíquico foi equiparada à lepra, o que colocava os pacientes em um contexto de exclusão religiosamente fundada (FOUCAULT, 2017, p. 6). Essa ideia desenvolvida de forma que a exclusão e desconsideração se misturou com certo sentimento de medo (FOUCAULT, 2017, p. 150), elemento que trouxe casos extremos de sofrimento ao paciente com sofrimento psíquico com o passar dos anos.

Para a constatação do sofrimento dos pacientes caracterizados com sofrimento psíquico, não é necessário observar contextos antigos, ou mesmo europeus de tratamento. A obra *Holocausto*

¹² A ideia de uma colocação tão limitada quanto o fato de a violência possuir uma diminuição de aceitação social se dá pelo fato de que a análise de números frios pode levar a conclusões de que a sociedade é de fato mais violenta do que nunca, em um contexto no qual a presente pesquisa carece de dados que sustentem uma afirmação mais ousada como a de que a “violência social humana teria diminuído com o passar dos anos”.

¹³ Esse tipo de punição era excepcional e não regra.

Brasileiro (ARBEX, 2013) apresenta uma imagem suficientemente cruel, e expõe o fato de que as 60 mil mortes ocorreram diante dos olhos da mesma modernidade que olha com estranheza para a execução de Damiens. Para além de confirmar a proposição de Szasz, no que diz respeito ao fato de que a ideia do sofrimento psíquico (a loucura) se equipara ao conceito de feitiçaria do século XV¹⁴, a obra de Arbex serve à sustentação de um forte argumento em prol da postura antimanicomial levantada por Foucault (2017), o de que eram os “preconceitos tradicionais que davam margem à violência e à exclusão, com relação aos que eram portadores de sofrimentos mentais” (GARCIA, 2011, p. 199).

De qualquer forma, extremamente necessário à observação da “Questão da Loucura” o entendimento do significado que o sofrimento psíquico carrega no contexto social – para além da constatação de que o louco como sujeito é inerentemente carente de compreensão por parte da sociedade. Isso possui significância tanto para o paciente com sofrimento psíquico, quanto para a sociedade, que ao equiparar qualquer grupo de pessoas ao que se define como os referidos, vincula o grupo equiparado à carga carregada pelo grupo em questão.

3.1 O paciente com sofrimento psíquico e o adolescente

É verdade que a história legal brasileira não dispensa os melhores tratamentos à criança e ao adolescente, uma vez que até o ano de 1988 eles eram reduzidos a objetos da tutela estatal para o contexto jurídico brasileiro.

No entanto, é possível identificar um fator que renova o problema de descaso legal em relação às crianças e adolescentes do país quando acometidos de sofrimento psíquico: a medida de segurança.

¹⁴ O que pode ser verificado no trecho: “Cerca de 70% não tinham diagnóstico de doença mental. Eram epiléticos, alcoolistas, homossexuais, prostitutas, [...]” (BRUM, 2013 apud ARBEX, 2013, p. 14).

A medida de segurança surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como uma medida especial aplicada aos criminosos considerados doentes mentais perigosos, especialmente aos que já haviam praticado crimes e demonstraram risco social ao cometerem os crimes em questão. Sem contar com tempo máximo de duração, ao contrário da pena privativa de liberdade – que se funda em todo um cálculo de pena baseado na culpabilidade do agente, determinação de fixação máxima de tempo, e certos elementos de gravidade do fato (BRASIL, 1940) –, a medida de segurança possui finalidades distintas àquelas colocadas às penas ordinariamente aplicadas.

A medida de segurança, por sua vez, aplica-se aos semiresponsáveis e irresponsáveis, tomando como fundamento não mais a culpabilidade mas a periculosidade, "o provável retorno à prática de fato previsto como crime". Caracterizada como "eticamente neutra" e fundamentada na sua utilidade, a medida de segurança serve ao fim de "segregação tutelar" ou de readaptação individual, sendo desprovida do caráter aflictivo da pena, pois "é assistência, é tratamento, é medicina, é pedagogia". (PERES; NERY FILHO, 2002, p. 346)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) não prevê a medida de segurança. O adolescente em conflito com a lei que recebe um diagnóstico de transtorno mental ou antissocial deve ser encaminhado a um tratamento pelo Sistema Único de Saúde.

O Código Penal (BRASIL, 1940) – em seu artigo 27 – e a Constituição Federal de 1988 – em seu artigo 228 –, preveem que os menores de 18 anos que cometem ato ilícito são considerados inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Neri (2012, p. 37) define o instituto da inimputabilidade penal como sendo uma excludente da culpabilidade, onde o indivíduo não preenche os requisitos necessários à imputação de crime, os quais são sanidade mental e maturidade, de modo que, nesses casos, o agente não pode ser considerado criminoso.

A inimputabilidade penal das crianças e adolescentes é uma escolha político-criminal vinculada à maturidade. Para Budó (2013, p. 85)

A relação entre a medida socioeducativa de internação e a medida de segurança, bem como a equiparação entre crianças e adolescentes e doentes mentais é mais próxima do que parece ao se ler o Estatuto da Criança e do Adolescente. A primeira semelhança é a mais evidente: menores de dezoito anos e doentes mentais estão inseridos na mesma categoria de inimputáveis. Ainda que uns o sejam por motivos de política criminal [...] outros o são pela ausência de livre-arbítrio, dado pela impossibilidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.

Assim, o contexto desenvolvido no presente trabalho liga os dois pontos da responsabilização criminal: o problema do tratamento dispensado aos adolescentes acometidos de sofrimento psíquico e a forma como esses adolescentes estão sendo tratados pelo Estado. Devido à enorme pressão midiática, o Estado acaba se focando em casos que geram comoção social, causando enorme repercussão em torno desses adolescentes. Esses casos possuem características que os tornam naturalmente suscetíveis ao foco social, de modo que a mídia faz seu papel de forma a intensificar essa característica gerando comoção pública e medo em relação a qualquer medida de tratamento que admita eventual soltura dos adolescentes.

Mesmo com as várias propostas legislativas, ainda não se encontrou um resultado eficaz para o tratamento dos autores de ato infracional acometidos de sofrimento psíquico. Este tipo de paciente do sistema jurídico sequer é bem definido contexto legal brasileiro, na medida em que é necessário conceituar a própria ideia do infracionalizado acometido de sofrimento psíquico.

3.2 Sobre a postura antimanicomial

A postura antimanicomial decorre da observação de que a internação do paciente com sofrimento psíquico acaba por funcionar como um tormento ao invés de como um tratamento. A internação ocorre quando é verificada a periculosidade do paciente a partir do eventual cometimento de um crime, o que desqualifica a punição, porque “o pressuposto da punição é a possibilidade de conhecimento da norma incriminadora e sua violação voluntária” (CARVALHO, 2013, p. 272), e o desenvolvimento teórico-criminal observa como incoerente a punição daquele que não possui a capacidade de entender o que fez de errado.

A referida postura se caracteriza a partir de assustadoras constatações como as de que o novato, internado em instituições totais, como descrito pelas próprias instituições, passa por uma “série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu.” (GOFFMAN, 2015, p. 25). Esse contexto se mostra intuitivamente contraditório ao que seria uma espécie de tratamento, o que é possível observar em diversos momentos, e mesmo sem a intenção, por parte dos agentes que trabalham nas instituições em questão, de que isso ocorra o que torna possível observar que talvez o método de tratamento por encarceramento do paciente *in casu* seja prejudicial.

A abertura e a visibilidade das relações que se estabelecem nas instituições totais realizadas pela criminologia crítica (cárcere) e pela antipsiquiatria (manicômios), possibilitam perceber as formas físicas e simbólicas de violência exercidas nos espaços institucionais de controle social. No primeiro aspecto (violências físicas), a forma asilar de tratamento revela-se absolutamente ofensiva aos direitos fundamentais mínimos, seja decorrente da estrutura física dos manicômios ou das práticas terapêuticas reconhecidamente contrárias à dignidade da pessoa internada. Neste aspecto ressaltam-se não apenas as violências típicas que caracterizam as instituições totais - *v.g.* tortura de internos, isolamentos injustificados, limitação dos espaços de liberdade, restrição de contatos com o mundo exterior, privação de recursos materiais - como as derivadas de técnicas de tratamento

propriamente violentas – *v.g.* uso de eletrochoque e de camisa de força, aplicação excessiva de fármacos ou de medicamentos inapropriados, avaliações psiquiátricas e psicológicas eminentemente moralizadoras. (CARVALHO, 2013, p. 292).

Do ponto de vista da luta antimanicomial, a internação que se baseia em uma eventual cessação de periculosidade não justifica intervenções que provoquem danos no indivíduo (CARVALHO, 2013, p. 305). Não faz sentido relativizar os direitos fundamentais mais básicos a partir da curta solução que parte do pressuposto de que conter o indivíduo sanaria o problema.

É verdade que a política manicomial se caracteriza por afastar os indivíduos cujas práticas demonstram a impossibilidade, psiquiatricamente avaliada, de estes se fazerem presentes no meio de convívio social de forma comum. No entanto, é necessário observar que, para além das alternativas à política manicomial, a assunção de que o paciente que cometeu ilícitos voltará a cometê-los, não passa de um argumento de futurologia (BUDÓ, 2013, p. 91). A falta de cientificidade para trabalhar o assunto se mostra tão presente que desconsidera ainda o argumento de que “não se vislumbra qualquer diferença conceitual que justifique tratamento diferenciado entre os usuários dos serviços de saúde mental que praticaram e aqueles que não praticaram atos previstos em lei como delito” (CARVALHO, 2013, p. 304). Motivo pelo qual, considerando ambos os argumentos, é possível afirmar que existem riscos semelhantes de pacientes com a mesma doença praticarem atos semelhantes, o que aproxima cada vez mais o desenvolvimento da política manicomial a uma ideia objetiva de punição.

Nesse sentido, a política manicomial soa como uma forma punitiva que passa a funcionar a partir do cometimento de atos descritos como condutas criminais pelo ordenamento jurídico. Por si só esse é um problema jurídico, ao tempo que a própria criação do instituto da absolvição imprópria e a construção em relação à inimputabilidade dos pacientes com sofrimento psíquico reconhecem a incoerência da punibilidade desses indivíduos. Dessa

forma, a suposta periculosidade carece de demonstração, por meio do cometimento de delitos, como pressuposto à aplicação da internação compulsória do paciente.

É verdade que o desenvolvimento em tela carrega consigo a possibilidade de questionar a própria segregação como função punitiva dos crimes imputados aos indivíduos que não se caracterizam como pacientes com sofrimentos psíquicos¹⁵. No entanto, esse não é o objetivo desenvolvido no presente ponto, mas a simples demonstração de que existe o caráter punitivo na política manicomial, e ele se mostra desprovido de sentido a partir do próprio desenvolvimento que sustenta a política manicomial em si.

Cada vez mais se vê avaliações psiquiátricas sendo solicitadas por juízes ao adolescente em conflito com a lei, para que se possa averiguar o seu grau de periculosidade ou até diagnosticar transtornos de personalidade antissocial. Esta “solução” encontrada pelos juízes faz com que o ato infracional seja o sintoma de uma doença, fazendo com que o adolescente fique em uma situação na qual sua defesa se torna praticamente impossível (BUDÓ, 2015).

A observação de que existem saídas à institucionalização total do paciente com sofrimento psíquico é um trabalho árduo que vem sendo feito desde o descontentamento vislumbrado em relação aos manicômios durante a segunda metade do século XX. “Enquanto o paciente de um hospital geral é tratado como qualquer outra pessoa da sociedade, ao doente mental hospitalizado trata-se como um portador de um *status*, não como pessoa” (ANYAR DE CASTRO, 1983, p. 176). Ou seja, mostra-se necessária a superação de todo o contexto de feitiçaria e mistério desenvolvido em torno dos pacientes em questão. Ao considerar-se as instituições totais como problemas em si, essa transição se mostra mais do que necessária.

O Movimento Antimanicomial que começou com a Lei Italiana 180/1978, conhecido como Lei Basaglia inspirou a sua aplicação no Brasil através da Lei n. 10.216/2001. A lei veda a internação de

¹⁵ Sobre esse ponto, cf. CARVALHO, 2013, p. 296-298.

pacientes acometidos de sofrimento psíquico em instituições com características asilares. Somente com esta lei foi possível confrontar a legislação penal, que mantém a responsabilização penal dos inimputáveis psíquicos, a qual os legisladores querem aplicar aos adolescentes em conflito com a lei acometidos de sofrimento psíquico. A Lei da Reforma Psiquiátrica pressupõe que ao portador de sofrimento psíquico são assegurados direitos, tendo esses sujeitos capacidade e autonomia de intervir em seu processo terapêutico. Contudo, conforme afirma Budó (2015) a desinstitucionalização não se mostra efetiva no direito infracional:

Ao invés de influenciar o campo jurídico no sentido da desinstitucionalização, conquista do movimento antipsiquiátrico que rendeu poderosos frutos a partir da década de 1970, o que se percebe é, no âmbito do direito infracional, a tendência oposta. O discurso psi serve à justificação da aplicação de medidas mais gravosas ao adolescente, implicando na identificação de sua conduta contrária às normas com uma patologia que requer a segregação.

Esse caráter penoso das medidas de segurança mostra que seria fundamental que os direitos e garantias concedidos aos imputáveis condenados fossem ampliadas aos portadores de sofrimento psíquico, sejam eles adolescentes em conflito com a lei ou não, principalmente com a vigência da Lei n. 10.216/2001, que permite aos poderes criar soluções humanitárias de desinstitucionalização de seus destinatários.

Assim, o presente desenvolvimento constrói a situação na qual se mostra necessário que as políticas manicomiais sejam extintas da práxis, no entanto, é necessário reconhecer que ainda se dá passos muito curtos em relação ao alcance dessa máxima. O contexto científico-criminológico ainda trabalha com movimentos iniciais, no sentido de que “O primeiro movimento para superar a lógica do hospital psiquiátrico seria o de implementação de sistema *open door*, no qual o espaço fechado de mortificação é oxigenado pela liberdade.” (CARVALHO, 2013, p. 295). Isso deixa claro o fato

de que a postura antimanicomial ainda se encontra em situação de fechamento crítico em relação à instituição total, e abertura experimental em relação à apresentação de propostas de solução ao problema criticado.

Assim, é possível observar que a postura antimanicomial, além de se caracterizar por elementos de objetiva lucidez, criticar de forma sólida o contexto manicomial, e possuir uma carga de significância enorme com base no peso histórico que o tratamento dispensado ao paciente com sofrimento psíquico foi tratado no presente trabalho, se encontra, mesmo que ainda em sede de primeiros passos, em fase de experimentação, de proposição de respostas e soluções ao contexto. Isso é o que o desenvolvimento do presente trabalho busca trazer também à realidade dos adolescentes pacientes com sofrimentos psíquicos que cometeram atos infracionais, na situação de que uma postura exatamente inversa tem se desenvolvido no tratamento dispensado aos referidos indivíduos.

4 Conclusão

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, crianças e adolescentes passaram a ser tratados como sujeitos de direitos e não mais como meros objetos sob a tutela do Estado. Os princípios da brevidade e excepcionalidade que regem o Estatuto vieram para limitar a intervenção estatal na aplicação de medidas protetivas ou socioeducativas.

Essa intervenção estatal deve buscar uma maior satisfação dos direitos dos adolescentes, principalmente no que tange à institucionalização deste, de modo que sanções penais devem ser de caráter excepcional.

Ainda, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, princípio que também é a base do Estatuto faz com que a particularidade do adolescente receba um tratamento diferenciado de um adulto. Contudo, há uma seletividade no sistema penal, que persegue prioritariamente pobres e negros. Adolescentes pobres,

em situação de vulnerabilidade social estão mais propensos a não ter sua condição de peculiaridade reconhecida.

Esse etiquetamento faz com que certas regras sejam aplicadas a determinadas pessoas, indicando que há uma seleção de pessoas classificadas como criminosas. O que se vê na prática é que há a discricionariedade do julgador que aplicará a medida socioeducativa de internação, a qual se aproxima de um direito penal de periculosidade.

No ordenamento jurídico brasileiro é possível vislumbrar o descaso legal em relação aos adolescentes autores de ato infracional cometidos de sofrimento psíquico. A medida de segurança prevista no Código Penal (BRASIL, 1940), não é prevista no Estatuto (BRASIL, 1990), mas a realidade fática mostra que mesmo que o Direito Infracional seja autônomo do Direito Penal, está ocorrendo cada vez mais a psiquiatrização da juventude no Brasil.

Essa patologização dos infracionalizados acaba por impedir a leitura da vulnerabilidade social que é um fator determinante para o ato infracional, colocando o adolescente a mercê de não ter visibilidade pública. A institucionalização do infracionalizado cometido de sofrimento psíquico faz com que o legislativo caminhe em direção ao paradigma dos chamados perigosos, visto que o encarceramento é maior que o investimento em políticas sociais e na erradicação do punitivismo estatal àqueles que não são considerados culpados. Essa tendência de psiquiatrização, principalmente da juventude pobre, é a justificativa para mascarar como uma “doença mental” certos processos sociais que discriminam a pobreza.

A internação compulsória como medida judicial para manter adolescentes que já cumpriram medida socioeducativa de internação em Centros de Atendimento Socioeducativos mostra a atitude desesperada do Ente Estatal, que ainda não encontrou soluções efetivas para um tratamento de qualidade que não fira a dignidade da pessoa humana.

O fator preocupante é que mesmo com a vigência da Lei da Reforma Psiquiátrica, que prevê alternativas para a desinstitucionalização, os índices de internações dos usuários do sistema de saúde mental que praticaram ilícitos continuam crescendo. Atualmente, ao invés de se tentar investir no tratamento dos infracionalizados acometidos de sofrimento psíquico, procura-se uma “solução” para o que se chama de “proteção social”, fazendo com que o Judiciário e o Legislativo usem um argumento futurológico, tentando prever uma delinquência futura ou até mesmo a “cura” dos infracionalizados, que não é, de nenhuma forma, científico. Assim, o Estado não deve tratar o punitivismo como saída para os problemas gerados com o descaso no tratamento do adolescente autor de ato infracional acometido de sofrimento psíquico.

Nenhuma das instituições criadas até hoje é capaz de oferecer alternativas para que os adolescentes autores de ato infracional acometidos de sofrimento psíquico saiam do destino de uma “prisão perpétua”. Somente com o apoio de vários atores sociais seria possível buscar alternativas que extinguissem a segregação desses adolescentes.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência do senso comum.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 14, 1996. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/paradigma_etiologico_ao_paradigma_da_reacao_social.pdf> Acesso em: 22 Out. 2016

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro: Genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Geração. 2013.

BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECKER, H. **Los extraños**. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1971.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 11 Jun. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940**. *Código Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 19 set. 2017

_____. **Lei nº 6.697, de 10 de Outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm#art123. Acesso em: 11 Jun. 2017.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 11 Jun. 2017.

_____. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm> Acesso em: 17 Jun. 2017.

BRUM, Eliane. Prefácio. In: ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro: Genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Geração. 2013.

BUDÓ, Marília de Nardin. **Do anormal ao perigoso: a psiquiatrização da medida socioeducativa de internação e a prisão perpétua à brasileira.** Revista de Estudos Criminais, Brasília, n. 57, p. 69-98, 2015.

_____, Marília de Nardin. **Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil.** Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013^a. 542f.

CARVALHO, Salo. **anti manual de criminologia.** 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

CICCARELLI, Paulo. **O sofrimento psíquico na perspectiva da psicopatologia fundamental.** Psicologia em Estudo, Maringá, v. 10, n. 3, p. 471-477, set./dez. 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Panorama nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação.** Programa Justiça ao Jovem. Brasília, 2012. Disponível em: Acesso em: 01 nov. 2017.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura.** Tradução de José Teixeira Coelho Neto. 11. ed. São Paulo: Perspectiva. 2017

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Tradução de Raquel Ramalhete. 40. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2012.

GARCIA, Célio. **Psicologia Jurídica: Orientação para o real.** Belo Horizonte: Oficina de arte & prosa. 2011.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva. 2015.

LEADER, Darian. **What is madness?** Londres: Penguin, UK. 2011.

LIBERATTI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?** 2^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NERI, Aline Patrícia. **A eficácia das medidas socioeducativas aplicadas ao jovem infrator**. Monografia (Graduação) – Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, 2012. 81f. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-a22e6638bac2dobbb4ec3b857328c2534.pdf>>. Acesso em 23 Out. 2016.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. **A doença mental no direito brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança**. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, vol 9 (2): 335-55, maio-ago. 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SZASZ, Thomas S. **A Fabricação da Loucura: um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental**. Tradução de Dante Moreira Leite. Rio de Janeiro: Zahar. 1976.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 20 de Novembro de 1959. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf. Acesso em: 11 Jun. 2017

A (im)possibilidade de interposição de recurso de apelação pelo não sucumbente contra decisão interlocutória imediatamente irrecurável

Vinicius De Marchi Quaresemin de Oliveira¹

1 Introdução

O tema a ser abordado no presente ensaio tem por objetivo tratar de uma entre as inúmeras mudanças trazidas pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015(CPC/2015), que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, e instituiu o atual código de processo civil, diploma processual que revoga o antigo Código de Processo Civil de 1973, buscando-se através desse novo código de processo, lidar com problemas atuais, que o antigo diploma não estava conseguindo dar conta de maneira satisfatória.

A contextualização do assunto tratado no trabalho, diz respeito mais especificamente as mudanças trazidas pela supressão do agravo retido e o “novo” agravo de instrumento, este último, agora limitado a um rol taxativo de hipóteses de interposições dispostas no artigo 1.015 do CPC/2015, mudanças estas, que podem gerar dúvidas de quando e como agir, podendo acarretar sérios prejuízos para as partes caso não sejam devidamente esclarecidas.

¹ Graduando no Curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED

O tema em estudo delimita-se geograficamente ao território nacional, já que se quer saber como a doutrina e a jurisprudência vêm se manifestando quanto ao assunto, no entanto, o trabalho não abordou as decisões de todos os tribunais do país, pois, fugiria de seu objetivo, que não é uma análise unicamente jurisprudencial sobre a questão.

Por se estar diante de um Código de Processo que nasceu agora bem dizer, a delimitação temporal do trabalho se dará do ano de 2015 em diante, por ser o ano de criação da lei que instituiu tal diploma processual e que deu surgimento ao questionamento que o trabalho busca responder.

O problema de pesquisa é: há possibilidade de interposição de recurso de apelação da parte integralmente vencedora na demanda, com fundamento no artigo 1.009 parágrafo 1º do CPC/2015, impugnando exclusivamente a decisão interlocutória não agravável de imediato?

A técnica de pesquisa a ser utilizada é a bibliográfica, monográfica, jurisprudencial e doutrinária, já que somente a partir dessas informações se chegará a uma resposta de como vêm sendo tratadas às questões que envolvem tais mudanças originadas pelo CPC/2015, chegando com essa investigação a uma resposta coerente que não infrinja o atual diploma processual.

O método de abordagem a ser utilizado para enfrentar o presente problema é o hipotético-dedutivo, onde se buscará a desconstrução das duas hipóteses possíveis, quais sejam: a possibilidade de apelação do vencedor na demanda principal exclusivamente contra interlocutória não agravável, ou a sua impossibilidade, por falta de interesse recursal.

O objetivo geral do trabalho é investigar se é possível a interposição de um recurso de apelação com fundamento no parágrafo 1º do artigo 1.009 do CPC/2015, impugnando exclusivamente uma decisão interlocutória que ocorreu no curso do processo de conhecimento e não era de imediato agravável, por não constar como uma das hipóteses elencadas nos incisos do artigo

1.015, do CPC/2015, sendo que a parte foi integralmente vencedora na demanda.

A questão que se coloca é, se a parte vencedora terá interesse de apelar exclusivamente contra interlocutória não agravável de imediato sendo que não foi sucumbente na sentença, existindo uma corrente que defende que seria possível essa apelação apesar da falta de interesse recursal, e uma segunda corrente, defendida por este trabalho, quanto a não possibilidade de se apelar exclusivamente contra esta interlocutória.

No primeiro tópico o objetivo específico será trazer as mudanças quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias à luz do CPC/2015, fazendo um breve apanhado de como se dava a impugnação de tais decisões ao tempo do CPC/1973 e como dará a partir de agora.

No segundo tópico, após se ter adentrado no âmbito das decisões interlocutórias não agraváveis de imediato ao final do tópico um, o objetivo específico será ver como a doutrina vem se posicionando quanto à possibilidade, ou não, da parte integralmente vencedora na demanda interpor apelação exclusivamente contra interlocutória não agravável de imediato, analisando posições doutrinárias a favor e contra essa possibilidade, buscando desconstruir as ideias trazidas pelos autores favoráveis, já que se baseiam apenas em exemplos para defender suas posições, ao invés de demonstrarem juridicamente o porquê de tal possibilidade.

No terceiro tópico, o objetivo específico será uma análise jurisprudencial de como alguns tribunais vêm decidindo a questão. Por óbvio, que a jurisprudência não irá responder de forma direta a indagação do presente trabalho, já que a resposta para a questão quem dará é a doutrina, mas o que se fará é uma análise de como vêm sendo decididos os exemplos que a doutrina usa como hipóteses legitimadoras de tal possibilidade, já que a doutrina favorável a apelação exclusiva, não consegue sustentar sua posição por outros fundamentos que não seus exemplos.

Busca-se assim, ao final do presente trabalho, oferecer uma resposta satisfatória quanto à possibilidade, ou não, do vencedor na demanda poder apelar exclusivamente contra uma decisão interlocutória não agravável de imediato, estudo que se passa a ver a seguir.

2 O CPC/2015 e a recorribilidade das decisões interlocutórias

O presente trabalho busca analisar a recorribilidade ou não de uma decisão interlocutória em um caso específico, mas antes se faz necessário uma explanação quanto às mudanças trazidas pelo CPC/2015 no que se refere à recorribilidade das decisões interlocutórias, já que o agravo retido deixa de existir e a regra, a possibilitar o agravo de instrumento deixa de ser a decisão interlocutória apta a causar lesão grave ou de difícil reparação, conforme se passa a ver.

No CPC/1973 existiam duas formas de impugnar as decisões interlocutórias proferidas pelo juiz de primeira instância, através do agravo de instrumento ou do agravo retido, a depender do conteúdo da decisão interlocutória.

O agravo de instrumento tinha esse nome pois sua interposição fazia-se por “instrumento” próprio, que era enviado diretamente ao tribunal para que este analisasse a controvérsia, sem que os autos do processo fossem remetidos conjuntamente, permitindo-se assim o seguimento do processo no juízo *a quo*. Nessa modalidade de agravo eram feitas cópias das principais peças do processo, formando-se um caderno próprio que era enviado diretamente ao tribunal (MARINONI, 2008, p. 542).

Já na modalidade retida o agravo limitava-se a demonstrar a contrariedade com a decisão proferida, ficando a impugnação retida nos próprios autos do processo, no caso não se formava instrumento, pois essa impugnação tinha como papel principal apenas afastar a preclusão, para que a parte futuramente o

reiterasse nas razões da apelação ou contrarrazões de eventual apelação se assim achasse necessário (MARINONI, 2008, p.543).

Importante salientar que o presente estudo não aprofundará nas mudanças ocorridas com o tratamento dado ao agravo de instrumento durante a vigência do CPC/1973, como as trazidas pelas leis 9.139/95 e 11.187/2005, já que o foco aqui é um situação específica quanto a recorribilidade da decisão interlocutória à luz do CPC/2015.

No atual CPC/2015 sai de cena o agravo retido, ficando apenas o agravo de instrumento como forma imediata de impugnação das decisões interlocutórias e, ainda assim, para casos bem específicos, já que seu artigo 1.015 passa a prever de forma taxativa as hipóteses onde se poderá lançar mão do agravo de instrumento. Busca-se com a presente mudança ter um processo cada vez mais fluido, o que não era possível no CPC/1973 quando se agravava de toda decisão interlocutória, levando na maioria das vezes a um processo truncado e com inúmeros incidentes de arrasto.

O fato de não serem todas as decisões interlocutórias recorríveis de imediato não quer dizer que as decisões que não constem no rol do artigo 1.015 não serão impugnáveis, até porque se assim fosse se estaria violando o contraditório e a ampla defesa, direitos constitucionalmente garantidos conforme artigo 5º, inciso XLV, da CF, somente se está adiando o contraditório quanto a tais decisões, já que terá um momento correto para impugná-las, conforme ensina Theodoro Junior (2016, p. 685):

[...] todas as interlocutórias são passíveis de impugnação recursal. O que há são decisões imediatamente atacáveis por agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015) e outras que se sujeitam, mais remotamente, ao recurso de apelação (art. 1.009, § 1º). De tal sorte pode-se reconhecer que todas as sentenças desafiam apelação e todas as decisões interlocutórias são recorríveis, ora por meio de agravo de instrumento, ora por meio de apelação.

As decisões interlocutórias agraváveis de imediato proferidas na fase de conhecimento estão sujeitas a preclusão, logo, se após a

decisão a parte não interpor recurso ocorrerá preclusão do direito de impugnar essa decisão futuramente. Já as decisões não agraváveis de imediato não precluem no momento da decisão, no entanto devem ser impugnadas na apelação ou em contrarrazões de apelação, do contrário haverá preclusão (DIDIER JR.; CUNHA, 2016).

Atualmente o rol taxativo das hipóteses onde será possível a interposição do agravo de instrumento está previsto no artigo 1.015, incisos I ao XIII, do CPC/2015, todas as decisões que não estiverem previstas nesse rol somente serão impugnáveis via apelação. Importante ainda deixar claro que nos casos de decisões interlocutórias proferidas em fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, processo de execução e no processo de inventário, será possível interpor agravo de instrumento independente do conteúdo da decisão, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 1.015.

Todas as demais decisões interlocutórias que não estiverem nas hipóteses do artigo 1.015 terão seu momento de impugnação diferido para eventual apelação ou contrarrazões de apelação². Com essa substancial mudança quanto à recorribilidade de tais decisões se faz necessário analisar como lidar com determinadas situações que podem surgir dessa inovação, principalmente a questão objeto do presente trabalho, que é o interesse recursal do integralmente vencedor em apelar exclusivamente contra decisão interlocutória não agravável de imediato.

A primeira hipótese de impugnação contra interlocutória não agravável (que não traz maiores mistérios) é a do vencido, quando esse trará em preliminares de sua apelação a impugnação contra a interlocutória que lhe prejudicara no curso do processo, hipótese esta prevista no parágrafo 1º do artigo 1.009 do CPC/2015.

Quando a parte for sucumbente na demanda principal surgirá para esta o interesse recursal, já que terá a faculdade de recorrer da

² Exceto é claro em se tratando de decisão interlocutória irrecorrível, como a decisão que solicita, admite ou inadmite a intervenção do *amicus curiae*, nos termos do caput do artigo 138 do CPC/2015.

sentença impugnando os capítulos lhe forem desfavoráveis. Ocorre que no curso do processo pode ter sido proferida alguma decisão não agravável de imediato nos termos do artigo 1.015 do CPC/2015, abrindo-se então posteriormente, após a sentença³, à possibilidade da parte impugnar essa decisão interlocutória em preliminar das razões do seu recurso de apelação.

A parte sucumbente quando for o momento de interpor seu recurso de apelação, deverá, preliminarmente, impugnar a decisão interlocutória, já que esta, quando não agravável no curso do processo tem seu momento de impugnação diferido para esse momento, assim, se aparte em apelação apenas impugnar a sentença deixando de lado a decisão interlocutória, ocorrerá preclusão quanto à interlocutória, não podendo mais a parte discuti-la (DIDIER JR.; CUNHA, 2016).

Importante destacar que apesar do artigo 1.009, parágrafo 1º, do CPC/2015, dizer que a interlocutória deva ser impugnada em preliminar do recurso de apelação, preliminar aqui não se refere à admissibilidade, significa apenas que a impugnação será feita antes (DIDIER JR.; CUNHA, 2016).

Quando a parte vencida apelar e nesta impugnar a interlocutória, haverá parte da apelação impugnando a sentença e outra a decisão interlocutória, as duas impugnações estarão contidas num único instrumento de apelação, havendo entre elas uma cumulação imprópria de pedidos, mais especificamente uma cumulação subsidiária ou eventual⁴, já que somente se analisará o

³ Importante assinalar que a palavra “sentença” é aqui utilizada em sentido lato, já que se estivermos diante de uma decisão que decida parcela do processo com fundamento nos artigos 485 ou 487 (fazendo esta decisão às vias de uma sentença), caso tenha alguma decisão interlocutória relacionada a ela, aplica-se a regra do parágrafo 1º do artigo 1.009, devendo a parte trazer essa impugnação nas razões ou contrarrazões do agravo de instrumento que fora interposto com fundamento no parágrafo único do artigo 354 ou do parágrafo 5º do artigo 356.

⁴ “O demandante estabelece uma hierarquia/preferência entre os pedidos formulados: o segundo só será analisado se o primeiro for rejeitado ou não puder ser examinado (falta de um pressuposto de exame de mérito)” Didier Jr. e Cunha (2016, p. 577-578).

pedido relativo à sentença no caso de ser rejeitado o pedido relativo à interlocutória (DIDIER JR.; CUNHA, 2016).

A impugnação da interlocutória na apelação do vencido não apresenta maiores mistérios, assim passa-se ao segundo caso que pode vir a ocorrer que é a impugnação à interlocutória em contrarrazões da apelação pelo vencedor.

Quando a parte for plenamente vencedora no processo ela não terá interesse recursal para impugnar as decisões interlocutórias, já que não terá sucumbido formalmente nem materialmente na sentença, porém, poderá impugnar as interlocutórias nas suas contrarrazões, pois caso seja procedente a apelação do vencido surgirá o interesse recursal do até então vencedor.

Inicialmente se faz necessário explicar um descuido ocorrido na redação do artigo 1.009, parágrafo 1º do CPC/2015, já que foi usado o termo “suscitar”, redação usada no sentido de reiterar o extinto agravo retido, isso se deu devido a alterações durante o projeto do CPC/2015, já que inicialmente o projeto estabelecia que nos casos de decisões interlocutórias não agraváveis deveria ser feito um protesto antipreclusivo, que deveria ser reiterado na apelação ou contrarrazões de apelação, conforme ensina Didier Jr. e Cunha (2016, p. 168):

O dispositivo foi reincluído, na versão final do Código de Processo Civil, na última fase do processo legislativo, por sugestão da Comissão de Juristas que assessorava o Senado Federal. Na Câmara dos Deputados, o dispositivo havia sido eliminado e, em seu lugar, se exigia que a parte apresentasse um protesto antipreclusivo contra as decisões interlocutórias não agraváveis. Este protesto teria de ser ratificado na apelação ou nas contrarrazões. Com a eliminação do agravo retido e com a retirada da previsão do protesto, feita pela Câmara dos Deputados, o sistema foi totalmente remodelado.

Assim quando se estiver lendo artigo 1.009, parágrafo 1º do CPC/2015, o termo “suscitar” deve agora ser lido como impugnar, já que deixou de existir o agravo retido, e não é lógico usar uma

expressão que era usualmente utilizada no sentido de ratificar algo, pois agora não se está a ratificar nada e sim a interpor o recurso cabível contra uma decisão interlocutória que é apelável.

Após entender em qual sentido deve ser lida a palavra “suscitar”, fica evidente que no momento que a parte vencedora está impugnando a decisão interlocutória nas contrarrazões do recurso de apelação está na realidade trazendo um recurso autônomo dentro desta, e que conforme ensina Didier Jr e Cunha (2016), não há como não fazermos uma comparação com a reconvenção que agora no CPC/2015 deve ser apresentada na contestação, é a mesma lógica, um único instrumento que veiculará tanto as contrarrazões do recorrido quanto o recurso contra interlocutória não agravável de imediato.

Partindo-se desse cenário, onde temos o vencedor na demanda principal recorrendo da decisão interlocutória nas contrarrazões do recurso de apelação do vencido, desdobram-se outras situações a serem analisadas, pois o recurso contido nas contrarrazões será subordinado e condicionado, características estas que se passa a especificar.

Para melhor entender o que seria um recurso subordinado e condicionado, o melhor é analisar separadamente cada uma dessas características que integram o recurso contra interlocutória apresentado em contrarrazões da apelação.

A palavra recurso subordinado sob a ótica do CPC/1973, nos remete diretamente ao recuso na forma adesiva, que é a possibilidade que a parte possui de nos casos de sucumbência recíproca no processo, dentro do prazo das contrarrazões, recorrer de forma adesiva ao recurso do recorrente. Importante salientar que não se trata de outra espécie de recurso; é um recurso de apelação que adere ao recurso de apelação do apelante, conforme afirma Câmara (2016, p. 529) “[...] recurso adesivo não é uma espécie de recurso (como a apelação ou o agravo de instrumento), mas uma forma de interposição de certos recursos”.

A técnica foi criada como forma de não prejudicar a parte que apesar de não ter sido vencedora integralmente no processo aceitou a decisão, tanto que preferiu não recorrer, assim não seria justo que a parte deixasse de recorrer achando que a parte contrária faria o mesmo e, logo após, fosse surpreendida com um recurso e nada pudesse fazer além de apresentar suas contrarrazões.

O recurso subordinado é assim chamado por estar ligado diretamente ao principal, dependendo desse para sobreviver, tanto que estabelece o artigo 927, parágrafo 2º, III, que não será conhecido o recurso subordinado se houver desistência ou não for admitido o recurso principal, logo, ocorrendo alguma dessas hipóteses, o recurso subordinado, independente do seu conteúdo, não será nem mesmo conhecido, conforme ensina Câmara (2016, p.529):

[...] sempre que o tribunal deixar de conhecer do recurso principal (por ter havido desistência, ou por ser ele por qualquer razão reputado inadmissível) estará, automaticamente, fechada a porta para o exame do mérito do recurso adesivo, do qual não se conhecerá. Prevalecerá, assim, a decisão recorrida (o que para o recorrente adesivo não é de todo ruim, já que, como visto, não pretendia ele, a princípio, recorrer contra aquela decisão, só o tendo feito porque o recurso principal foi interposto pela parte adversária).

Acontece que com o CPC/2015, não se deve mais vincular recurso subordinado unicamente ao recurso adesivo, pois com o surgimento da decisão interlocutória recorrível na apelação nasce uma nova espécie de recurso subordinado, que é justamente o recurso contra interlocutória trazido pelo vencedor nas contrarrazões ao recurso de apelação do vencido. Assim, no atual diploma processual, recurso subordinado passa a ser gênero dos quais passam a ser espécies o recurso na forma adesiva e o recurso contra interlocutória apresentado nas contrarrazões de apelação (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p.170-171).

Por se estar diante de uma figura recursal que passa a ser espécie de recurso subordinado ao lado do recurso adesivo,

eventuais dúvidas a serem dirimidas quanto ao primeiro devem observar o 997 do CPC/2015, conforme ensina Didier Jr. e Cunha (2016, p. 171) “Por serem espécies de um mesmo gênero, é possível buscar, na disciplina do *recurso adesivo*, muito mais completa, regra que sirva para a solução de problemas dogmáticos relacionados à apelação subordinada”.

O recurso trazido pelo vencedor em contrarrazões possui também outra característica, que é o fato de ser condicionado ao recurso do vencido, pois somente será analisado caso o recurso do vencido seja provido, e é exatamente com o provimento do recurso do vencido que o recurso do vencedor adquire o interesse necessário para ser analisado, sendo assim uma espécie de recurso condicionado, o que não é novidade para doutrina (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p.170-171).

Apesar de minoritária, existe doutrina que entende que tal recurso trazido pelo vencedor em contrarrazões ao recurso de apelação do vencido seria independente, como, por exemplo, Talamini e Wambier, já que entendem que o recurso do vencedor não poderia ficar a sorte da apelação do vencido. No entanto o trabalho não vai se ater a questão da autonomia ou não desse recurso, pois fugiria do seu objetivo.

Após trabalhar de forma sucinta com as mudanças quanto à recorribilidade das interlocutórias à luz do novo CPC/2015 e quanto às duas hipóteses de impugnação das decisões interlocutórias imediatamente irrecorríveis, pelo vencido e pelo vencedor, nos termos do parágrafo 1º do artigo 1.009 do CPC/2015, existe ainda uma terceira hipótese, que é o problema do presente trabalho, que recai quanto à possibilidade, ou não, do inteiramente vencedor na demanda principal apelar de forma autônoma contra interlocutória não agravável de imediato. No caso, seria possível essa impugnação, ou não? Existiria para o vencedor da demanda o interesse recursal para apelar exclusivamente contra essa interlocutória? É o que o trabalho se propõe a responder na sequência.

3 A doutrina quanto à possibilidade do integralmente vencedor apelar exclusivamente contra interlocutória não agravável

Após analisar a recorribilidade das decisões interlocutórias não agraváveis de imediato, pelo vencido, e pelo vencedor em contrarrazões, nos termos do parágrafo 1º do artigo 1.009, chega-se a uma terceira situação, que se resume na possibilidade, ou não, do vencedor na demanda principal apelar exclusivamente contra decisão interlocutória, recaindo tal análise no que a doutrina vem dizendo sobre o assunto, conforme se passa ver.

Como ponto de partida à solução do problema serão expostos os argumentos dos autores favoráveis a essa possibilidade (apesar de nenhum deles explicar juridicamente porque seria possível e apenas se basear em exemplos), e após, como forma de demonstrar a impossibilidade de se apelar exclusivamente contra interlocutória, posição defendida no presente trabalho, se confrontará cada um dos argumentos trazidos pelos autores favoráveis, de modo a desconstruí-los.

O primeiro autor a mostrar-se favorável a essa possibilidade é Neves (2016, p.1545), que considera que não obstante rara a ocorrência, seria possível, mesmo reconhecendo a problemática que se teria em torno do interesse de agir, conforme ensina:

O cabimento para mim é indiscutível, porque a apelação, conforme já exposto, deixou de ser o recurso cabível exclusivamente contra a sentença. A questão mais tormentosa diz respeito ao interesse de agir. Acredito que o mesmo interesse de agir existente no julgamento das contrarrazões quando a apelação é inadmitida resolve a questão. Inclusive o mesmo exemplo pode ser utilizado. A parte foi vitoriosa, mas sofreu multa como sanção processual durante o processo por meio de decisão interlocutória. Se não quiser depender da parte contrária para recorrer de tal decisão, poderá interpor apelação.

O trecho onde Neves (2016 p.1545) diz que “[...] o mesmo interesse de agir existente no julgamento das contrarrazões quando

a apelação é inadmitida resolve a questão”, mostra-se equivocado, já que, conforme defende o trabalho, o recurso contra interlocutória apresentado nas contrarrazões é subordinado e condicionado, assim, somente será analisado no caso de eventual provimento da apelação do vencido, provimento este que dará surgimento ao interesse recursal necessário ao recurso contra interlocutória apresentado nas contrarrazões.

Em outro exemplo, Neves (2016, p.1546) ainda exemplifica que no caso de em uma ação coletiva ou difusa, se o réu pedisse no curso do processo a produção de uma determinada prova e esse pedido fosse negado pelo juiz, vindo o processo a ser julgado improcedente, o réu poderia apelar em razão de ter sucumbido materialmente, já que estarmos diante de um processo onde a coisa julgada se opera *secundum eventum probationis*, logo não teria problema quanto ao interesse recursal, já que poderia apelar contra a fundamentação da sentença e preliminarmente discutir o indeferimento da produção da prova. Tal posicionamento mostra a preocupação do autor em ter um veículo, no caso a apelação, para poder recorrer da interlocutória.

No entanto o autor (NEVES, 2016) conclui dizendo que apesar de entender ser uma situação difícil de ocorrer, para que a parte não corra o risco de ver seu recurso de apelação exclusivamente contra interlocutória inadmitido⁵, deve esta apelar contra sentença por qualquer motivo que o seja e veicular sua impugnação a interlocutória de forma segura em preliminar desta, mas não responde como a parte vai apelar caso não tenha sucumbido em nada na sentença. Infelizmente o autor encerra assim sua explicação quanto ao assunto, não respondendo de onde a parte integralmente vencedora tiraria o interesse recursal para apelar exclusivamente contra interlocutória não agravável.

Os autores Talamini e Wambier (2016) também defendem em sua obra a possibilidade do vencedor na demanda principal apelar

⁵ Sinalizando a sua preocupação com o entendimento doutrinário contrário.

exclusivamente contra decisão interlocutória, mesmo que tenha saído vencedor integralmente na demanda e não tenha sido prejudicado na sentença pela decisão interlocutória. Tal posicionamento não se mostra razoável, já que se a parte foi integralmente vencedora não existe no caso interesse recursal capaz de legitimar um recurso de apelação, sendo que a palavra “integralmente” usada pelos autores denota que não tenha ocorrido nem mesmo sucumbência material, afastando-se assim qualquer possibilidade de existência de algum interesse.

Os autores trazem como exemplo a demonstrar essa possibilidade, o caso de multa por litigância de má fé proferida por decisão interlocutória, dizendo que por não haver possibilidade de agravo de instrumento, em razão de não encontrar amparo no artigo 1.015, do CPC/2015, se estaria diante de um caso onde caberia essa apelação exclusivamente contra interlocutória, conforme mostra Talamini e Wambier (2016, p.262):

Ao final, ele, autor, é integralmente vitorioso na sentença. Não tem do que recorrer quanto a esse pronunciamento. Mas permanece aquela anterior condenação por litigância de má-fé, imposta por decisão interlocutória. O autor pode nada fazer, num primeiro momento, e depois, se o réu apelar, suscitar nas contrarrazões o reexame da interlocutória que o responsabilizou processualmente. Mas, nesse caso, se o réu não apelar, será impossível ao autor discutir recursalmente a condenação que sofreu. Então, ele pode preferir desde logo apelar para o tão-só fim de rediscutir aquela decisão interlocutória.

No caso, os autores estão equivocados, já que essa decisão interlocutória que condenou o vencedor ao pagamento de multa no curso do processo por litigância de má fé é agravável, pois, no momento em que no curso do processo ocorre uma condenação à parte, amplia-se o mérito deste, logo essa hipótese se encaixa no inciso II do artigo 1.015 do CPC/2015, se a parte não recorreu nesse momento não poderá discutir mais essa questão, pois estará preclusa (DIDIER JR.; CUNHA, 2016).

A solução apresentada por Talamini e Wambier para legitimar a apelação exclusiva contra decisão interlocutória não se mostra possível, já que ao juiz proferir essa decisão de multa, está condenando a parte, abrindo assim possibilidade de execução dessa condenação provisoriamente e, correndo o prazo do agravo *in albis*⁶ já se poderá ter a execução definitiva da decisão, pois se terá o trânsito em julgado quanto a esta.

Em seu artigo sobre o tema, Libardoni (2015, p.4) traz igualmente o famigerado exemplo da condenação em multa pelo não comparecimento à audiência de conciliação e mediação, conduta considerada como ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do parágrafo 8º do artigo 334 do CPC/2015, conforme se vê:

[...] se a parte totalmente vencedora, sem qualquer interesse em modificar a sentença, for aquela inicialmente multada por faltar à audiência de conciliação ou mediação, poderia apelar apenas para rever a decisão interlocutória? Ou seja, poderá fazer recurso autônomo de apelação apenas para confrontar a multa arbitrada em decisão interlocutória no início do processo? Parece-nos que sim, especialmente porque a multa arbitrada em dois por cento da vantagem pretendida ou do valor da causa constitui prejuízo à parte, que pode chegar a valores altos, dependendo da natureza da questão substancial discutida.

Acontece que a autora deixa bem claro que a parte foi totalmente vencedora, e por isso não há interesse em modificar a sentença, caso encerrado! Se não há interesse em modificar a sentença não há interesse recursal. E quanto à decisão interlocutória que condena a parte em multa, conforme demonstraram Didier Jr. e Cunha (2016), o incidente decidido por decisão interlocutória, e que condena a parte ao pagamento de multa, amplia o mérito do processo, por trazer nela uma condenação, logo estaremos diante da hipótese do inciso II do artigo 1.015 do CPC/2015, portanto agravável.

⁶ Escoamento do prazo recursal sem que haja impugnação da parte.

Outro autor que defende tal hipótese de apelação pelo vencedor é Câmara (2016, p.532), conforme mostra “É, pois, perfeitamente possível que a parte apele sem oferecer à sentença qualquer impugnação, limitada sua irresignação ao conteúdo de alguma decisão interlocutória não agravável”. Essa afirmação do autor até estaria correta desde que estivesse tratando do vencido na demanda principal, pois nesse caso o interesse recursal seria inerente a sua sucumbência na sentença.

No primeiro exemplo que o autor traz para demonstrar sua posição nota-se que está fazendo a mesma interpretação dos autores acima, já que defende a existência de um interesse recursal contra interlocutória desvinculado de haver uma sucumbência na demanda. No exemplo, Câmara (2016, p.533), explica a existência do interesse isolado do vencedor:

Pense-se, por exemplo, em um processo em que se postula bem jurídico que não tenha conteúdo patrimonial apreciável, tendo o autor indicado, na petição inicial, que o valor da causa seria de um milhão de reais. Figure-se, agora, a possibilidade de o juízo de primeiro grau, por decisão interlocutória não agravável, ter reduzido o valor da causa para mil reais. Proferida a sentença que acolheu o pedido do autor, declarando ser o réu seu pai, e fixando honorários advocatícios em dez por cento sobre o valor da causa, não terá o autor interesse em recorrer contra a sentença, mas é evidente seu interesse (ou, ao menos, o interesse de seu advogado) em apelar para impugnar a decisão interlocutória que reduziu o valor da causa (afinal, é evidente que dez por cento de mil reais é muito menos do que dez por cento de um milhão de reais).

No exemplo supracitado pelo autor, este incorre em um equívoco, já que no caso apresentado, o autor traz na inicial um valor “X” para a causa, e o juiz por decisão interlocutória reduz esse valor para “Y”, decisão essa irrecurável de imediato, de fato, acontece que no momento em que o juiz profere sentença e em um dos seus capítulos condena a parte contrária a pagar honorários sucumbenciais em cima do valor “Y”, a parte autora terá sucumbido

parcialmente na demanda, surgindo dessa sucumbência parcial o interesse para que a parte autora recorra do presente capítulo, e preliminarmente discuta a decisão interlocutória que reduziu o valor da causa de “X” para “Y”, afastando-se a hipótese como caso de apelação exclusiva (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p.171).

Outra hipótese que Câmara (2016, p.533) usa como exemplo a possibilitar a apelação exclusiva contra interlocutória mostra-se de maior equívoco que a anterior, já que no exemplo que traz há previsão legal quanto à possibilidade do agravo de instrumento, que é o caso onde a parte autora postula dois pedidos cumulados e, no momento da decisão de saneamento do processo o juiz profere uma decisão terminativa, relativa a um dos pedidos por ausência de interesse de agir, segundo o autor nesse caso não caberia gravo de instrumento.

No caso, o exemplo trazido pelo autor vai diretamente contra o parágrafo único do artigo 354 do CPC/2015, que expressamente prevê o agravo de instrumento como recurso cabível contra decisão terminativa parcial, conforme demonstra Donizetti (2017, p.1658): “Se as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 487, II e III, forem apenas parciais, será cabível agravo de instrumento”. Assim, se no exemplo do autor haviam dois pedidos cumulados e, em fase de saneamento o juiz extinguiu um desses pedidos por falta de pressuposto processual, portanto decisão terminativa parcial, ou a parte agrava de imediato com fundamento no parágrafo único do artigo 354 ou a questão estará preclusa.

Conforme se viu, todos os argumentos trazidos pelos autores que defendem essa possibilidade da apelação exclusiva contra interlocutória giram em torno de três exemplos: decisão interlocutória que condena a parte a pagar alguma multa no curso da fase de conhecimento; vencedor que teve o valor da causa reduzida por decisão interlocutória reduzindo assim a sucumbência do advogado e processo com pedidos cumulados com decisão de saneamento que extingue um destes pedidos. Acontece que todos os autores favoráveis a estas possibilidades não explicam

processualmente de onde surgiria o interesse recursal para tal impugnação.

Conclui-se então que não há de fato uma hipótese em que caberá apelação exclusivamente contra interlocutória não agravável, na realidade, todos os exemplos aventados ou são casos que eram agraváveis ou casos onde a parte sucumbiu de alguma forma na sentença, e sendo a parte parcialmente sucumbente estará presente o interesse recursal para se impugnar a sentença na parte que lhe prejudicou e, preliminarmente, a interlocutória que eventualmente tenha acarretado tal prejuízo.

A seguir será feita uma análise de como a jurisprudência de alguns tribunais do país vem se posicionando sobre o assunto, mais especificamente em casos envolvendo os exemplos trazidos pelos autores favoráveis a possibilidade da apelação exclusiva.

4 A jurisprudência atual quanto às interlocutórias não agraváveis de imediato

Todos os autores que defendem a possibilidade da parte inteiramente vencedora no processo poder apelar exclusivamente contra interlocutória não esclarecem processualmente a questão, apenas citam hipóteses, como forma a justificar a possibilidade de tal apelação, e não o contrário como deveria ser, uma explicação processual que desse amparo aos seus exemplos. Assim se passa a analisar de que forma alguns tribunais, principalmente da região sul e sudeste, vêm decidindo a questão, mais especificamente os exemplos trazidos pela doutrina que legitimariam tal possibilidade, já que é somente nesses exemplos que a doutrina se ampara para concluir ser possível a interposição pelo vencedor de apelação exclusiva contra interlocutória.

Referente à decisão que condena a parte ao pagamento de multa no curso do processo, os precedentes da maioria dos tribunais de justiça é no sentido de não ser possível o agravo de instrumento contra interlocutória que condenou a parte ao pagamento de multa,

pois entendem que o conteúdo desta decisão não está contido no rol do artigo 1.015, fundamentando suas decisões em posições doutrinárias que dizem ser tratar de rol taxativo, ocorre que de fato, o rol é taxativo, porém, tal decisão encontra-se sim presente no artigo 1.015, mais especificamente no inciso II, pelos motivos já explicados acima.

No TJ-RS, os relatores em decisão monocrática, com fundamento no artigo 932, inciso II, do CPC/2015, vêm inadmitindo o agravo de instrumento contra interlocutória que condena ao pagamento de multa, pois, entendem que com o atual diploma processual, o rol de decisões onde se mostra possível a interposição do agravo de instrumento é taxativa, não compreendendo a condenação por multa neste rol, devendo a parte impugnar essa questão em preliminar de apelação, conforme se vê:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ARTIGO 1.015 DO NCPC. RECURSO NÃO CONHECIDO. O Código de Processo Civil de 2015 estabelece, no seu artigo 1.015, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. No caso em tela, a matéria suscitada no recurso, relativa à aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, não se encontra prevista no rol do mencionado dispositivo, sendo caso de não conhecimento do recurso, porquanto inadmissível, à luz do artigo 932, III, do NCPC. Agravo de instrumento não conhecido. (Agravo de Instrumento Nº 70074696709, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/08/2017) (BRASIL, 2017).

Como se observa, a Décima Segunda Câmara Cível do TJ-RS trata o incidente que condenou a parte ao pagamento de multa, nos termos do artigo 334, parágrafo 8º, do CPC/2015, como decisão não elencada no rol do artigo 1.015, e por consequência, não entendendo que esta amplie o mérito do processo, devendo ser impugnada futuramente nos termos do parágrafo 1º do artigo 1.009 do CPC/2015.

No mesmo sentido entende a oitava Câmara Cível do TJ-PR, não admitindo a interposição de agravo de instrumento neste momento, entendendo que se a parte de forma não justificada, deixou de comparecer a audiência de conciliação e mediação, deverá impugnar a decisão que lhe condenou ao pagamento de multa somente em eventual apelação ou nas suas contrarrazões, conforme se demonstra em *obter dictum*:

[...] conforme a jurisprudência, decisões interlocutórias que versem sobre a aplicação de multas processuais em geral, bem como aquelas relativas à sanção do art. art. 334, § 8.º, do CPC/15 (multa por não comparecimento à audiência de conciliação), não são impugnáveis pela via do agravo de instrumento [...] (BRASIL, 2016).

A Sétima Câmara Cível (Consumidor) do TJ-RJ e a Terceira Câmara Cível do TJ-ES seguem o mesmo entendimento do TJ-RS e TJ-PR, entendendo pela impossibilidade de se agravar da decisão que condenou a parte ao pagamento de multa por ausência injustificada na audiência de conciliação ou mediação, por esta não constar no rol do artigo 1.015 do CPC/2015, demonstrando o entendimento que os tribunais de forma majoritária vêm seguindo.

Apesar de se ter analisado decisões interlocutórias onde se aplicaram multas pela ausência injustificada de uma das partes a audiência de conciliação e mediação, com fundamento no artigo 334, parágrafo 8º, do CPC/2015, ao se examinar as demais decisões desses tribunais se verá que contra qualquer decisão interlocutória que condene a parte ao pagamento de multa no curso do processo o entendimento é o mesmo, pela impossibilidade da interposição do agravo de instrumento em razão da hipótese não constar no rol do artigo 1.015/CPC.

Apesar das decisões supracitadas existem tribunais que vêm decidindo conforme o defendido pelo trabalho, que, caso seja proferida no curso do processo decisão interlocutória que condene a parte ao pagamento de multa, essa decisão ampliará o mérito do processo, logo, se encaixando na hipótese de inciso II do artigo 1.015,

do CPC/2015, portanto agravável. Reitera-se assim o posicionamento defendido neste trabalho, de que a decisão interlocutória que condena a parte ao pagamento de multa, não serve como exemplo a possibilitar um recurso de apelação do integralmente vencedor exclusivamente contra interlocutória, já que, se a parte não agravou no momento da decisão terá ocorrido preclusão.

Entendendo que caberia agravo de instrumento contra decisão interlocutória que condenou a parte ao pagamento de multa, foi o acórdão que julgou o agravo de instrumento nº 22346397020168260000, onde o agravante havia sido condenado ao pagamento de 5% de multa, por litigância de má-fé, condenação que apesar de ter sido mantida, mostrou a mudança de posicionamento da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao entender que contra decisão interlocutória que condenou a parte ao pagamento da multa por litigância de má-fé seria cabível o recurso de agravo de instrumento:

O recurso, que versa apenas sobre a condenação da agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, não comporta provimento. Revisito entendimento anterior, passando a entender que o recurso cabível contra decisão que condena a parte ao pagamento de multa por litigância de má-fé é o agravo de instrumento, com fulcro no artigo 1.015, inciso II, do Novo CPC (BRASIL, 2016).

Conforme consta no agravo de instrumento supracitado, restou entendido que, a hipótese da multa por litigância de má-fé se encaixaria na hipótese do inciso II do artigo 1.015 do CPC/2015, assim entendendo que esta decisão interlocutória que condenou a parte em multa no valor de 5% do valor da causa ampliou o mérito do processo, logo, caso a parte esperasse para impugnar a questão em eventual recurso apelação, já teria ocorrido preclusão, conforme doutrina defendida no trabalho.

Outra decisão favorável à tese aqui defendida foi a proferida pela segunda câmara cível do Tribunal de Justiça do Acre, ao afirmar

que a decisão interlocutória que condena a parte ao pagamento de multa pelo não comparecimento à audiência de conciliação ou mediação, nos termos do artigo 334, parágrafo 8º, do CPC/2015, é recorrível por agravo de instrumento, já que a decisão amplia o mérito do processo, citando em *obter dictum* as lições de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha para fundamentar sua decisão, conforme se vê:

Postas as razões do inconformismo da parte Agravante em linhas pretéritas, registro a necessidade, antecedendo ao mérito, de aferir o **cabimento do recurso em face de decisão interlocutória que aplica multa processual**. Para tanto, tomo por empréstimo a lição doutrinária de Didier: *É possível que, durante o processo, o juiz profira decisão impondo à parte multa. Há várias multas que podem ser impostas ao longo do processo. Há multa pelo descumprimento de deveres processuais (art. 77, § 2º, CPC). Há multa pela ausência injustificada em audiência de conciliação ou mediação (art. 334, § 8º, CPC). Há multa imposta pela litigância de má-fé (art. 81, CPC). Há multa pela não devolução dos autos (art. 234, § 1º, CPC)* (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Pelas decisões acima expostas, nota-se que existem divergências nos tribunais quanto à possibilidade, ou não, de interposição do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que condene a parte ao pagamento de multa no curso do processo de conhecimento, no entanto, apesar de o entendimento majoritário na jurisprudência até o momento ser pela impossibilidade do agravo de instrumento nesse caso, a posição defendida pelo trabalho segue sendo pela sua possibilidade, sob pena de preclusão, pelos fundamentos já apresentados.

Outro exemplo que traz a doutrina para possibilitar à apelação do vencedor exclusivamente contra interlocutória, é o caso da parte autora que tem o valor da causa reduzida por decisão interlocutória, e por esta hipótese não se encontrar no rol do artigo 1.015, seria mais um caso onde a parte poderia vencer a demanda, e assim mesmo, se ver prejudicada por essa decisão que reduziu ao valor da causa, já

que irá refletir negativamente nos horários de sucumbência por exemplo.

Apesar de ainda não haver na jurisprudência um caso específico, exatamente igual ao apresentado pela doutrina, para saber como a jurisprudência vem se posicionando quanto à decisão interlocutória que defere ou rejeita a impugnação ao valor da causa, através de alguns julgados dá para se presumir qual é o entendimento que a jurisprudência dá para o caso.

A Terceira Câmara Cível do TJ-AM, em um recurso de apelação interposto contra sentença proferida em incidente de impugnação ao valor da causa, decidiu por inadmitir o recurso, já que como a sentença do incidente foi proferida quando o CPC/2015 já estava vigente, deve-se aplicar a legislação processual de imediato, que não mais regula um incidente para esta impugnação, devendo agora a impugnação ao valor da causa se dar em contestação, com possibilidade de impugnação de tal decisão em preliminares de apelação ou nas suas contrarrazões, fundamentando a decisão nos seguintes termos:

Caberá ao apelante, **em sendo de seu interesse, apresentar recurso de apelação contra a sentença de mérito da ação principal, impugnando o delineamento judicial ora combatido para fixação do valor da causa**, adotando o disposto no art. 1009, § 1.º, CPC/15 (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Conforme se vê, o modo como a desembargadora decidiu a questão dá a entender que, somente se a parte tiver o interesse necessário para impugnar a decisão final, com o recurso de apelação atacando algum dos capítulos da sentença (ou em havendo sucumbência material), se poderá trazer preliminarmente a decisão que julgou a impugnação ao valor da causa, tanto que ela usa a expressão “apelação contra sentença de mérito da ação principal”, demonstrando que ao menos materialmente a parte sucumbiu na sentença, e justamente dessa sucumbência que nasceria o interesse

recursal necessário para impugnar em preliminar a decisão interlocutória relativa à impugnação ao valor da causa.

Outro caso que merece a mesma interpretação é o acórdão proferido em apelação de n. 10027130000246001, pela Quinta Câmara Cível do TJ-MG, que decidiu uma questão idêntica à já vista, onde a parte apelou contra a decisão proferida no incidente de impugnação ao valor da causa, sendo que a decisão que julgou o incidente foi proferida ao tempo de vigência do CPC/2015. No caso, ao concluir a fundamentação do acórdão, em *obter dictum*, o desembargador com suas palavras deixa evidente a necessidade de um recurso de apelação anterior, impugnando a sentença em si, para então impugnar preliminarmente a decisão interlocutória que altera valor da causa.

Quanto à terceira hipótese, esta apresentada somente por Câmara (2016), em que no exemplo a parte ingressaria com uma ação com dois pedidos cumulados, e na decisão de saneamento do processo o juiz proferisse decisão terminativa quanto a um desses pedidos, com fundamento em algum dos incisos do artigo 485 do CPC/2015, o autor defende que não caberia recurso imediato de agravo de instrumento contra esta decisão, já que a hipótese não estaria contida no rol do 1.015, acontece que, a decisão é sim agravável, conforme preceitua o artigo 334, parágrafo único.

Em decisão monocrática, o relator da Vigésima Primeira Câmara Cível do Rio de Janeiro, não conheceu da apelação nº 00453696320158190203, já que a parte ao ter parcela do seu pedido decidido por decisão terminativa lançou mão de recurso manifestamente inadmissível, pois contra tal decisão o recurso correto seria o agravo de instrumento, conforme a decisão:

Trata-se de Apelação em face de sentença que julgou extinto o feito sem resolução do mérito com relação ao pedido de despejo, sob o fundamento de que o imóvel fora desocupado, conforme certidão do OJA no índice 000035

Isso porque, conforme dispõe o Novo Código de processo Civil, o Agravo de Instrumento é o **recurso cabível em face de decisão**

terminativa de apenas parcela do processo (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Assim, conclui-se com o presente trabalho que, apesar do esforço empregado pela doutrina e do posicionamento majoritário da jurisprudência, quanto ao exemplo da interlocutória que condena a parte ao pagamento de multa, não há como defender a possibilidade de uma apelação do integralmente vencedor exclusivamente contra interlocutória não agravável, pois não há de fato, uma explicação jurídica processual que fundamente tal possibilidade, pois, nenhum autor favorável consegue responder de onde a parte iria tirar o interesse recursal necessário para tal apelação, tanto não conseguem responder tal indagação que amparam suas posições em exemplos, assim não há como não concordar com a posição defendida pelos autores Didier Jr. e Cunha, já que demonstram processualmente o porquê de não ser possível tal espécie de apelação.

5 Conclusão

Buscou-se no presente estudo responder como lidar com uma situação resultante do CPC/2015, já que ao contrário do antigo diploma processual de 1973, não mais se mostra possível as partes agravarem de qualquer decisão interlocutória, estando agora essas hipóteses adstritas a um rol taxativo, disposto no artigo 1.015, do CPC/2015, das quais será possível de imediato lançar mão do agravo de instrumento, nas demais hipóteses as partes deverão impugnar essas interlocutórias em momento posterior, em eventual apelação ou nas suas contrarrazões, nos termos do parágrafo 1º do artigo 1.009 do CPC/2015.

Um dos pontos onde repousa grande parte da resposta que aqui se procurou dar diz respeito ao interesse recursal, já que se a parte for integralmente vencedora na demanda, não sofrendo

sucumbência formal e nem material, não há como visualizar no caso, o interesse recursal para se apelar contra interlocutória.

No tópico inicial o trabalho buscou abordar as mudanças trazidas pelo CPC/2015 no tocante a recorribilidade das decisões interlocutórias, para após essa contextualização adentrar nas decisões interlocutórias não agraváveis de imediato, pelo vencido em preliminar da apelação e pelo vencedor em contrarrazões desta, nos termos do parágrafo 1º do artigo 1.009.

No segundo e terceiro tópico focou-se no “x” da questão a ser respondida pelo trabalho, que é quanto à possibilidade, ou não, da parte integralmente vencedora no processo, apelar exclusivamente contra interlocutória não agravável de imediato, ideia que este trabalho refuta, pelos fundamentos que seguem.

Defende-se que não há um interesse recursal desvinculado da demanda principal, de tal modo, que o legislador criou duas espécies de interlocutórias, uma onde se presumiu haver prejuízo para parte, que achou por bem possibilitar a impugnação imediata via agravo de instrumento, e outra onde o prejuízo imediato se mostraria de menor relevância, relegando sua impugnação para momento posterior caso a parte sucumbisse de alguma forma na demanda. Tanto que o legislador no artigo 1.009, parágrafo 1º do CPC/2015, determina, que caberá à parte suscitar a interlocutória não agravável em “preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final”, logo, se não houve interesse para um recurso de apelação contra a decisão final, não há interesse em impugnar a interlocutória.

Acontece que os autores favoráveis à possibilidade de uma apelação exclusiva com esse conteúdo trazem somente exemplos hipotéticos, no entanto, nenhum deles explica juridicamente de onde surgiria tal interesse recursal para legitimar tais hipóteses, ao contrário da posição defendida por este trabalho, que buscou dar uma resposta processual do porque não seria possível, conforme posição defendida por Didier Jr. e Cunha.

Há três exemplos que os autores trazem para defender ser possível a apelação do vencedor exclusivamente contra interlocutória, a primeira e mais utilizada é a decisão interlocutória que condena a parte ao pagamento de multa, a segunda, é a decisão do juiz que defere ou indefere a impugnação ao valor da causa ou o corrija de ofício, e a terceira o processo com pedidos cumulados que em decisão de saneamento seja proferida decisão terminativa quanto à parcela deles, acontece que em todos esses exemplos, de duas uma, ou o exemplo trazido é caso de interlocutória agravável de imediato via agravo de instrumento, ou a decisão interlocutória respingou na sentença, dessa forma a parte terá interesse autônomo para impugnar a sentença e conjuntamente a interlocutória que causou esse prejuízo.

No caso da decisão interlocutória que condena a parte ao pagamento de multa, sendo o caso onde há o maior número de jurisprudências, a doutrina a favor desta hipótese defende que quando a parte fosse condenada ao pagamento de multa, hipótese não contemplada pelo artigo 1.015, do CPC/2015, não seria possível impugnar essa decisão de imediato, e caso a parte fosse integralmente vencedora na demanda, não teria outra saída, senão apelar exclusivamente contra essa decisão que a condenou ao pagamento da multa.

Acontece que conforme bem explicada à questão por Didier Jr. e Cunha (2016), a decisão que no curso do processo condene a parte ao pagamento de alguma multa, seja por litigância de má fé, do artigo 81, ou por ato atentatório a dignidade da Justiça por ausência injustificada em audiência de conciliação ou mediação, nos termos do artigo 334, parágrafo 8º, ambos do CPC/2015, dentre outras hipóteses, são decisões que trazem uma condenação á parte, ampliando assim o mérito do processo, encaixando-se então a hipótese no artigo 1.015, II, do CPC/2015, já que se estará diante de uma decisão parcial de mérito.

O mais curioso, é que grande parte da jurisprudência, vem inadmitindo os agravos de instrumento contra tais condenações,

alegando que a hipótese não se encontra no rol do 1.015, do CPC/2015. Ocorre que alguns Tribunais do país já começaram a se manifestar no sentido de entender que o recurso cabível é o agravo de instrumento, justamente por reconhecer o caráter condenatório de tal decisão. O problema dessa divergência de entendimento é o prejuízo que poderá gerar para as partes, pois, seguindo a posição defendida por este trabalho, caso não se recorra de imediato dessa decisão terá ocorrido preclusão.

Quanto ao segundo exemplo, referente à decisão que rejeita ou acolhe a impugnação ao valor da causa ou que o corrija de ofício, a decisão interlocutória respingou na sentença, já que terá capítulo desta condenando à parte contrária em honorários sucumbênciais em porcentagem correspondente ao valor da causa, assim fica implícito nesse capítulo o prejuízo sofrido, já que não foi alcançado o melhor resultado fático possível, no caso a parte vencedora sucumbiu, possuindo interesse para recorrer desse capítulo da sentença, e impugnar em preliminar a decisão interlocutória que acarretou essa sucumbência, não mostrando ser esse um caso de apelação exclusiva do vencedor contra interlocutória.

A última hipótese aventada, em que a parte autora traz na demanda dois pedidos cumulados e um deles é extinto por decisão interlocutória, é a mais simples de ser esclarecida, já que se trata de texto de lei, não havendo divergência doutrinária e nem jurisprudencial quanto ao assunto, sendo a opinião isolada de um único autor, que com a devida vênia, dever ter se equivocado ao trazer o exemplo, pois nos termos do parágrafo único do artigo 334, do CPC/2015, decisão interlocutória que encerre parcela do processo com fundamento nos incisos do artigo 485 e inciso II e III do artigo 487, do CPC/2015, é agravável de imediato, assim, se ocorrendo à decisão a parte não agravou, não poderá trazer posteriormente, pois já terá precluído.

Conclui-se, então, que não há possibilidade de interposição de recurso de apelação da parte integralmente vencedora na demanda, com fundamento no artigo 1.009 parágrafo 1º do CPC/2015,

impugnando exclusivamente a decisão interlocutória não agravável de imediato. No caso, não haverá de fato possibilidade do integralmente vencedor na demanda apelar exclusivamente contra uma interlocutória não agravável, pois não possuirá interesse recursal para tanto. Caso a parte vencedora, após a sentença, esteja se sentindo lesada de alguma forma por decisão interlocutória proferida anteriormente, provavelmente, ou dormiu no ponto e a questão estará preclusa, pois se tratava de decisão agravável, ou terá sucumbido na sentença, ao menos materialmente, o que possibilitará impugnar parcela desta e a interlocutória preliminarmente.

Referências

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>.

Acesso em: 01 outubro. 2017

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o código de processo civil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Acesso em: 01 out. 2017

_____. TJ-RS - **Agravo de Instrumento n. 70074696709**, Décima Segunda

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari

Sudbrack, Julgado em 22/08/2017

_____. TJ-PR - **Agravo de Instrumento n. 1.609.058-5**, Oitava Câmara Cível,

Tribunal de Justiça do PR, Relator: Clayton de Albuquerque Maranhão,

Julgado em 23/11/2016

_____. TJ-RJ - **Agravo de Instrumento n. 00052822420178190000**,

Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor, Relator: Arthur Narciso de

Oliveira Neto, Julgado em 07/03/2017

_____. TJ-SP - **Agravo de Instrumento n. 22346397020168260000**, Décima

Câmara de Direito Público, Relator: Marcelo Semer, Julgado em 12/12/2016

_____. TJ-AC - **Agravo de Instrumento n. 10016171820168010000**, Segunda

Câmara Cível, Relator: Waldirene Cordeiro, Julgado em 17/03/2017

_____. TJ-AM - **Apelação n.** 0237864-44.2016.8.04.0001, Terceira Câmara Cível, Relator: Nélia Caminha Jorge, Julgado em 17/10/2016

_____. TJ-MG - **Apelação n.** 10027130000246001, Quinta Câmara Cível, Relator: Wander Marotta, Julgado em 11/05/2017

_____. TJ-RJ - **Apelação n.** 00453696320158190203, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytsch, Julgado em 03/03/2017

CÂMARA, Alexandre Freitas: **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. v. 3. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Donizetti, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. v. III, 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de processo civil. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 40, n. 249, p. 233-248, nov. 2015. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/98062>> Acesso em: 20 set. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. v. 2, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção: **Manual de Direito Processual Civil**. v. único. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 2 v, 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Créditos de carbono como ferramenta de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado

Jéssica Cindy Kempfer¹

1 Introdução

As mudanças climáticas, ocorridas em virtude do aumento da temperatura média global, geraram reflexos no sistema jurídico internacional. Os desastres ambientais ocorridos nos grandes centros industriais e, cada vez mais, no mundo todo, tornam prejudicam a preservação dos ecossistemas.

Com o intuito de promover a proteção ambiental e a redução dos gases do efeito estufa, vários acordos internacionais foram desenvolvidos, baseados na crescente importância da qualidade e diversidade da vida e dos ecossistemas.

Tal cenário culminou na edição pelos Estados de diversas normas e princípios orientadores, com o intuito de servirem de instrumentos capazes de promover o equilíbrio ambiental.

Na Constituição brasileiro de 1998, o direito ao meio ambiente equilibrado está presente em seu art. 225. Embora não conste título

¹ Especialista em Direito Tributário Empresarial e Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional – IMED. Professora da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus Carazinho. RS. Bolsista CAPES/PROSUP. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2340640196887918> - E-mail: jessicakempfer@gmail.com.

específico de direitos fundamentais, de acordo com a sistemática constitucional, o direito ao meio ambiente é considerado e equiparado como tal.

Nesse contexto, a ideia de normas fundamentais requer uma reflexão quanto a forma abstrata e concreta de a sua formulação, questionando-se o que se entende por direito fundamental e quais normas, além das mencionadas no título específico, podem ser equiparadas a elas.

Ainda, embora a norma constitucional estabeleça, de forma expressa, a defesa do meio ambiente, apenas isso não é suficiente. Necessário que se discorra acerca da real efetivação desse direito, indispensável a uma condição de sobrevivência digna e para que se alcance o desenvolvimento sustentável.

Sem pretender esgotar o tema, o presente trabalho tem como propósito analisar a utilização dos mecanismos de desenvolvimento limpo, geradores de créditos de carbono, como instrumentos de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Para tanto, abordar-se-á acerca da equivalência do direito ao meio ambiente saudável como direito fundamental, seu caráter prestacional, expondo-se, ainda, a existência de uma ligação entre a tutela ambiental e a defesa da pessoa humana, seguido da discussão quanto a necessidade de sua efetivação através de um conjunto de ações sustentáveis.

Por fim, pretende-se discutir sobre a utilização dos créditos de carbono como ferramenta de efetivação e de garantia do direito ao meio ambiente saudável, tratando-se acerca da relação entre desenvolvimento, economia e proteção ambiental.

O método adotado na presente pesquisa é o chamado método hipotético-dedutivo, partindo-se de observações gerais para se chegar a um objetivo específico e levando-se em consideração que a ciência é provisória, percebendo-se lacunas no conhecimento, formulando-se, assim, novas hipóteses.

2 Direito fundamental ao meio ambiente saudável

O reconhecimento da necessidade da proteção do meio ambiente, e da sua conexão com a dignidade da pessoa humana, foi resultado de um processo progressivo de evolução da consciência da sociedade. Isso fez emergir o reconhecimento da importância da manutenção da qualidade e diversidade dos ecossistemas.

Em 1949, o Conselho Econômico e Social da ONU realizou a Conferência das Nações Unidas sobre a Conservação e Utilização de Recursos Naturais, onde, embora tenha obtido resultados insignificantes, foi discutida a situação global dos recursos naturais, com a análise da escassez crítica de certos recursos. (AMORIM, 2015)

Embora se verifique que até mesmo no século XIX já fosse possível encontrar normas internacionais que revelassem uma certa preocupação com a proteção ambiental, a conservação do meio ambiente e o controle da poluição, especialmente após a segunda metade do século XX, tornaram-se uma questão de interesse internacional. Em 1972 a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente já tratava do meio ambiente como direito fundamental do homem:

“[...] O ser humano tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bemestar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.”

Dessa maneira, com a ampliação da discussão ambiental e mais, com a influência da declaração de Estocolmo nos ordenamentos jurídicos, as diversas áreas do meio ambiente começam a ganhar normas protetivas. O reconhecimento da necessidade de sua proteção e de sua ligação com a dignidade da pessoa humana fez com que o direito ao meio ambiente saudável passasse a ser incluído como direito humano fundamental.

Diversas nomenclaturas vem sendo utilizadas como: Preocupação Comum da Humanidade e Patrimônio Comum da Humanidade, mas todas com o objetivo de deixar claro a necessidade de proteção de um bem jurídico determinado. Todas significam o interesse na preservação de um ambiente equilibrado para as futuras gerações.

Na Constituição brasileira de 1988, o direito ao meio ambiente equilibrado está presente no artigo 225 que dispõe que:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)”

Pode-se dizer que tal dispositivo é fruto de uma série de convenções, declarações e tratados que, principalmente após a década de 1970, vem tratando a proteção ambiental como interesse comum da humanidade. (AMORIM, 2015)

A Constituição trouxe ainda, no âmbito da tutela processual, art. 5º, LXXIII, a possibilidade de o meio ambiente e o patrimônio cultural histórico figurarem como objeto de ação popular.

Assim, tendo em vista a sistemática constitucional, embora o direito ao meio ambiente não se encontrar no Título II da Constituição Brasileira, ele é considerado como Direito Fundamental.

Tal discussão gira em torno dos conceitos formal e material de direito fundamental. Relativamente ao conceito formal, direitos fundamentais seriam apenas os constantes no rol específico da Constituição. Já com relação ao conceito material, parte-se do princípio que não se pode enumerar taxativamente, considerando apenas o critério formal/organizacional, o que seria um direito fundamental e nesse ponto, a própria constituição propõe no parágrafo 2º do artigo 5º que:

“(...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Dessa forma, com relação ao seu aspecto material, a doutrina vem reconhecendo que são fundamentais os direitos que conferem dignidade ao ser humano. Portanto, mesmo não constando no título II da Constituição, pode ser considerado Direito tudo aquilo que é necessário para uma condição humana digna.

Nesse diapasão, a ideia de normas de direitos fundamentais demanda, igualmente, uma reflexão quanto a sua formulação, tanto de forma abstrata, quanto de forma concreta. Assim, uma norma de direito fundamental formulada de forma abstrata, para Alexy (2012), está relacionada com uma série de critérios através dos quais uma norma pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental, independente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma Constituição.

Relativamente a formulação concreta de uma norma de direito fundamental, tem-se que esta está ligada ao questionamento acerca de quais normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma Constituição são de fato normas de direitos fundamentais. Assim, uma abordagem acerca de uma teoria dos princípios implica em enfrentar, inicialmente, o que se entende como norma de direitos fundamentais.

Alexy (2012, p. 65), nesse ponto, formula um conceito de normas de direitos fundamentais como sendo “aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados” presentes no texto de uma Constituição.

Contudo, há certas normas que não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, mas atribuídas às estas. Tais normas, denominadas de “normas atribuídas”, decorrem da abertura estrutural característica das normas de direitos fundamentais. Dessa formas, as normas de direitos fundamentais podem ser “divididas em

dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas” (ALEXY, 2012, p. 71-73).

Com o conceito de normas de Direitos Fundamentais atribuídas, demonstra Alexy que os enunciados das normas de direitos fundamentais poderiam apresentar indeterminações semânticas ou estruturais, partindo da ideia de que os direitos fundamentais regulariam de forma muito aberta as questões estruturantes das relações do Estado e da sociedade. Essa condição é de fácil verificação na Constituição Brasileira (MORAIS, 2016), onde além do parágrafo 2º do art. 5º, também o art. 7º, caput, da Constituição alarga o conceito material de direitos fundamentais ao expressar que os Direitos Sociais constituem-se dos ali constantes “além de outros que visem a melhoria de sua condição social”.

Vemos, portanto, um conceito aberto onde cabe ao intérprete buscar o caráter fundamental de um direito. Isso poderia gerar uma luta político-interpretativa interminável para se estabelecer as possibilidades interpretativas das disposições de tais direitos. Para resolver a celeuma, Alexy desenvolve como critério, para que a norma atribuída possa ser considerada como norma de Direito Fundamental, sempre que esta for validada por uma correta fundamentação atribuída a direitos fundamentais. (MORAIS, 2016)

Sem almejar esgotar o tema, partindo do conceito proposto por Alexy e à luz da Constituição Brasileira, tem-se que o direito ambiental está entre os direitos fundamentais. Por um critério de evolução social, pode-se dizer que para a efetivação da dignidade da pessoa humana, é necessária a busca por uma melhor qualidade de vida, o que não é alcançado com condições ambientais e sanitárias ruins. A preservação ambiental é fundamental para o desenvolvimento humano.

A jurisprudência brasileira já firmou entendimento de que o Direito ao Meio Ambiente trata-se de direito fundamental. Temos como *leading case* o RE 134.297-8/SP (BRASIL, 1995), em que o

Ministro Relator Celso de Mello afirma que direito ao meio ambiente é direito fundamental de terceira geração.

Para Robert Alexy o direito ao meio ambiente equilibrado trata-se de um Direito Fundamental Completo:

Especialmente claro é o caso do intensamente debatido direito ao ambiente, que não raro é classificado como um direito fundamental social, ou ao menos como algo a ele próximo. Uma análise mais detida demonstra que esse direito, não importa se introduzido como um novo direito fundamental no catálogo dos direitos ou atribuído por interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, tem uma estrutura muito diferente daquela de um direito como o direito à assistência social, que essencialmente se esgota em um simples direito a uma prestação fática. Um direito fundamental ao meio ambiente corresponde mais àquilo que acima se denominou direito fundamental completo. Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, Aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática). (ALEXY, 2012, p. 413)

Vemos, portanto, que o aspecto prestacional do direito ao meio ambiente se mostra como importante parte integrante do conceito. Ademais, tal aspecto é que mais tem-se visto na jurisprudência nacional.

Alexy apresenta a figura dos direitos a ações estatais positivos, os quais chama de direitos a prestações em sentido amplo (ALEXY, 2012, p. 434). Tais direitos seriam contrapostos aos direitos de prestação em sentido estrito, os direitos sociais. Descreve o autor que os direitos fundamentais demandam, em sua constituição, tanto uma abstenção quando um dever de proteção por parte do Estado.

Como visto no parágrafo anterior, o autor classifica o direito ao meio ambiente como um direito fundamental completo, apesar de possuir características de direito social. Tal direito incorpora o direito a defesa e o direito a prestação fática, ou seja, proibindo o estado de realizar intervenções no meio ambiente e determinando que este mesmo estado realize intervenções positivas a fim de manter o ambiente equilibrado.

Em virtude do caráter prestacional dos direitos fundamentais, a necessidade de proteção deste direitos por meio de ações positivas cresce em progressão aritmética. A realização do direito ao meio ambiente constitui critério de eficácia contida na Constituição.

Ao assegurar a todos a existência do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nossa Constituição definiu, conforme orientação do art. 23, VI, competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no sentido de proteger o meio ambiente em qualquer de suas formas.

O direito à vida, de forma ampla, é garantido no plano constitucional de maneira ecologicamente equilibrada, ou seja:

(...) assegurou a Constituição Federal em vigor o direito à vida relacionado com o meio, com o recinto, com o espaço em que se vive envolvendo a pessoa humana – principal destinatário do direito constitucional brasileiro – num conjunto de condições morais, psicológicas, culturais e materiais que vincula uma ou mais pessoas nos autorizando a concluir que a definição jurídica de meio ambiente ecologicamente equilibrado criada pela Carta Magna diz respeito à tutela da pessoa humana, assim como de outras formas de organismos adaptada ao local onde se vive.” (FIORILLO; FERREIRA, 2012, p. 22)

O direito material ambiental, no plano constitucional, diz respeito à existência de uma relação jurídica que vincula a pessoa humana aos bens que são considerados essenciais à sadia qualidade de vida. Ou seja, a definição jurídica de bem ambiental está adstrita não só à tutela da vida da pessoa humana, mas principalmente à

tutela da vida da pessoa humana com dignidade. (FIORILLO; FERREIRA, 2012)

Ao se reconhecer o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental, está se criando um grande marco que traz consequências. Dessa forma, necessário tratar do dever de proteção ambiental e sua consequente efetividade.

3 Da necessidade de efetivação do direito ao meio ambiente equilibrado

Como previamente abordado, ao meio ambiente foi conferido status de direito ambiental. A Constituição Federal de 1988, nos incisos do parágrafo 1º do art. 225, procura contemplar o alcance e a eficácia da proteção do ambiente.

Para Alexy:

“(...) os direitos ambientais são elementos essenciais a ordem jurídica nacional, Entretanto também indicam além do sistema nacional, pois os direitos do homem, independente de sua positivação, possuem validade universal, fazendo exigências a cada ordem jurídica.” (ALEXY, 2012, p. 252)

Para Bobbio, com relação a essas novas gerações de direito fundamentais, este direito de viver em um meio ambiente não poluído figuraria como o mais importante destes, embora que complexo. Essa complexidade seria devida ao fato de que este bem possui titularidade plena e conteúdo imaterial, contando ainda com o atributo de ser de uso comum da população e ainda fundamental a vida de todos os seres. Por esse motivo é juridicamente relevante para ser tutelado pelo direito, a fim de proteger a vida na Terra. (BOBBIO, 2004)

Logo, à primeira leitura do art. 225 da Constituição Federal, é possível perceber a proposta de interdisciplinariedade do dispositivo ao tratar, em seu inciso I, da preservação e restauração dos

processos ecológicos essenciais e a promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas.

Pode-se dizer que a norma constitucional busca preservar os bens que proporcionem uma existência saudável a todos os seres vivos por meio de uma gestão ambiental planejada, buscando o desenvolvimento sustentável.

A norma constitucional afirma que todos, indistintamente, possuem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, está assegurando a uma coletividade indefinida de pessoas o direito a exercer a titularidade do bem ambiental.

Contudo, embora a constituição estabeleça, expressamente, a defesa do meio ambiente, a sua tutela jurídica enfrenta problemas que se manifestam a partir do momento em que a degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a própria sobrevivência humana na terra. (SILVA, 1994)

Nesse ponto, pode-se dizer que existe uma estreita ligação entre a tutela ambiental e a defesa da pessoa humana. Garantir a existência dos bens essenciais a uma vida sadia pressupõe a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado.

Inexiste uma conceituação final acerca do real significado de uma “vida sadia” ou até mesmo do que seria “qualidade de vida” e tampouco dos requisitos para que tais sejam alcançadas. Contudo, advoga-se que tais seriam alcançadas através do acesso aos meios necessários para alcançar o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido:

“(…) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (SARLET, 2007, p. 383)

A qualidade de vida, ou o direito a uma vida sadia, nesse contexto por ser compreendida de maneira conjunta ao meio ambiente sadio e equilibrado. O ambiente é bem jurídico essencial indispensável a uma condição de sobrevivência digna. É direito e dever de todos e, ao mesmo tempo, de cada um.

Em atenção a isso, a preservação dos bens naturais, para que as próximas gerações também tenham acesso a eles e, assim, ainda possam desfrutar de uma vida sadia se mostra como uma proposta de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, mister que se desenvolva um conjunto de ações sustentáveis para que se garanta, de forma eficaz, a qualidade de vida através da preservação dos ecossistemas. Nesse sentido:

“Uma política de desenvolvimento que vise a satisfação das necessidades humanas fundamentais transcende a racionalidade convencional, porque se aplica ao ser humano como um todo. As relações estabelecidas entre as necessidades e seus satisfatores tornam possível construir uma filosofia e uma política de desenvolvimento que são genuinamente humanísticas.” (MAX-NEEF, 2012, p. 34)

Por outro lado, enquanto o modo pelo qual uma necessidade é satisfeita está apenas restrito aos bens consumidos, pelos quais os indivíduos são capazes de responder às suas necessidades, e esses bens estão ligados a uma cadeia de consumo com fim em si mesma, viveremos em uma sociedade alienada, preocupada apenas com a corrida rumo à produtividade sem sentido. (MAX-NEEF, 2012)

Desta forma, uma maneira que pode se mostrar eficaz para que se atinja a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e, conseqüentemente, à qualidade de vida, é o desenvolvimento sustentável que pode ser alcançado a partir dos denominados créditos de carbono.

Ao analisarmos o conceito de desenvolvimento sustentável, a questão chave deve ser a preocupação com a sustentabilidade ecológica e sua relação com o desenvolvimento. Ele convida para o desenvolvimento baseado na sustentabilidade para que se possa atender as necessidades da população no presente, igualmente, no futuro. (BOSELNANN, 2015)

A sustentabilidade é um conceito que remete a necessidade de manutenção da vida como um todo, em respeito da integridade ecológica da terra como um organismo indivisível. Isso também quer dizer que pode ser considerado “injusto” viver as custas de outras espécies, tanto quanto seria igualmente “injusto” viver as custas das futuras gerações. (BOSELNANN, 2015)

Assim, a sustentabilidade se mostra como uma tentativa de adaptação à evolução das condições de vida para se viver, social e economicamente, dentro dos limites ecológicos. E é nesse modelo que o desenvolvimento sustentável deve ocorrer.

O desenvolvimento sustentável deve significar o equilíbrio entre interesses concorrentes. Deve integrar a percepção dos fatores ambientais, econômicos e sociais. Em sua abordagem ecológica, ele se mostra como uma crítica do modelo de desenvolvimento atual e se propõe a gestão dos recursos naturais como parte integrante dos planos de desenvolvimentos. (BOSELNANN, 2015)

Assim, levando-se em consideração que os créditos de carbono são instrumentos econômicos de proteção ambiental, integrantes de um novo mercado, passa-se a discutir acerca da efetivação do direito ao meio ambiente equilibrado através desta ferramenta.

4 Créditos de carbono como ferramenta de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado

As mudanças climáticas, verificadas especialmente em razão do aumento da temperatura média global, ocasionaram um reflexo internacional. Diversos acordos multilaterais foram criados, entre

eles a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Mudanças do Clima.

Tal Convenção, firmada em 1992, almeja a estabilização das concentrações de gases poluentes em um nível seguro e contém dispositivos ressaltando a necessidade de uma cooperação internacional e de uma proteção efetiva do meio ambiente. Em se tratando de um documento confeccionado em formato de convenção, ela contém somente normas gerais, prevendo contudo a sua atualização por meio de protocolos.

Para a complementação do documento, foi criado o Protocolo de Kyoto, o qual contém disposições que obrigam os países signatários a reduzir suas emissões de gases poluentes. O documento, criado em 1997, originou os Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL), ferramenta que permite com que os países alcancem suas metas de redução de gases poluente.

O objetivo do MDL é proporcionar que os países em desenvolvimento atinjam o desenvolvimento sustentável, participando no desenvolvimento da Convenção-Quadro e contribuindo para a redução das emissões. Para os países desenvolvidos, os projetos de mecanismos de desenvolvimento limpo servem, principalmente, para que estas nações atinjam seus objetivos de redução de gases poluentes.

Contudo, a utilização e confecção destes projetos não está adstrita apenas aos organismos públicos, sendo possível que as entidades privadas, tanto pessoas físicas como jurídicas, participem do processo.

Após a realização de um projeto de MDL, são emitidos certificados de mitigação dos gases do efeito estuda, chamada de uma Redução Certificada de Emissão (RCE) ou de Créditos de Carbono por ser a redução quantificada em tonelada métrica equivalente de dióxido de carbono.

Estes Créditos de Carbono podem ser comercializados tanto nos chamados “mercados regulados” quanto nos “mercados voluntários”, sendo aqueles os mercados criados conforme previsão

do Protocolo de Kyoto e estes os que não estão diretamente ligados às metas de redução de gases poluentes impostas.

As RCEs criaram um novo mercado. A comercialização dos créditos de carbono podem ser encara por muitos como uma forma de valorar monetariamente a poluição, possuindo enfoque estritamente comercial. Para outros, constitui uma boa opção para que se possa atingir o desenvolvimento sustentável e, conseguinte, uma boa qualidade de vida.

O maior problema em torno do chamado “câmbio climático” estaria no fato de haver um preço para uma espécie de produto criado a partir das reduções dos gases poluentes. Mensurar um preço para a redução das emissões na opinião de Jim Watson, do Grupo sobre Energia de Universidade de Sussex, é uma arma muito rudimentar que supõe haver uma guerra para salvar a humanidade. (WATSON; MACKERRON, 2007/2008)

Contudo, argumenta-se que as mudanças climáticas ocorridas nos últimos anos, apenas alcançou os níveis alarmantes nos quais nos encontramos porque as emissões não possuíam um preço. (GILBERTSON; REYES, 2010). Como a tomada de decisões estava atrelada ao caráter econômico e as ações sustentáveis não possuíam um preço ou não eram economicamente viáveis, estas muitas vezes não eram efetivadas.

Ademais, os problemas ambientais dos países em desenvolvimento estão associados mais a falta de recursos do que em problemas decorrentes do consumismo (SAAVEDRA, 2014). Assim, os mecanismos de desenvolvimento limpo tem tido papel importante no financiamento de projetos que contribuem ao desenvolvimento de países que estão em desenvolvimento.

A relação entre economia e ambiente se mostra como um elemento crucial ao desenvolvimento sustentável. A abordagem econômica dada ao meio ambiente pode acentuar o crescimento de uma determinada nação mas desde que em consonância com a sustentabilidade ecológica.

As ações atuais, econômicas ou não, devem ser pensadas no sentido de não comprometer a manutenção e a melhoria de vida futura. Nesse ponto, o mercado de carbono de mostra como uma alternativa, pois permite a manutenção da integridade ecológica da Terra, além de ser economicamente viável, atuando no fomento à economia e contribuindo para o desenvolvimento dos países.

O problema da fome e da pobreza suportado pelos países subdesenvolvidos impede a preocupação com questões ambientais. Essa meta de crescimento econômico não significa, contudo, permitir o desenvolvimento insustentável. Assim, o fomento da economia promovido pelo mercado de carbono se mostra essencial para que o desenvolvimento desses países não ocorra da mesma forma depredatória que acontece nos países do norte.

Assim, os projetos de MDL geradores de crédito de carbono contribuem para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado na medida que se mostram como uma excelente ferramenta rumo ao desenvolvimento sustentável. Contudo, a utilização deste mecanismo tem sido limitada pelos elevados custos de transação, o que reflete em um mercado de carbono gerado por projetos de MDL abaixo de seu potencial. (BRASIL, Ipea, 2011)

Os elevados custos da transação têm reduzido os potenciais benefícios deste mecanismo. Há consenso generalizado de que, para que o MDL cumpra seu papel adequado no financiamento do desenvolvimento sustentável de países em desenvolvimento, medidas devem ser adotadas para reduzir os custos de transação. Com este objetivo, foi aprovado em 2005 o MDL programático, pelo qual vários projetos podem ser submetidos em conjunto, gerando maior volume de créditos de carbono. Outra ideia que vem ganhando força é a de incluir políticas que contribuam ao desenvolvimento sustentável e que, ao mesmo tempo, sejam capazes de mitigar as emissões de GEE, gerando créditos de Carbono. Nestes dois casos, a geração de créditos de carbono passaria a ser feita a partir de um conjunto de projetos e/ou de um setor objeto de uma

política, em contraste com a situação atual de projetos individuais como unidade de análise. (BRASIL, Ipea, 2010)

O que a Constituição Federal de 1988 almeja ao estabelecer, no caput do art. 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é oferecer a todos um ambiente sadio para se viver. Se trata de garantir a qualidade de vida através da preservação ambiental.

A qualidade de vida está intimamente ligada com a qualidade do ambiente. Ao se pensar em uma vida saudável não há como se desassociar a ideia de um ambiente saudável. Ao se elencar tais direitos como direitos fundamentais é necessário pensar em uma efetivação, em uma busca por um ambiente que propicie condições mínimas de existência e de qualidade de vida para esta e para as próximas gerações.

A efetividade de uma norma jurídica depende do grau de aplicabilidade que esta alcança na sociedade. Nesse ponto, a jurisprudência ocupa papel de destaque, podendo-se citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 3.540-MC:

E M E N T A: [...] - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que

a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. (...) (CF, art. 225, § 1º, III). (ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528)

Tal decisão destaca que não só os interesses econômicos devem ser levados em conta para a tutela efetiva do meio ambiente, referindo que a economia está subordinada à defesa do meio ambiente.

Ao se pensar em proteção ambiental em um mundo globalizado, é necessário se pensar em desenvolvimento sustentável que significa uma integração entre progresso econômico e a garantia de um meio ambiente equilibrado. E é nesse ponto que o mecanismo de desenvolvimento limpo se torna uma ferramenta importante.

O MDL se torna interessante principalmente nos países subdesenvolvidos ao permitir a integridade ecológica aliada ao fomento da economia. Contudo, a falta de regulamentação do mercado e a falta de diversidade dos projetos, o que acaba elevando os custos da transação, vem contribuindo para o uso distorcido das práticas previstas pelo Protocolo de Kyoto e direcionando o foco dos créditos econômicos apenas para o aspecto econômico.

Fundamental, nesse contexto, uma nova visão sobre os créditos de carbono já que poucos investimentos estão sendo alocados nos países em desenvolvimento para a elaboração de

projetos que reduzam a emissão de gases do efeito estufa. (BRASIL. Comissão Mista Especial Sobre Mudanças Climáticas, 2007)

Os mecanismos de desenvolvimento limpo possuem grande potencial para auxiliarem na efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Sendo imperioso para tanto a expansão dos projetos e a criação de novas estratégias para conciliar progresso econômico e conservação ambiental.

5 Conclusão

A preocupação internacional com questões relacionadas diretamente com o meio ambiente começou a tomar corpo a partir do último século, o que fez emergir o reconhecimento da importância da manutenção dos ecossistemas.

Acompanhando a tendência internacional, nossa Constituição consagra o direito ao meio ambiente equilibrado, que, muito embora não conste no Título II da Carta, possui status de direito fundamental é assim considerado.

Nessa temática, abordou-se sobre a visão de Alexy na conceituação de normas de direitos fundamentais, tendo como base a preposição de “são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados” (ALEXY, 2012, p. 65) presentes no texto de uma Constituição.

A partir disto, debateu-se acerca da estreita ligação deste direito com a defesa da pessoa humana e a garantia de uma vida sadia, uma vez que a existência desta depende da garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado a fim de garantir a existência saudável desta e das futuras gerações.

Embora a norma constitucional estabeleça, de forma expressa, a defesa do meio ambiente, apenas isso não é suficiente. Buscando-se a garantia desse direito, debateu-se acerca da necessidade de implementação de um conjunto de ações sustentáveis com o fim de buscar o desenvolvimento de forma

sustentável do Estado, o que seria garantido através de preservação ambiental.

Ao se falar em desenvolvimento sustentável, impossível deixar de lado o aspecto econômico da relação, uma vez que a pobreza e a fome enfrentada por um grande grupo de nações, se mostra como uma das principais responsáveis pelos danos ambientais.

Dessa forma, os créditos de carbono foram apresentadas como ferramenta de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Estas cédulas foram criadas pelo Protocolo de Kyoto que traz em seu corpo a figura Redução Certificada de Emissões, que formarão os créditos, como incentivo para a redução dos impactos ambientais causados pela expansão acelerada da economia.

Discute-se que os enfoques mercantis do protocolo de Kyoto acabam deixando para segundo plano a proteção ambiental, que fica sem solução, tendo em vista que exige mudanças estruturais nas práticas dos países.

Contudo, ao se pensar em desenvolvimento sustentável é necessário que ele significa o equilíbrio entre interesses concorrentes. Uma integração entre a proteção ambiental e progresso econômico. Nesse sentido, o MDL se torna interessante, principalmente para os países em desenvolvimento, ao permitir a integridade ecológica aliada ao fomento à econômica.

Percebeu-se, também, que, embora os mecanismos de desenvolvimento limpo possuam grande potencial para auxiliarem na efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, para que eles se firmem como um importante instrumento na efetivação deste direito, impõe-se uma expansão e diversificação de projetos financiados por este, já que é imperativa para a atual sociedade de economia globalizada, a necessidade de conciliar o progresso com a conservação ambiental.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- AMORIM, João Alberto Alves . **A ONU e o Meio Ambiente: Direitos Humanos, Mudanças Climáticas e Segurança Internacional e o Século XXI**. Atlas, 03/2015.
- BOBBIO, Norberto. **1909- A era dos direitos**. tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.
- BRASIL. Comissão Mista Especial Sobre Mudanças Climáticas. **Relatório das Atividades de 2007**. Criada por meio do Ato Conjunto nº 1, de 2007, “destinada a acompanhar, monitorar e fiscalizar as ações referentes às mudanças climáticas no Brasil.” Brasília. Congresso Nacional, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.>. Acesso em: 17 jul. 2013.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Sustentabilidade ambiental no Brasil: biodiversidade, economia e bem-estar humano**. gráfs., mapas, tabs. (Série Eixos Estratégicos do Desenvolvimento Brasileiro; Sustentabilidade Ambiental. Livro 7. Brasília: Ipea, 2010.
- BRASIL. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. **Mudança do clima no Brasil: aspectos econômicos, sociais e regulatórios**. Editores: Ronaldo Seroa da Motta. Brasília: Ipea, 2011.
- Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano** – 1972. Disponível em http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo_1972.pdf>. Acesso em 05 jan. 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **A Constituição Federal como gênese do Direito Ambiental brasileiro e a defesa do patrimônio fenético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural.** In: Carlos Alberto Lunelli; Jeferson Dytz Marin. (Org.). Estado, Meio Ambiente e Jurisdição. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

GILBERTSON, Tamra; REYES, Oscar. **El mercado de emisiones. Cómo funciona y por qué fracassa.** 19 de abril de 2010. Carbon Trade Watch. Disponível em: <http://www.carbontradewatch.org/publications/el-mercado-de-emisiones-como-funciona-y-por-que-fracasa.html>. Acesso em: 20 set. 2016.

MAX-NEEF, Manfred A. **Desenvolvimento à escala humana: concepção, aplicação, reflexos posteriores.** Tradução: Rede Viva. Blumenau: Edifurb, 2012.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF.** Salvador: Juspodivm, 2016.

SAAVEDRA, Jaime Fernando Estenssoro. **História do debate ambiental na política mundial 1945-1992: a perspectiva latino-americana.** 2014.

SARLET, Ingo. **As dimensões da dignidade da pessoa humana.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 09, p. 361-388. Disponível em <http://www.escolasuperior.dedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf> Acesso em 12 jan. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1994.

WATSON, Jim. MACKERRON, Gordon. TAO, David Ockwell and. **Technology and carbon mitigation in developing countries: Are cleaner coal technologies a viable option?** Human Development Report 2007/2008. Sussex Energy Group and Tyndall Centre for Climate Change Research. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2007-8/papers/Watson_MacKerron_Ockwell_Wang.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.