

ISSN: 1806-8790

Revista de **DIREITO**

Revista Semestral Julho/Dezembro 2017 Volume 09 Número 02



Universidade Federal de Viçosa

REVISTA DE DIREITO vol.09 nº 02

Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes
Departamento de Direito

Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes
Departamento de Direito

Revista de Direito

Volume 9 - Número 2 - Jul/Dez 2017

Viçosa - Minas Gerais

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Av. Peter Henry Rolfs, s/n - Campus Universitário - 36570-900 Viçosa - MG
(31) 3899-1158 | www.dpd.ufv.br/revista | revistadir@ufv.br

MISSÃO

Apresentar à sociedade o conhecimento produzido e mais do que isso,
atuar como um elo entre a academia e os profissionais do Direito,
contribuindo para sua evolução.

COORDENAÇÃO

Patrícia Aurélia Del Nero

GESTÃO

Thiago Montes Gomes Pinto

DIAGRAMAÇÃO

Wcom Design Gráfico

REVISÃO E TRADUÇÃO

Letícia Gomes Almeida

IMPRESSÃO

Divisão Gráfica Universitária

INDEXAÇÃO

Google Acadêmico, ibict SEER, Latindex, Redib e Sumários.org

APOIO

Funarbe

Solicita-se permuta. | We ask for exchange. | On demande l'échange.

**Ficha catalográfica preparada pela Seção de Catalogação e
Classificação da Biblioteca Central da UFV**

REVISTA DE DIREITO/Universidade Federal de Viçosa.
Departamento de Direito, Vol. 9, nº 2 (2017)
Viçosa UFV, DPD, 2017.
v.; 22cm.
342p. : il; 22cm .
Semestral.
ISSN : 1806-8790
E-ISSN: 2527-0389
Texto em português, espanhol, inglês e francês.
1.Direito - Periódicos . 1. Universidade Federal de
Viçosa. Departamento de Direito.
CDD 20.ed. 340.05
Nota: a periodicidade da revista foi interrompida no período
de 2005/2009.

Direitos de permissão de utilização

Os artigos são de total responsabilidade de seus/suas autores/ras e os direitos reservados ao DPD/UFV. É permitida a publicação de trechos de artigos com identificação da fonte.

CONSELHO EDITORIAL

EDITORIAL BOARD

Prof. Alejandro Miguel Garro

Columbia University, Nova Iorque, NY, Estados Unidos da América do Norte

Prof. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Profa. Angela Issa Haonat

Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil

Prof. Antonio Álvares da Silva

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof. Augusto César Leite de Carvalho

Instituto de Educação Superior de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Profa. Cláudia Lima Marques

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

Prof. Cristiano Chaves de Farias

Ministério Público do Estado da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Prof. Fredie Souza Didier Júnior

Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Prof. Igor Sporch da Costa

Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, PR, Brasil

Prof. Jair Aparecido Cardoso

Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil

Prof. Jochen Bauerreis

Université Strasbourg, Estrasburgo, Alsácia, França

Prof. Lenio Luiz Streck

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil

Prof. Luís Roberto Barroso

Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Luiz Otávio Linhares Renault

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof. Marlon Tomazette

Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Paulo Roberto Roque Antônio Khouri
Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil

Profa. Patrícia Aurélia Del Nero
Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil

Profa. Raquel Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil

Profa. Renata Barbosa de Almeida
Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira, Itabira, MG, Brasil

Profa. Silma Mendes Berti
Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof. Túlio Lima Vianna
Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil

CONSELHO DE PARECERISTAS AD HOC

AD HOC CONSULTING BOARD

Prof. Adailson da Silva Moreira, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, MS, Brasil / Prof. Alaerte Antonio Martelli Contini, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, Brasil / Profa. Aline Martins Coelho, Centro Universitário Luterano de Palmas, Palmas, TO, Brasil / Prof. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Prof. Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Profa. Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Prof. Andre Vasconcelos Roque, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Profa. Andrea Regina de Moraes Benedetti, Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Cascavel, PR, Brasil / Profa. Andressa Nunes Sollo, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Prof. Antonio Isidoro Piacentin, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, SP, Brasil / Profa. Aparecida Luzia Alzira Zuin, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Prof. Ari Ferreira de Queiroz, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Prof. Augusto Jobim do Amaral, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Prof. Cândido Furtado Maia Neto, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Profa. Carla Izolda Fiuza Costa Marshall, Ibmec, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Prof. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Prof. Carlos Henrique Ramos, Ibmec, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Prof. Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Prof. Celso Leal da Veiga Júnior, Universidade do Vale do Itajaí, Tijucas, SC, Brasil / Prof. Clarindo Epaminondas de Sá Neto, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Profa. Cláudia Luiz Lourenço, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Prof. Claudio Macedo de Souza, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Prof. Cláudio Roberto dos Santos Kobayashi, Faculdade Evangélica de Rubiataba, Rubiataba, GO, Brasil / Prof. Claudio Smirne Diniz, Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Prof. Cleber Affonso Angeluci, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, MS, Brasil / Prof. Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Prof. Daniel Bucar Cervasio, Ibmec, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Prof. Daniel Francisco Nagao Menezes, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Prof. Daniel Gustavo Falcão Pi-

mentel dos Reis, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Prof. Daniel Rubens Cenci, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, RS, Brasil / Profa. Daniela Olímpio de Oliveira, Universidade Federal de Lavras, Lavras, MG, Brasil / Profa. Dayse Coelho de Almeida, Faculdade Estácio de Sá, Aracaju, SE, Brasil / Prof. Edilson Vitorelli Diniz Lima, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, SP, Brasil / Prof. Eduardo Nunes de Souza, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Prof. Enio Waldir da Silva, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, RS, Brasil / Prof. Érico Germano Hack, Faculdade Organização Paranaense de Ensino Técnico, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eurico Zecchin Maiolino, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, São Paulo, SP, Brasil / Prof. Everaldo Augusto Cambler, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Prof. Everton das Neves Gonçalves, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Prof. Fábio Severiano do Nascimento, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, PB, Brasil / Prof. Farlei Martins Riccio de Oliveira, Advocacia Geral da União, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Prof. Felipe Magalhães Bambirra, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Profa. Fernanda Maria Afonso Carneiro, Centro Universitário INTA, Sobral, CE, Brasil / Profa. Flávia de Campos Pinheiro, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Profa. Geny Marques Pinheiro, Universidade Federal do Piauí, Picos, PI, Brasil / Prof. Gerson Neves Pinto, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil / Profa. Graciane Rafisa Saliba, Universidade Santa Úrsula, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Prof. Gustavo Hermont Corrêa, Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, MG, Brasil / Prof. Gustavo Seferian Scheffer Machado, Universidade Federal de Lavras, Lavras, MG, Brasil / Profa. Helena Stela Sampaio, Centro Universitário Farias Brito, Fortaleza, CE, Brasil / Prof. Helio Luiz Fonseca Moreira, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Prof. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Prof. Humberto João Carneiro Filho, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Prof. Jailton Macena de Araujo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Prof. João Daniel Macedo Sá, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Prof. José Geraldo Romanello Bueno, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, SP, Brasil / Prof. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Profa. Josirene Candi-do Londero, Faculdade La Salle, Lucas do Rio Verde, MT, Brasil / Profa. Juliana Wulfing, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Profa. Kaiomi de Souza Oliveira Cavalli, Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, RO,

Brasil / Prof. Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira, Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, Macau, RN, Brasil / Prof. Leonel Pires Ohlweiler, Centro Universitário La Salle, Porto Alegre, RS, Brasil / Prof. Leonio José Alves da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Profa. Liliane Vieira Martins Leal, Universidade Federal de Goiás, Jataí, GO, Brasil / Profa. Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro, Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, PA, Brasil / Profa. Lucilene Maria Vidigal Castro, União de Ensino Superior de Viçosa, Viçosa, MG / Prof. Luís Henrique Bortolai, Faculdade DeVry Metrocamp, Campinas, SP, Brasil / Prof. Luiz Alberto Pereira Ribeiro, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Londrina, PR, Brasil / Prof. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Profa. Maíra Neiva Gomes, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Profa. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Profa. Marcella Pagani, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Prof. Marcelo Ivan Melek, Universidade Positivo, Curitiba, PR, Brasil / Prof. Marcos de Lima Porta, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Profa. Margareth Vetis Zaganelli, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil / Profa. Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Profa. Marise Costa de Souza Duarte, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Prof. Mateus de Oliveira Fornasier, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, RS, Brasil / Profa. Michelle Asato Junqueira, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Profa. Michely Vargas Delpupo, Centro Universitário Adventista de São Paulo, Engenheiro Coelho, SP, Brasil / Prof. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Centro Universitário de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Prof. Paulo Edvandro da Costa Pinto, Inter-American Defense College, Washington, DC, Estados Unidos da América do Norte / Prof. Plínio Antônio Britto Gentil, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Profa. Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Profa. Renata Barbosa de Almeida, Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira, Itabira, MG, Brasil / Prof. Renato Lopes Becho, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Prof. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira, Universidade Federal de Lavras, Lavras, MG, Brasil / Prof. Roberto Eurico Schmidt Junior, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Prof. Rogério Montai de Lima, Universidade Federal de

Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Profa. Rosane Freire Lacerda, Universidade Federal de Pernambuco, Caruaru, PE, Brasil / Profa. Ruth Maria Pereira dos Santos, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal / Prof. Rui Decio Martins, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil / Profa. Sandra Cordeiro Molina, Universidade Anhanguera de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas, Fundação Mineira de Educação e Cultura, Belo Horizonte, MG, Brasil / Profa. Silma Mendes Berti, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Profa. Sílvia Araújo Dettmer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, MS / Profa. Simone Matos Rios Pinto, Faculdade de Ciências Econômicas, Administrativas e Contábeis de Divinópolis, Divinópolis, MG, Brasil / Prof. Taiguara Libano Soares e Souza, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Prof. Tiago Figueiredo Gonçalves, Universidade Federal do Espírito Santo, Serra, ES, Brasil / Prof. Tomás Grings Machado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil / Profa. Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, Brasil / Profa. Veronica Lagassi, Ibmec, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Prof. Vinicius Klein, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Prof. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Prof. Walber Cunha Lima, Centro Universitário do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Profa. Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida, Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, MG, Brasil / Prof. William Junqueira Ramos, Advocacia Geral da União, São Paulo, SP, Brasil.

SUMÁRIO / CONTENTS

13 **NORMAS EDITORIAIS / EDITORIAL STANDARDS**

15 **EDITORIAL / EDITORIAL**

19 **ARTIGOS / ARTICLES**

OS ARTIGOS ESTÃO DISPOSTOS EM ORDEM ALFABÉTICA DOS NOMES DOS AUTORES.

THE ARTICLES ARE ARRANGED IN ALPHABETICAL ORDER OF AUTHOR'S NAMES.

21 **DOS CLÁSSICOS AOS SOCIAIS: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS À LUZ DO CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL**

FROM THE CLASSICS TO THE SOCIALS: AN ANALYSIS OF THE MAIN CONTRACTUAL PRINCIPLES IN THE LIGHT OF THE HISTORICAL-SOCIAL CONTEXT

Delma Pires Pinto

61 **O PROBLEMA DOS REFUGIADOS SÍRIOS NA EUROPA E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS**

O PROBLEMA DOS REFUGIADOS SÍRIOS NA EUROPA E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Érika Rigotti Furtado

87 **A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL: UMA GENEALOGIA DO PROIBICIONISMO**

THE DRUG CRIMINALIZATION IN BRAZIL:

A GENEALOGY OF PROHIBITION

Guilherme Saraiva Brandão

119 **O FIM DA ROTULAGEM DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS E O DIREITO À INFORMAÇÃO CONSAGRADO PELO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

THE END OF TRANSGENIC FOOD LABELING AND THE RIGHT TO INFORMATION CONSERVED BY THE CONSUMER DEFENSE CODE IN THE LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Ingrid de Lima Barbosa

Daniel Monteiro Silva

- 161 A RACIONALIDADE MÉDICO-JURÍDICA DOS PROCESSOS DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS TRANS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
THE MEDICAL-LEGAL RATIONALITY OF THE PROCESSES OF CHANGING THE CIVIL REGISTRY OF TRANS PEOPLE IN RIO DE JANEIRO – BRAZIL
Maria Luiza Rovaris Cidade
Pedro Paulo Gastalho Bicalho
- 205 DA NECESSIDADE DE EFETUAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER, À LUZ DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424/DF.**
THE NEED TO EFFECT THE VICTIM'S REPRESENTATION IN CRIMES OF DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE LIGHT OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY 4.424 / DF.
Ozana Rodrigues Boritza
Larissa Renata Padilha Barbosa Mazzo
- 243 O DIÁLOGO ENQUANTO CATEGORIA DE APROXIMAÇÃO ENTRE PAULO FREIRE E O PARADIGMA RESTAURATIVO DE JUSTIÇA**
DIALOGUE AS A CATEGORY APPROACH BETWEEN PAULO FREIRE AND THE PARADIGM OF RESTORATIVE JUSTICE
Rômulo Rhemo Palitot Braga
Tâmisa Rúbia Santos do Nascimento Silva
Raíssa Maria Falcão Costa
- 273 IUS CONNUBII: DIMENSÃO CANÔNICA**
IUS CONNUBII: CANONICAL DIMENSION
Silma Mendes Berti
- 321 JURISPRUDÊNCIA COMENTADA / COMMENTED JURISPRUDENCE**

NORMAS EDITORIAIS

EDITORIAL STANDARDS

A Revista de Direito é uma publicação semestral do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa e incentiva trabalhos teóricos e práticos desenvolvidos na área.

Qualquer pessoa, seja ela vinculada ou não à Universidade Federal de Viçosa, pode submeter artigos para publicação na Revista do Curso de Direito. Eles devem ser, preferencialmente, inéditos.

Os Trabalhos devem ser enviados através do portal da Revista, disponível no endereço *www.dpd.ufv.br/revista*.

As instruções sobre indicação de responsabilidade, financiamento relacionado ao trabalho, conflito de interesse, direitos autorais, critérios para revisão dos trabalhos e normas para submissão estão disponíveis no menu “SOBRE” do site.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista.

O(s) autor(es) receberá(ão) gratuitamente um exemplar da Revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.

EDITORIAL

É com grata satisfação que apresento o Editorial de mais esta Revista do Direito. Foi um ano de muito trabalho e aprendizado, com relação à seleção e escolha dos artigos que fizeram parte deste ano de Edições, humildemente sob a minha Coordenação.

Não posso deixar de agradecer, como sempre, a providencial ajuda e trabalho competente do Assessor Especial de Editoração, Thiago Montes, que não mede esforços para que a cada exemplar os textos sejam apresentados e selecionados, com qualidade e padrão de excelência.

Agradeço, ainda, a todos os autores, de várias localidades do País que abriram mão de suas concorridas agendas, com o objetivo de elaborar textos de qualidade para enviar a esse periódico.

Igualmente, não posso deixar de agradecer aos pareceristas, que de forma competente realizaram as leituras e colaboraram, de forma solidária e, ao mesmo tempo engajada, para a seleção dos melhores textos.

Ao Professor Regel Antônio Ferrazza – DD. Chefe do Departamento de Direito – agradeço pela oportunidade e confiança depositada em meu trabalho, ao longo desse ano. Muito obrigada!

Registro, ainda, se me permitem os leitores, que este é o último Editorial que elaboro e assino. No ano que vem, estarei em outra Instituição Federal de Ensino Superior. Assim, esse Editorial foi especialmente redigido em ritmo de despedida por um lado, e saudade e gratidão por outro. Vejamos o conteúdo da Revista: A última do ano de 2017:

O primeiro artigo que vem à estampa é de autoria de Delma Pires Pinto e é intitulado: “Dos Clássicos aos Sociais: Análise dos Principais Princípios Contratuais à Luz do Contexto Histórico-Social” e retrata esse painel no tocante aos aspectos contratuais e sua evolução histórica, bem como sua aplicação nos dias atuais. Interessante conteúdo e abordagem.

Na sequência, o texto discute “O Problema dos Refugiados Sírios na Europa e a Teoria da Justiça de John Rawls”, de autoria de Érika Rigotti Furtado. É um tema que proporcionará ao leitor o conhecimento acerca dessa questão relevante e, ao mesmo tempo, poderá proporcionar novas bases e possibilidades para execução de linhas de pesquisa.

O terceiro artigo apresentado nesta Revista versa acerca da “Criminalização das drogas no Brasil: Uma genealogia do proibicionismo”. De autoria de Guilherme Saraiva Brandão, discute questão atual que se encontra, inclusive, na ordem do dia pendente de julgamento na pauta do Supremo Tribunal Federal.

O próximo texto selecionado para publicação de autoria de Ingrid Lima Barbosa e Daniel Monteiro da Silva, intitulado “O Fim da Rotulagem dos Produtos Transgênicos e o Direito à Informação consagrado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor à luz da Constituição Federal de 1988”. Mais uma vez a Revista de Direito seleciona um artigo para reflexão de seus leitores sobre um tema que se encontra na ordem do dia e que reflete seus efeitos na vida de todos os cidadãos com relação à aquisição e consumo de produtos produzidos a partir da biotecnologia, sem contar, com sua interface no tocante aos aspectos relacionados com a Biossegurança. Trata-se de uma discussão atual e relevante.

Na sequência, o quinto artigo dos autores Maria Luiza Rovaris Cidade e Pedro Paulo Gastalho Bicalho é intitulado “A Racionalidade Médico-Jurídica dos Processos de Alteração do Registro Civil de Pessoas Trans no Estado do Rio de Janeiro”. Com tema atual e que proporcionará ao leitor um panorama geral sobre o objeto de exposição.

O sexto artigo que compõe essa Edição da Revista de Direito é de autoria de Ozana Rodrigues Boritza e Larissa Renata Mazzo e discute o seguinte tema: “Da necessidade de Efetuação da representação da vítima nos crimes de violên-

cia doméstica contra a mulher, à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424 do Distrito Federal”. Trata-se de reflexão jurídica mais do que atual, haja vista que esse problema da violência doméstica, infelizmente, é verificado no território nacional como um todo e demanda inúmeras providências estatais para sua superação e solução. Abordar o contexto do tema em face de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, sem dúvida, lança novas luzes para a questão, bem como no tocante às suas consequências.

O sétimo artigo de autoria de Rômulo Rhemo Palitot Braga, Tamisa Rúbia Santos do Nascimento Silva e Raíssa Maria Falção Costa aborda o tema: “O diálogo enquanto categoria de aproximação entre Paulo Freire e o Paradigma restaurador de Justiça”. Temática relevante para a construção de reflexão relevante nos dias atuais, espera-se, portanto, com mais esse artigo contribuir para a formação e reflexão dos leitores.

Por fim e não menos importante o texto da autora Silma Mendes Berti, aborda a questão do “*Ius Cannubii*: Dimensão Canônica”. Talvez, de forma inédita seja a primeira vez que um tema referente ao Direito Canônico seja incorporado na Revista de Direito.

Com essa apresentação, espera-se que o leitor possa enveredar pelo ambiente multifacetado e diversificado do Direito e que especialmente permeia esta edição.

Boa leitura!

Patrícia Aurélia Del Nero
Coordenadora

ARTIGOS
ARTICLES

DOS CLÁSSICOS AOS SOCIAIS: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS À LUZ DO CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL

*FROM THE CLASSICS TO THE SOCIALS: AN ANALYSIS OF
THE MAIN CONTRACTUAL PRINCIPLES IN THE LIGHT OF THE
HISTORICAL-SOCIAL CONTEXT*

Delma Pires Pinto¹

¹ Mestra em Economia Doméstica pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Professora na União de Ensino Superior de Viçosa (UNIVIÇOSA). Advogada. E-mail: delmapires@yahoo.com.br

RESUMO: O contrato passou por diversas transformações desde o direito romano até o atual direito civil. Essas transformações são sentidas no estudo da teoria contratual, sobretudo dos princípios, os quais refletem a influência do contexto histórico-social no delineamento legal do instituto. O presente artigo objetiva fazer um estudo dos principais princípios contratuais do atual direito civil, a partir do momento histórico-social de seu surgimento e sob uma perspectiva dinâmica, contemplando os reflexos das mudanças histórico-sociais nesses princípios. Para tanto, parte-se do contrato enquanto fonte das obrigações no direito romano, perpassando pelo denominado contrato clássico, auge da liberdade contratual, até chegar ao modelo contratual atual, no qual emergem e passam a conviver paralelamente os chamados princípios sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos. Teoria contratual. Princípios. Contexto histórico-social.

ABSTRACT: The contract underwent several changes from Roman law to the current civil law. These transformations are felt in the study of contractual theory, especially of principles, which reflect the influence of the social-historical context on the legal design of the institute. The present article aims to make a study of the main contractual principles of the present civil law, from the historical-social moment of its emergence and from a dynamic perspective, contemplating the reflexes of the social-historical changes in these principles. To do so, it starts with the contract as a source of obligations in Roman law, passing through the so-called classic contract, the rise of contractual freedom, until arriving at the current contractual

model, in which the so-called social principles emerge and coexist together.

KEYWORDS: Contracts. Contract theory. Principles. Historical-social context.

1. INTRODUÇÃO

O Direito enquanto fenômeno social, o qual “não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela” (REALE, 2001, p. 2), encontra-se intimamente relacionado ao contexto histórico-social no qual se insere. Fatores como o formalismo, o grau de importância da declaração de vontade, a liberdade e a intervenção estatal, responsáveis por relevantes características contratuais, são reflexos de um contexto histórico e social resultante da conjugação de fatores políticos, econômicos e culturais. Por essa razão, a compreensão dos institutos jurídicos é facilitada e ampliada quando há apropriação da conjuntura social na qual emerge.

O contrato no direito romano tinha como importantes elementos a manifestação de vontade e o formalismo. A importância da vontade conheceu seu auge no denominado contrato clássico, marcado pela liberdade contratual e afastamento do Estado das relações privadas de âmbito negocial. As consequências da liberdade contratual, aliadas ao contexto de surgimento da chamada sociedade de massas, na qual a produção e o consumo ocorrem em grande escala, conclamaram uma maior intervenção estatal nas relações privadas e a releitura da teoria contratual até então construída.

No presente artigo, pretende-se abordar a importância dos fatores pre-

sentes no contexto social na configuração do contrato, mais especificamente, nos princípios contratuais. Considerando-se a importância dos princípios na correta compreensão e aplicação dos institutos jurídicos, apresenta-se uma visão ampla e detalhada dos principais princípios contratuais, convidando-se o leitor a uma reflexão sobre a atual teoria contratual.

2. O CONTRATO NO DIREITO ROMANO

O direito romano admitia a criação de obrigações por meio de quatro diferentes fontes, segundo a classificação das Institutas de Justiniano: contrato, quase-contrato, delito e quase-delito (ALVES, 2001). Os contratos eram os acordos de vontade que, obedecendo a certas formalidades, criavam obrigações; os quase-contratos eram “os atos lícitos unilaterais de que resulta[vam] obrigações” (ALVES, 2001, p. 29); os delitos eram as figuras delituosas que Gaio descrevia em suas Institutas; os quase-delitos eram os atos ilícitos contra os quais o pretor concedia o direito de ação.

Interessa ao presente estudo o contrato, o qual era espécie, ao lado dos pactos, do gênero convenção.

O pacto era um acordo de vontades entre as partes que não gerava nenhuma obrigação civil. Este acordo de vontades era simples, ou seja, não era revestido por nenhuma formalidade e, não gerando obrigação, “não permitia a rem persecuendi in iudicio, não conferia às partes uma ação, mas gerava tão somente exceptiones, e, portanto, não era dotado de força cogente” (PEREIRA, 2004, p. 9). Exemplo de pacto no direito romano era o pactum de non petendo, que podia ser alegado como defesa contra as obrigações oriundas de qualquer contrato e consistia no “acordo de vontade

entre o credor e o devedor pelo qual aquele se compromet[ia] a não exigir deste o cumprimento de uma obrigação” (ALVES, 2001, p.104).

Sobre a principal distinção entre pactos e contratos, ensina Bessone (1987, p. 7) que:

O pacto era a convenção produtiva apenas de obrigações naturais. O contrato era a convenção que engendrava obrigações civis.

A distinção deitava raízes no Direito mais antigo, pelo qual o simples acordo de vontade não era suficiente para gerar obrigações dotadas de eficácia civil. Entendia-se que o princípio de que a vontade das partes é o elemento fundamental das convenções era de Direito natural. Para que esse elemento subjetivo produzisse obrigações civis, exigia-se que fosse aliado a alguma causa civilis.

Os contratos Romanos eram poucos e de contornos bem delimitados. Para ser contrato, obrigar as partes e originar ação, o acordo de vontades devia possuir um plus, um elemento objetivo formal. Em função deste elemento objetivo formal, os contratos poderiam ser classificados em contratos *verbis*, contratos *re* ou contratos *litteris*.

Os contratos reais eram aqueles que, para se perfazerem, exigiam como formalidade a entrega da coisa. Nas Institutas de Justiniano são encontrados quatro contratos reais: mútuo, comodato, depósito e penhor (ALVES, 2001). Esta classificação ainda se mantém no direito atual, como ensina Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 63): “Denomina-se real, o contrato para cuja perfeição a lei exige a *traditio* efetiva do objeto. Nele, a entrega da coisa não é fase executória, porém requisito da própria constituição do ato”, e segue citando como exemplos de contratos reais na atualidade os mesmos contratos do direito romano: comodato, mútuo, depósito, penhor, além das doações manuais de pequeno valor.

Os contratos verbais eram aqueles que se constituíam por meio da prolação de palavras solenes. Entre os contratos verbais, o mais importante era a *stipulatio*, que se formava por meio de uma sequência de perguntas e respostas às quais as partes respondiam oralmente e rigorosamente. As exigências formais eram tão importantes que mudos e surdos não podiam celebrar contratos por meio da *stipulatio* e os verbos utilizados nas respostas deviam ser exatamente os mesmos das perguntas. Assim, por exemplo, às perguntas “*facies?*” e “*promittis?*” cabiam, afirmativamente, apenas as respostas “*faciam*” e “*promitto*”, respectivamente (ALVES, 2001).

A *stipulatio* era a mais importante formalidade existente para contratação, porquanto tinha a força de tornar obrigatória qualquer convenção, mesmo que para esta não existisse um tipo contratual especificamente delimitado.

Os contratos literais eram aqueles cujas obrigações se originavam por forma escrita. Estes contratos geram divergências doutrinárias no sentido de saber se era ou não necessário o consentimento do devedor para que este se obrigasse, porquanto a escrita era feita pelo próprio credor, em seu livro próprio.

Com o tempo, o número e a importância dos pactos cresceram. Este crescimento deveu-se ao limitado número de contratos existentes. Os pretores passaram então a atribuir ações a alguns pactos, que passaram a ser denominados *pacta legitima*, em contraposição aos pactos sem ação, os *nuda pacta* (ALVES, 2001).

José Carlos Moreira Alves (2001) traça as duas principais diferenças entre os contratos romanos e os atuais. No direito romano, a aceção de contrato só abrangia os acordos de vontade destinados a criar relações obrigacionais. Hoje, ao contrário, fala-se em contrato em diversas áreas, como o direito do trabalho e o direito administrativo, tendo este a função de regular

as relações jurídicas em geral. A segunda diferença é que, em Roma, nem todo acordo de vontades originava obrigações: para surgir uma obrigação era necessário o requisito formal, sem o qual a convenção era apenas um pacto e não obrigava as partes. Hoje não mais existe um controle formal tão rígido sobre os contratos, em que pesem as exceções, como aquela contida no artigo 108 do Código Civil.

3. O CONTRATO CLÁSSICO

Desde o direito romano, o contrato passou por diversas transformações, as quais culminaram no modelo contratual clássico. Contextualizando o contrato de modelo clássico, é possível ver que seu auge se deu nos fins do séc. XVIII, triunfando no séc. XIX, quando seus princípios básicos – a autonomia da vontade, a força obrigatória e a relatividade dos efeitos contratuais – foram positivados nos Códigos Civis Alemão e Francês. Estes princípios se refletiram diretamente no Código Civil Brasileiro de 1916.

Segundo Cláudia Lima Marques (2005), quatro fatores foram de fundamental importância para a consolidação da autonomia da vontade, maior pilar de sustentação do modelo clássico contratual. O primeiro deles foi o direito canônico, que concedeu validade aos simples acordos de vontades, ou seja, a simples “palavra dada” passou a ser considerada suficiente para fazer nascer a obrigação contratual, independentemente de qualquer formalidade, como era exigido no contrato romano.

O segundo fator, segundo a autora, foi a teoria do direito natural que, concretizando o homem como ser dotado de razão, viu neste um ser capaz de, por sua simples e livre vontade, vincular-se às regras por ele mesmo criadas. O direito natural é tido como o mais importante fator de construção

da teoria clássica do contrato, exatamente pela tutela que prestou à liberdade de contratar, uma das vertentes da liberdade do homem enquanto ser individual. O pensamento de Kant teve grande importância neste período: um indivíduo jamais decide para si próprio algo que lhe seja prejudicial, injusto. Assim, se cada um for livre para decidir por si próprio, decidirá sempre em seu próprio interesse. Sendo o interesse geral a soma dos interesses individuais, o interesse geral sempre seria satisfeito e os contratos seriam sempre justos (NEGREIROS, 2006).

O terceiro fator, destacado pela autora, são as teorias de ordem política e a Revolução Francesa. Quanto às teorias de ordem política, merece destaque a teoria do Contrato Social de Rousseau. Segundo Rousseau, o Estado retira sua força e poder dos próprios cidadãos que, por um ato próprio de autonomia da vontade renunciam a uma parte de sua liberdade em favor de um ente superior: o Estado. A obrigatoriedade do respeito às leis do Estado, portanto, é legitimada pelos próprios cidadãos. Com os contratos de direito civil aconteceria algo semelhante: o indivíduo, por um ato de liberdade, vincular-se-ia a leis por ele criadas, a elas se submetendo. O outro fator importante foi a Revolução Francesa que, consolidando os ideais da burguesia mercantil (liberdade, igualdade formal), os positivará no Código Napoleônico de 1804, servindo de modelo a diversas nações europeias, e tendo reflexos diretos no Direito brasileiro (MARQUES, 2005).

O quarto fator de influência são as teorias econômicas e o liberalismo, os quais, em resumo, sinalizavam para a total liberdade individual e abstencionismo estatal nas relações privadas.

Com o reflexo destes fatores, construiu-se o modelo clássico de contrato. Perdeu-se a necessidade de formalidades, como regra, para a formação de contratos. Estas formalidades foram substituídas pelas vontades das partes, manifestadas de forma livre.

Também se perdeu a noção de justiça como requisito do contrato. Se no contrato romano era essencial certa paridade entre as partes para que o contrato fosse justo, no direito moderno a questão da justiça foi posta de lado, como ensina José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 369):

O voluntarismo foi a pouco e pouco afastando do direito a discussão e sobretudo o entendimento das regras de justiça. Um contrato, desde que livremente aceito, seria válido independentemente da discussão sobre a justiça de seu conteúdo. Com o tempo as questões de justiça passaram a ser objeto de conhecimento de filósofos, não de profissionais (acadêmicos ou práticos) do direito.

E o que o Estado fazia para conter estas iminentes injustiças? Nada. O princípio da autonomia da vontade, baseando-se numa falsa igualdade material entre as partes, acabou por instaurar a igualdade formal. Sendo impossível crer que uma pessoa dotada de razão e se obrigando livremente pudesse se obrigar a algo que lhe fosse prejudicial ou injusto, o contrato era sempre, presumidamente “justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das prestações é de presumir-se, pois.” (ANDRADE, 1987, p. 31).

Neste cenário, o Estado, tanto na edição das leis quanto na interpretação destas e dos contratos, era o menos intervencionista possível. As leis objetivavam somente resguardar a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, sem se referir ao conteúdo do contrato, havendo controle somente dos aspectos formais do contrato, como a manifestação livre e a capacidade das partes. O juiz, por sua vez, buscava tão somente a vontade dos contratantes na relação negocial, independentemente de sua justiça ou injustiça. Sobre as leis contratuais no período clássico, ensina Cláudia Lima

Marques (2005, p. 62):

Na teoria do direito, a liberdade contratual encontra um obstáculo somente: as regras imperativas que a lei formula. Mas no direito contratual tradicional estas regras são raras e têm como função justamente proteger a vontade dos indivíduos, como, por exemplo, as regras sobre capacidade. No mais, as normas legais restringem-se a fornecer parâmetros para a interpretação correta das vontades das partes e a oferecer regras supletivas para o caso dos contratantes não desejarem regular eles mesmos determinados pontos da obrigação assumida, como, por exemplo, as regras sobre o lugar e o tempo do pagamento.

Diante desse contexto, emergiram três importantes princípios norteadores das relações contratuais e das atividades legislativa e judiciária, quais sejam: autonomia da vontade; obrigatoriedade contratual e relatividade dos efeitos do contrato.

3.1 Autonomia da vontade

Principal princípio regente do contrato clássico, a autonomia da vontade, nas palavras de Maria Helena Diniz (2007, p. 23), é o princípio “[...] no qual se funda a liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

A ideia de autonomia da vontade surgiu de uma releitura equivocada da ideia Kantiana de autonomia moral (SILVA, 2006). Segundo o pensamento kantiano: “[...] a moralidade, em si, se centra em uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, motivos para obedecê-la, afastando-se concepções deterministas

de caráter natural ou teológico.” (SILVA, 2006, p. 135).

O fundamento do princípio da moralidade, para Kant, seria uma vontade autônoma, livre das influências das necessidades do mundo sensível e guiada somente pela razão. A razão, dessa forma, ditaria máximas comportamentais válidas universalmente para todos os indivíduos. Essas máximas seriam universais porque os indivíduos não seriam afetados pelas suas necessidades individuais. Dentro do espírito voluntarista e liberal, essa ideia adquiriu novos contornos. A liberdade (autonomia) passou a ser identificada como não intervenção, deixando-se de lado fatores importantes à autonomia da vontade moral (SILVA, 2006).

A autonomia da vontade, no modelo contratual clássico, era baseada na crença da igualdade entre as partes e na justiça intrínseca do contrato. Se deixassem as partes livres para contratar, o contrato seria naturalmente justo, uma vez que estavam as partes em iguais condições e não celebrariam contrato prejudicial a si próprias. Dessa forma, não haveria necessidade de intervenção Estatal no domínio privado. Havia poucas exceções nas quais não prevaleceria a vontade: eram os casos das normas de ordem pública, dos bons costumes e dos vícios do consentimento (que afetavam a vontade). Esses óbices, contudo, não tinham muita aplicabilidade devido à dificuldade de conceituação de termos como ordem pública e bons costumes.

As normas legais, facultativas tornavam-se obrigatórias nos casos de omissão das partes. Quando a lei também era omissa, o juiz podia criar a solução para o caso, entretanto, devia-se ater ao que teria sido a vontade das partes caso tivessem previsto a situação omissa (ANDRADE, 1987). Como se percebe, a preocupação do ordenamento era com a vontade das partes. A atuação do Estado – juiz ou legislador – era a menor possível, e no sentido de fazer cumprir o pactuado.

Com a emergência dos princípios sociais e as mudanças sociais ocorridas, as normas de ordem pública se multiplicaram, implicando maior intervenção estatal nas relações contratuais. Orlando Gomes (1979) lembra alguns casos de intervenção estatal no contrato entre particulares: a obrigação de contratar, imposta por lei aos prestadores de serviços públicos e serviços de assistência vital, bem como aos exercentes de atividade econômica em regime de monopólio (limitação ao direito de contratar ou não); a inserção de cláusulas obrigatórias nos contratos, estando estas subentendidas no contrato caso seu texto não as mencione (limitação ao direito de determinar o conteúdo do contrato); também os princípios sociais dos contratos, como a boa-fé e a função social do contrato, limitam a liberdade de contratar (SILVA, 2006).

Por tudo, conclui-se que a autonomia da vontade, no ordenamento atual, encontra algumas limitações, dentre as quais a proteção estatal à parte presumidamente vulnerável do contrato e ao contratante de boa-fé.

3.2 Obrigatoriedade contratual

O princípio da obrigatoriedade contratual informa que todo contrato livremente pactuado deve ser cumprido pelas partes, sob pena de execução forçada. É isso o que informa Maria Helena Diniz (2007, p. 29): “[...] as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente”.

O princípio da obrigatoriedade está estritamente relacionado à liberdade contratual. Com efeito, se é livre para contratar ou não, escolher o conteúdo do contrato e o parceiro contratual, justo é que dele seja exigível o cumprimento da obrigação, como ensina Darcy Bessone de Oliveira Andrade (1987, p. 28): “[...] a obrigatoriedade haure a sua força na autono-

mia da vontade do promitente, por constituir a promessa uma permitida e perpétua renúncia da própria liberdade”.

Indagando sobre o fundamento da obrigatoriedade, Andrade (1987), ancorado nas lições de Giorgi, compendia sete possíveis explicações. A primeira justificativa seria a sociabilidade ou pacto social: existiria uma convenção, celebrada entre as partes, tácita e primitiva, de fidelidade às próprias promessas. A segunda justificativa seria a ocupação, posse ou tradição: a promessa pactuada geraria a abdicação de direito por uma das partes e a ocupação, pela outra, do direito abdicado, operando-se, dessa forma, a tradição. Outra justificativa seria o abandono da própria liberdade. Dessa forma, ao pactuar, o homem permite o ingresso de outro em sua esfera particular de direito, sendo justo que este se aproprie de parte da liberdade alheia. A quarta justificativa seria o interesse: é do interesse do próprio homem manter fidelidade às suas próprias promessas, pois, não o fazendo, perderia a confiança pública e dificilmente encontraria parceiros contratuais. A quinta justificativa seriam a consciência e a razão: estas direcionariam o homem a fazer o bem, o que inclui a fidelidade às próprias promessas. A sexta justificativa seria a proibição de lesar a terceiro, ofendendo direito seu (*neminem laedere*). Finalmente, seria justificativa a obrigação de dizer a verdade: existe uma lei natural que obriga o homem a dizer a verdade, caso não prefira calar-se.

Corolários da obrigatoriedade, a imutabilidade e a intangibilidade contratuais proibiam que o juiz interferisse no conteúdo contratual. Assim, havendo causa legal que afastasse a obrigatoriedade, só era permitido ao juiz anular o contrato, jamais modificar seu conteúdo, conforme ensina Gomes (1979, p, 40): “Se ocorrem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou da resolução

do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo”. Assim, havendo vício do consentimento, ofensa à ordem pública ou aos bons costumes, o contrato era declarado nulo. Também a injustiça do contrato não era óbice à sua obrigatoriedade. Resume bem Orlando Gomes, o princípio da obrigatoriedade, tomado nos termos rigorosos do contrato clássico:

Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. [...] Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias. (GOMES, 1979, P. 40).

A obrigatoriedade contratual certamente se mantém direito civil, entretanto, com claras moderações. Se aceita como principal fundamento da obrigatoriedade a necessidade de segurança jurídica no fluxo comercial. Com efeito, se não houvesse possibilidade de se exigir judicialmente o cumprimento das avenças, a confiança depositada por um contratante em outro poderia ser facilmente frustrada. A obrigatoriedade é a base do direito contratual (GOMES, 1979), como ensina Venosa (2009, p. 366-7):

Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato

ou a indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos. Ainda que se busque o interesse social, tal não deve contrariar tanto quanto possível a vontade contratual, a intenção das partes.

Assim, conquanto pareça sobremaneira rígida, a obrigatoriedade é fundamental no direito contratual, sob pena de, deixando-se o cumprimento das prestações ao arbítrio dos devedores, frustrar-se expectativas legítimas dos credores.

Fazendo-se um paralelo entre a obrigatoriedade no modelo clássico de contrato e no contrato contemporâneo, percebe-se a atenuação da força obrigatória, sobretudo a partir dos princípios sociais do contrato. O contrato clássico era verdadeira lei entre as partes, não se admitindo atenuações. As únicas excludentes eram o caso fortuito, a força maior e o novo acordo entre as partes (DINIZ, 2007).

Dentre os exemplos de limitação à obrigatoriedade, constantemente lembrados pela doutrina, tem-se a cláusula *rebus sic stantibus*, prevista no artigo 478 do atual Código Civil, a qual permite, em caráter excepcional, a revisão contratual nas hipóteses em que fato imprevisível ocasionar a excessiva onerosidade do contrato para um dos contratantes (DINIZ, 2007, p. 31).

O princípio da obrigatoriedade encontra-se limitado ainda pelos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio entre as prestações. Com efeito, estes princípios, dois deles consagrados nas cláusulas gerais dos artigos 421 e 422 do Código Civil, autorizam o juiz a interferir no contrato, inclusive criando deveres anexos às obrigações assumidas pelas partes, deveres estes que passam a integrar o conteúdo do contrato.

3.3 Eficácia relativa do contrato

A ideia de relatividade dos efeitos dos contratos é muito bem expressa pelo brocardo *justinianeu res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, ou seja, os efeitos do contrato só se produzem internamente entre as partes, não prejudicando nem aproveitando a terceiros. Com efeito, a função do princípio da relatividade do contrato é: “[...] limitar o efeito obrigatório do contrato às partes contratantes, ou seja, àqueles que através de um acordo de vontades, manifestam-se no sentido de concluir o contrato” (MULHOLLAND, 2006, p. 261).

A origem do princípio da relatividade pode ser buscada na natureza pessoal das obrigações romanas, onde as solenidades eram realizadas pessoalmente, por pessoas que se conheciam, qualificadas (LISBOA, 2007). Mais tarde, a relatividade passou a ser vista como corolário óbvio do princípio da autonomia da vontade, pois, se cada indivíduo é livre para se obrigar, como e quando quiser, não poderia estar obrigado sem que tivesse manifestado vontade neste sentido.

O princípio da relatividade pode ser estudado em relação a seu sujeito e em relação a seu objeto. Aqui interessa o primeiro.

Em relação ao sujeito, diz-se que somente entre as partes, contratantes diretos, o contrato produz seus efeitos. No modelo clássico de contrato, esta afirmação era tomada rigorosamente e o conceito de parte era bem restrito, abrangendo somente aqueles que estipularam diretamente o contrato. Os demais eram terceiros e, em regra, não podiam ser afetados por este.

A jurisprudência hoje vem reconhecendo a possibilidade de o contrato produzir efeitos em relação a terceiros, não partes no sentido clássico do termo. Teresa Negreiros lembra duas situações. A primeira delas refere-se ao terceiro, vítima de um dano consecutivo ao inadimplemento de uma

obrigação. A autora cita, como exemplo, um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no qual o desembargador considerou solidariamente responsáveis pela entrega de um imóvel tanto a construtora quanto a incorporadora e a financiadora, embora tenham sido celebrados contratos distintos com cada empresa (NEGREIROS, 2006).

A segunda situação se refere ao caso do credor que contribui para o inadimplemento do codevedor perante terceiro. Como exemplo, a autora lembra o caso de famoso cantor brasileiro que, tendo celebrado contrato para a realização de campanhas publicitárias para determinada marca de cerveja, contrato do qual constava cláusula de exclusividade, realizou propaganda comercial para uma marca concorrente. O Tribunal de Justiça de São Paulo proibiu a veiculação da propagando realizada pela segunda empresa, durante o prazo de vigência da cláusula de exclusividade constante no primeiro contrato, muito embora a segunda empresa não fosse parte nesse (NEGREIROS, 2006).

Dessa forma, diante dos mais recentes princípios contratuais e da extensão dos efeitos dos contratos a terceiros não participantes diretamente da formação do contrato, duas posições são possíveis: ou se aceita o afastamento do princípio da relativização dos efeitos em alguns casos ou se aceita a extensão deste conceito – relativização –, de forma a abranger não apenas os contratantes diretos. Com efeito, há doutrina no sentido de que se deve admitir a quebra do princípio da relatividade em determinadas situações, como pensa Roberto Senise Lisboa (2007, p. 113-4): “É imprescindível, todavia, em meio ao desenvolvimento tecnológico e à massificação, que, diante dos casos nos quais se verifique a incidência de prejuízos a terceiros, uma ruptura de tal princípio clássico venha a suceder [...]”.

Por outro lado, a doutrina mais apegada ao princípio da relatividade

rigidamente considerado deve ao menos reconhecer que, embora o contrato somente produza efeitos entre as partes, o conceito de parte sofre hoje uma interpretação extensiva, como bem explica Caitlin Mullholland (2006, p. 266):

Se o sentido do princípio do efeito relativo do contrato continua o mesmo que quando estabelecido por nossos sistemas jurídicos individualistas e personalistas dos séculos XVIII e XIX, a noção de partes e terceiros ganha outro contorno, para adequar o princípio referido à evolução da teoria contratual. Assim, há um alargamento da noção de partes [...].

Na prática, a distinção não tem grande relevância. Importa, apenas, reconhecer que doutrina e jurisprudência tendem a reconhecer que o contrato pode gerar efeitos – diretos ou indiretos – tanto para as partes quanto para terceiros. Os efeitos diretos para terceiros, ou seja, aqueles efeitos previstos no contrato para terceiro, somente se produzem quando autorizados por lei, como os casos de promessa de fato de terceiro (artigos 439 e 440 do Código Civil 2002) e de estipulação em favor de terceiro (artigos 436 a 438 do Código Civil 2002).

Já os efeitos indiretos, ou seja, aqueles não previstos pelo contrato, mas que se produzem como decorrência dele, prejudicando terceiros, concedem a estes o direito de se opor ao contrato. Assim, sempre que um terceiro for lesado por uma relação contratual da qual não foi parte poderá se opor ao contrato ou à forma de sua execução, afastando o princípio da relatividade (LISBOA, 2007). O terceiro poderá invocar, em sua defesa, os princípios da função social do contrato e da boa-fé do terceiro. Assim, reconhece-se a limitação do princípio da relatividade diante de certas situações em que terceiros são lesados.

4. O ATUAL MODELO CONTRATUAL

Paralelo à autonomia da vontade, e fruto principalmente do acúmulo de capital permitido pelo liberalismo, culminou o desenvolvimento do capitalismo moderno com a Revolução Industrial. As transformações no modo de produção, que antes era baseado na manufatura e a partir da Revolução Industrial passou a ser industrial, permitiram a produção de bens em grande escala e a possibilidade de acesso a esses bens: surgiu, assim, o que até hoje é conhecido como cultura de massas. Carlos Alberto Bittar (1980, p. 241) enumera algumas destas mudanças:

A introdução das máquinas no processo de produção muda sensivelmente a sua estrutura: nova atividade (a industrial) desenvolve-se, gerando inúmeras outras (indústrias de complemento; atividades de distribuição e de colocação de produtos; serviços correlatos ou derivados etc.); substitui-se o trabalho humano por máquinas; possibilita-se a produção em série (em massa); novos produtos exurgem; iniciam-se as concentrações humanas nos centros urbanos – em que se instalam as indústrias – e o êxodo rural; assiste-se ao surgimento de nova classe social (a operária); começa o deslocamento da mulher do lar e, com isso, um processo de paulatina desagregação da família.

A situação dos trabalhadores das indústrias era a mais crítica, mas não a única que necessitava de mudanças. Darcy Bessone (1987, p. 42) cita outras situações de flagrante desequilíbrio entre as partes:

[...] Na locação de prédio, quando haja crise de habitações, o inquilino cederá às exigências do proprietário, ainda que desproporcionais. Na aquisição de gêneros alimentícios e utilidades em geral, o comerciante imporá o preço sempre que houver falta no mercado. No mútuo,

o mutuário, de ordinário, deixar-se-á explorar, premido por invencíveis dificuldades do momento. Nos contratos com poderosas organizações de transporte e fornecimento de luz, água, gás, telefone, a clientela dispersa não terá meios de se resguardar de condições porventura demasiado rigorosas. Em todos estes casos, como em muitos outros, a liberdade será de um só dos contratantes e facilmente se transformará em tirania.

O aumento da produção (produção em série) e o aumento do consumo (consumo em massa), este último ocasionado principalmente pelo surgimento da classe operária, agora detentora do poder de consumir, trouxeram a necessidade de novas formas, mais ágeis, de se negociar.

A velocidade e o número das transações acabaram por inviabilizar as negociações pessoais entre vendedor e adquirente. A solução encontrada para tal problema foi a impessoalização dos contratos: não havia tempo para os poucos funcionários negociarem com cada comprador e nem era economicamente viável aos fornecedores contratar funcionários em número suficiente para tal empreitada. O jeito encontrado foi criar um contrato único, com cláusulas igualmente predispostas, e que era apenas apresentado ao adquirente, cabendo a este aderir ou não a tal contrato.

Neste contexto surgem os contratos estandardizados, ou contratos por adesão. A característica principal destes contratos é a formulação unilateral e prévia do conteúdo, deixando à outra parte apenas a opção de contratar ou não². Este esquema de contratação trouxe uma série de problemas, entre eles

2 A imposição unilateral é característica dos contratos de adesão consumeristas, mas não necessariamente se faz presente nos contratos de adesão civis e comerciais, regidos pelos artigos 423 e 424 do Código Civil, como ocorre, por exemplo, quando locador e locatário utilizam instrumento contratual pré-elaborado vendido em papelaria. Não se adentra no estudo dos contratos de adesão firmados no âmbito civil, bem como no estudo da normatização dos mesmos, por não constituir o contrato de adesão objeto do presente estudo.

a própria exigência de uma alteração legal e principiológica na normatização contratual, de modo a abranger as chamadas “contratações de massa”, haja vista que uma das partes teve sua autonomia consideravelmente reduzida: o conteúdo e a pessoa com quem contratar, muitas vezes, não mais dependiam da escolha – vontade – do contratante, que se tornava subordinado ao que lhe era oferecido. Sobre esta redução da autonomia da vontade de uma das partes, Fabiana Barletta (2002, p. 97) ensina que:

A massificação das relações contratuais tem como consequência uma relevante queda no valor da vontade emitida contratualmente, pois, na maioria das vezes, os contratos são elaborados pelo empresário fornecedor do produto ou do serviço, utilizando-se de um modelo padronizado, comum para todos os pretensos aderentes, os quais também não gozam da possibilidade de discutir as cláusulas impostas. Em face disso, ou o aderente emite sua vontade, sensivelmente enfraquecida por todas essas circunstâncias, ou simplesmente não a emite, deixando, portanto, de usufruir de um produto ou de um serviço, muitas vezes, essencial para si.

Muito embora o surgimento do contrato por adesão não tenha substituído por completo o modelo contratual clássico, sua propagação e características impuseram a necessidade de sua regulamentação, bem como uma alteração no panorama principiológico contratual clássico.

Diante dessa nova forma de contratar, seria inviável a manutenção da autonomia da vontade e demais princípios relativos à liberdade contratual. O contrato de adesão, nas relações de consumo, confere total autonomia a uma das partes para contratar, restringindo a liberdade da outra a apenas aceitar ou não. Portanto, já não havia mais autonomia completa da vontade das partes na sociedade de massa.

Neste contexto, surgem movimentos de proteção aos trabalhadores,

aos aderentes e, de forma geral, aos menos favorecidos (LISBOA, 2010). Começa-se a perceber a insuficiência dos esquemas privados para resolver os choques de interesses entre os particulares. Com efeito, a igualdade formal não se traduzia em igualdade material, e a liberdade contratual, a autonomia da vontade, possibilitava a exploração da parte fraca, sobretudo no referente às contratações em massa, onde os contratos eram pré-elaborados unilateralmente. Esses desníveis eram claros e não podiam ser ignorados; caem por terra os princípios da igualdade e da justiça intrínseca do contrato, como ensina Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 10):

De outro lado, falso também é o princípio da igualdade de todos na prática dos contratos. Os contratantes, em grande número de vezes, e até na maioria das vezes, encontram-se em posições de notório desequilíbrio, seja moral, seja econômico, seja técnico, seja mesmo de compreensão e discernimento. Soa fictícia, portanto, a afirmação de que é sempre justo o contrato porque fruto da vontade livre das partes iguais juridicamente.

Não há, realmente, como ignorar os desníveis, não raro absais, entre patrões e empregados, locadores e inquilinos, estipulantes e aderentes, profissionais e leigos, aproveitadores e necessitados, fornecedores e consumidores. Não há como recusar, no plano jurídico e econômico, a existência do forte e do débil.

Como lembra Carlos Alberto Bittar (1980), esses choques de interesses e esses desníveis sociais trouxeram situações incômodas até mesmo para os governos, inclusive conflitos armados. Diante desta situação, o Estado passou a ter uma posição mais ativa perante as relações privadas. As constituições passaram a ter normas específicas sobre a ordem econômica e social; leis supletivas tornaram-se imperativas; surgem novos princípios direcionadores da atividade privada ao mesmo passo em que se quebra a

rigidez dos princípios clássicos, enfim, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 11): “A justiça contratual deixou de ser problema apenas da esfera dos próprios contratantes para tornar-se preocupação efetiva também do direito positivo”.

Várias alterações ocorreram a fim de corrigir as situações então presentes (BITTAR, 1980; ANDRADE, 1987), principalmente o contrato, por meio do intervencionismo estatal na defesa da parte vulnerável da relação contratual.

No Brasil, os princípios sociais contratuais, alguns consagrados nas cláusulas gerais do Código Civil de 2002, passam a direcionar a atividade do juiz. Tudo isto tendo em vista a busca da justiça, a proteção à parte mais vulnerável da relação. Os princípios contratuais clássicos continuaram e continuam existindo, mas são agora mitigados, relativizados, pelos princípios sociais; são relidos na perspectiva social do contrato, como ensina Darcy Bessone de Oliveira Andrade (1987, p. 43): “Cumprido, portanto, entender os princípios da liberdade e da igualdade em uma compreensão mais larga das necessidades sociais, certo que é na harmonia entre a autonomia individual e a solidariedade social que repousa o grande ideal da sociedade humana”.

Com o intervencionismo, a vontade deixa de ser a única legitimadora dos negócios, a qual passa a dividir espaço com a lei. Esta ditará novos valores e princípios diretores dos negócios privados, como ensina Cláudia Lima Marques (2005, p. 252):

Para atingir esse ambicioso fim, de equidade contratual e boa-fé nas relações, o Estado utilizará, então, o instrumento de que dispõe, o poder de regular a conduta dos homens através das leis, limitando assim a autonomia privada. É o intervencionismo do Estado na vida dos contratos [...] (grifos no original).

Portanto, o novo modelo de contrato caracteriza-se pela intervenção estatal, sem afastar por completo os princípios clássicos, mas conferindo-lhes novas acepções e limitações. Desloca-se a fonte legitimadora do contrato (da vontade para a lei). Essa regulamentação estatal traz novos princípios reguladores dos contratos e transforma em cogentes normas que até então eram apenas dispositivas.

Insta esclarecer que a intervenção estatal, assim como a incidência predominante dos princípios sociais, é significativamente maior nas relações de consumo, havendo uma importância maior dos princípios clássicos nas relações civis e comerciais, ambas regidas pela legislação civilista, em razão da unificação entre as obrigações civis e comerciais promovida pelo Código Civil de 2002.

Referida diferenciação encontra fundamento na hipossuficiência e vulnerabilidade de uma das partes – o consumidor – na relação consumérista, situação inexistente, a priori, nas relações civis. Essa vulnerabilidade, segundo Marcelo Junqueira Calixto (2006), pode se apresentar sob três aspectos: o técnico, o jurídico ou contábil e a fática ou socioeconômica, sendo presumida para todos os consumidores (LISBOA, 2007), e não se confunde com a hipossuficiência, relacionada ao aspecto econômico (SAAD, 1999).

Por outro lado, nas relações civis e comerciais, ausente essa presunção de vulnerabilidade de uma das partes, sobrelevam em importância os princípios clássicos do contrato, ainda que fértil o campo de aplicação dos princípios sociais.

4.1 Boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé nas relações contratuais não é recente. A ideia de fides remonta ao direito romano, onde era constantemente invocada em

vários setores, tais como nas relações de clientela, na proteção possessória e nos negócios contratuais. O qualificativo bona foi posteriormente acrescentado à ideia de fides. Foi a bona fides que permitiu o surgimento dos contratos consensuais, desvestidos de formalidades específicas (MARTINS-COSTA, 1999).

A principal função do princípio da boa-fé é trazer para o negócio jurídico a exigência de lealdade, de fidelidade ao pactuado. Pode ser analisada sob dois aspectos: o subjetivo e o objetivo. Em seu aspecto subjetivo, exige a boa-fé, que os contratantes ajam conforme a sua consciência interna indica ser a atitude leal e fiel perante a outra parte. Assim, a boa-fé subjetiva está relacionada a um estado de consciência. Nas palavras de Judith Martins-Costa (1999, p. 411-2):

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.).

Já a ideia de boa-fé objetiva está relacionada à exigência de condutas objetivamente impostas às partes, denominadas deveres anexos. Assim, não basta a crença de se estar agindo de boa-fé, é necessário que se aja conforme um padrão objetivamente determinado. Assim, “[...] o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado.” (NEGREIROS, 2006, p. 227).

A boa-fé subjetiva sempre esteve presente no ordenamento brasileiro. O que causou uma grande reviravolta no cenário contratual foi o surgimento e a amplitude de aplicação da boa-fé objetiva, como cláusula geral, primeiro no artigo 4º, III e no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, posteriormente, no artigo 422 do Código Civil de 2002.

Conquanto a boa-fé objetiva tenha ganhado amplo destaque na doutrina e jurisprudência, a boa-fé subjetiva ainda possui grande importância no direito contratual. São exemplos de incidência da boa-fé subjetiva os artigos 309, 689 e 879 do atual Código Civil. Apesar dos casos específicos nos quais se contempla a boa-fé subjetiva, salienta Venosa (2009, p. 370) que em nenhum caso se pode desconsiderar a vertente subjetiva da boa-fé: “Em qualquer situação, porém, não deve ser desprezada a boa-fé subjetiva, dependendo seu exame sempre da sensibilidade do juiz”.

A doutrina costuma atribuir à boa-fé objetiva três funções: a função interpretativa, a função limitadora do exercício de direitos e a função integrativa, por meio da criação de deveres anexos (NEGREIROS, 2009).

O Código Civil 2002 explicitou estas três funções respectivamente nos artigos 113, 187 e 422.

Dispõe o artigo 113 que: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Esta norma impõe ao intérprete que atribua ao contrato o sentido de um contrato celebrado por partes de boa-fé. A boa-fé aqui presente é a boa-fé objetiva, ou seja, é conceito indeterminado a ser preenchido pelo aplicador diante do caso concreto. Disso resulta que o juiz não buscará simplesmente a vontade das partes contratantes, mas a vontade conforme a boa-fé, podendo esta não coincidir com aquela. Por isto se pode dizer que a boa-fé limita a autonomia da vontade. Sobre a função interpretativa da boa-fé, ensina Teresa

Negreiros (2006, p. 229):

O contrato há de ser interpretado sob o pressuposto de que foi celebrado por ambas as partes com boa-fé, o que significa definir como objetivo do programa contratual, a condicionar a interpretação do contrato, uma finalidade que seja lícita e legítima, ainda que não consistente com a intenção real de um dos contratantes.

A segunda função atribuída à boa-fé é a de limitar o exercício de direitos, conforme expõe o artigo 187 do Código Civil 2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Esta norma possui a estrutura de cláusula geral e, como tal, abrange um número indeterminado de hipóteses. A norma somente será concretizada pelo juiz diante do caso específico. É diante do caso concreto que se poderá avaliar se houve ou não abuso de direito, se a cláusula contratual ou o ato é ou não abusivo.

A terceira e mais importante função da boa-fé é a integrativa do negócio jurídico. Essa função está consagrada no artigo 422 do Código Civil 2002: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Essa norma também possui a estrutura de uma cláusula geral, uma norma aberta e cujo conseqüente jurídico cabe ao juiz decidir. É a cláusula geral de boa-fé objetiva do artigo 422, a norma do Código que consagra mais expressamente e de forma direta o princípio da boa-fé. O CDC também estabelece uma cláusula geral de boa-fé objetiva no artigo 4º, III.

Além dos artigos 422, 113 e 187, também expressam o princípio da boa-fé, embora não de forma tão direta, diversas normas da lei civil. Pode-se

citar, por exemplo, o artigo 180, que expressa a proibição do venire contra factum propium, ou seja, a proibição do comportamento contraditório. No direito das coisas, a boa-fé é elemento reducionista do tempo de aquisição da propriedade dos bens móveis (artigo 1060, Código Civil 2002). De forma geral, pode-se dizer que a boa-fé permeia todo o ordenamento jurídico privado, não se limitando aos negócios jurídicos.

Como cláusula geral³, o artigo 422 é norma desprovida de consequência jurídica predeterminada. Essa ausência, aliada à presença de um conceito indeterminado – boa-fé – atribui à norma ampla potencialidade. Com efeito, só se poderá aplicar uma consequência jurídica por desrespeito à boa-fé diante do caso concreto, conforme a necessidade do caso concreto.

Assim, a cláusula geral do artigo 422 não possui um sentido determinado e, conquanto pareça apenas um conselho às partes contratantes, tem enorme força potencial. Dois fatores são determinantes na concretização desta cláusula geral: a valoração do intérprete e as condições do caso concreto, consoante assevera Judith Martins-Costa (1999, p. 412): “Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso”.

Antônio Junqueira de Azevedo (2000) tece crítica à estrutura da cláusula geral da boa-fé objetiva, afirmando que tal norma deixa sobre sua cogência ou dispositividade.

³ Sobre o tema, conferir: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004 e DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**, v.6, n.1, p. 15-34. Porto Velho: Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, jan/jun 2010.

A doutrina, reconhecendo a importância desta norma, tende a atribuir-lhe o caráter de cogente. Teresa Negreiros (2006), por exemplo, assenta o fundamento do princípio da boa-fé na cláusula geral de tutela da pessoa humana. É com este fundamento constitucional que a autora apresenta seu argumento: “A cogência da norma que impõe aos contratantes atuarem com boa-fé parece-nos, contudo, dedutível do substrato constitucional de que é composto o princípio em questão” (NEGREIROS, 2006, p. 139).

Couto e Silva (1980, p. 62) atribui à boa-fé tamanha importância que reconhece seu valor ainda que não expressa normativamente:

No Direito brasileiro poder-se-ia afirmar que, se não existe dispositivo legislativo que o consagre, não vigora o princípio da boa-fé no Direito das Obrigações. Observe-se contudo ser o aludido princípio considerado fundamental, ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa.[...]

Quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o da boa-fé, para que seja enunciado com a extensão que se pretende, ocorre ainda assim a sua aplicação por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falta disposição legislativa expressa.

Neste mesmo sentido da cogência da norma do artigo 422 do diploma civil, estão os enunciados nº 24⁴ e 26⁵ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Toda a potencialidade da cláusula geral da boa-fé leva a uma invoca-

4 24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

5 26 - Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

ção intensiva desta norma, ora para fundamentar pedidos que encontram amparo em outra norma específica, ora é utilizado como coringa do direito obrigacional (NEGREIROS, 2006).

Para evitar este uso desmesurado e descriterioso da boa-fé, é necessário o estudo e levantamento de critérios de aplicação. Estes critérios evitariam a invocação romântica do princípio e a conseqüente anulação de outros, como o da autonomia, que exercem também funções fundamentais no ordenamento. Após concluir sua crítica à superutilização da boa-fé, conclui Teresa Negreiros (2006 p. 253), também neste sentido:

Por isso, e mais do que nunca, a boa-fé objetiva carece de uma constante investigação doutrinária que aprimore a sua conformação dogmática e que a articule e integre aos demais princípios contratuais e constitucionais. Só assim serão passíveis de um controle jurídico racional as decisões que a boa-fé propicia ao abrigo do Código Civil de 2002 – controle sem o qual seremos condenados ao voluntarismo do intérprete e ao abuso judicial, tornando a boa-fé no seu oposto.

4.2 Função social do contrato

A Constituição Federal 1988 trouxe novos contornos ao Direito, inclusive ao direito civil. A função social integra a tríade dos chamados princípios sociais dos contratos, ao lado da boa-fé e do equilíbrio das prestações, atuando como expressão da solidariedade social no sistema privado. Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, p. 190) atribui um sentido mais geral ao princípio da função social, enfocando a contraposição entre interesses sociais e individuais: “O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalecentes”.

Pablo Rentería (2006) discute os significados que se têm dado à função social e, por meio de uma releitura funcional do contrato, aproxima a ideia de função social à de causa do contrato. O autor critica a postura de se considerar internamente a função social como o equilíbrio entre as partes e, externamente, como a obediência a valores superiores da ordem jurídica.

Funcionalizar os contratos significa atribuir-lhes uma função útil, de forma que estes “te[nham] origem social e receb[am] aprovação social em razão das finalidades úteis que realizam” (RENTERÍA, 2006, p. 294). O papel do ordenamento seria, portanto, controlar a iniciativa privada, de forma a proteger somente aqueles contratos que se mostrassem úteis a concretizar fins sociais. Sintetiza o mesmo autor, a perspectiva de análise funcional do contrato da seguinte forma: “Na perspectiva funcional, os institutos jurídicos são sempre analisados como instrumentos para a consecução de finalidades consideradas úteis e justas” (RENTERÍA, 2006, p. 294).

Segundo o autor, a finalidade social atribuída ao contrato pela perspectiva funcionalista não indica que todo contrato deve, de alguma forma, beneficiar diretamente a terceiros, ou à coletividade. Indica que todo contrato, tutelado pelo ordenamento, deve possuir uma finalidade última social, ainda que diretamente só acoberte interesses privados:

Essa finalidade social é inerente a qualquer situação jurídica subjetiva, mesmo àquela que não exiba nenhuma relevância social, ou seja, que não tenha aparentemente nenhum impacto sobre interesses coletivos ou difusos. Assim, mesmo na relação contratual que contraponha tão simplesmente interesses individuais patrimoniais, há uma finalidade social inerente que informa a tutela deferida pelo ordenamento (RENTERÍA, 2006, p. 294-5).

Esta perspectiva funcionalista, segundo a qual o contrato visa a realizar

sempre fins sociais, possuindo uma função social, está em sintonia com a limitação à liberdade, na medida em que o ordenamento passa a tutelar somente contratos que concretizam a sua função e não qualquer contrato, fruto da vontade. A vontade deixa de ser a legitimadora única do contrato, dividindo espaço com outros parâmetros impostos pelo ordenamento. Com esse entendimento, o autor afasta o conceito objetivo de causa, segundo o qual a função do contrato seria econômico-social, para defini-la como “síntese dos efeitos essenciais de cada contrato” (RENTERÍA, 2006, p.303). Assim, os efeitos essenciais previstos para determinado contrato constituiriam a sua causa. A realização destes efeitos concretizaria a função social.

Discussões à parte, a função social, embora limite, não exclui a liberdade contratual e a participação da vontade na formação do contrato. Não há critério delimitador de aplicação destes princípios, embora a doutrina reconheça sua coexistência no ordenamento (LOBO, 2002). Portanto, a busca de critérios deve ser tarefa incessante da doutrina, não só com o objetivo de conferir maior segurança na aplicação dos princípios, como também para que os diversos princípios possam conviver harmonicamente.

4.3 Equilíbrio das prestações

A noção de equilíbrio contratual está fortemente ligada à noção de justiça. Não se fará aqui um aprofundamento sobre o que seja a justiça, questão já muito debatida pela filosofia e para a qual ainda não há um consenso (NEGREIROS, 2006). Apesar da relatividade do conceito, variável, inclusive, conforme o tempo e o espaço, em matéria contratual a justiça está relacionada à proporcionalidade de direitos e obrigações entre as partes. Esta proporcionalidade significa equilíbrio. Assim, a noção de justiça está intrinsecamente ligada à ideia de equilíbrio, como salienta Teresa Negreiros (2006, p. 168-9):

Com efeito, a noção de equilíbrio no contrato traz para o seio da teoria contratual a preocupação com o justo, entendido tal valor sob a ótica acima definida, isto é, o justo como sendo um critério paritário de distribuição dos bens. Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade.

O princípio do equilíbrio das prestações encontra fundamento no art. 3º, III, da Constituição: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. O equilíbrio entre as prestações contratuais é uma das formas de se evitar o enriquecimento de uma das partes em detrimento do empobrecimento da outra.

No Código Civil não há uma cláusula geral de equilíbrio das prestações, como há para a boa-fé objetiva e para a função social. Apesar disso, há institutos jurídicos que refletem esta busca pelo justo contratual. Dois merecem destaque: a lesão e a resolução por onerosidade excessiva.

A lesão encontra-se disciplinada no artigo 157, §§ 1º e 2º do diploma civil, constituindo uma inovação do atual diploma, posto que ausente no Código Civil pretérito. Há lesão quando, na fase de formação do contrato, estabelecem-se prestações desproporcionais para as partes (NEGREIROS, 2006, p. 170). Além do elemento objetivo (a desproporcionalidade das prestações), também se exige um elemento subjetivo: a parte prejudicada deve ter celebrado o contrato sob premente necessidade ou inexperiência.

Já a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva encontra-se prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil. Neste caso, a desproporcio-

nalidade das prestações é posterior à formação do contrato, só surgindo na fase de execução. Neste caso não se exige um elemento subjetivo de uma das partes. Exige-se apenas a significativa desproporção aliada à imprevisibilidade do fato que a gerou. Neste caso, a desproporção não é averiguada tendo por fundamento o equilíbrio ideal das prestações, mas sim a desproporção das prestações tal qual pactuadas pelas partes (NEGREIROS, 2006).

Pode-se dizer que a desproporcionalidade superveniente à formação do contrato não é oriunda da má-fé de uma das partes, nem da necessidade ou inexperiência de outra, muito embora leve à necessidade de equalização para uma das partes.

Na sistemática do CDC, o princípio do equilíbrio das prestações atua de forma mais intensa, com o manifesto objetivo de proteger o consumidor. Nesse sentido, têm-se as normas protetivas dos artigos 4º, III; 6º, V; 51 caput §1º, II.

Diferentemente do Código Civil, o diploma consumerista dispensa qualquer condição subjetiva do consumidor para que seja configurada lesão. E quanto às circunstâncias objetivas, basta que, sendo relação de consumo, haja desproporcionalidade. Na verdade, o consumidor já é presumidamente vulnerável. Essa vulnerabilidade é inerente à condição de consumidor, não podendo, na sistemática do CDC, ser afastada nem mesmo por prova em contrário (LISBOA, 2007). A presunção de vulnerabilidade encontra-se inserta no art. 4º, I do CDC e se reflete por todo o sistema consumerista, como observa Marcelo Calixto (2006, p. 322): “Em síntese, pode-se dizer que o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor encerra os princípios básicos que se espraiam e fundamentam todas as demais normas do mesmo diploma legislativo”.

Insta observar que o princípio do equilíbrio, no instituto da lesão, está

estritamente ligado ao princípio da boa-fé (BARLETTA, 2002). Com efeito, a desproporcionalidade que surge no momento de formação do contrato indica que uma das partes agiu de má-fé, a fim de se aproveitar de uma situação de inexperiência ou necessidade que a outra parte tinha de contratar.

Por fim, cabe ressaltar que o princípio do equilíbrio das prestações não impede a celebração de contratos civis desproporcionais, como é possível, por exemplo, nos contratos aleatórios, disciplinados pelos artigos 458 a 461 do Código Civil. Ademais, conforme ressalta Carlos Roberto Gonçalves, a equivalência das prestações pode não ocorrer no plano objetivo, econômico, mas no plano subjetivo, ou seja, no espírito dos contraentes, conforme os interesses e conveniências de cada um (GONÇALVES, 2012).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de se aventurar no estudo dos princípios, é necessário compreender a sua importância e potencialidade. Refletindo valores de ordens diversas (sociais, econômicas, políticas, culturais, entre outras), os princípios norteiam não apenas a formação das normas legais, mas também a própria interpretação dessas e integração do ordenamento.

É imperioso reconhecer a coexistência, entre outros, dos seis princípios no ordenamento civil. Mais que isso, é preciso reconhecer a necessidade de compatibilização dos princípios de ordem social e dos princípios de liberdade individual na seara contratual. Com efeito, muito embora os denominados princípios sociais tenham produzido significativas alterações no modelo contratual clássico, a autonomia da vontade – que hoje é frequentemente anunciada como autonomia privada, em razão dos novos

contornos traçados pelos princípios sociais – ainda é um dos principais pilares do negócio jurídico.

Sendo certa a coexistência, sem grau de hierarquia, impõe-se a compatibilização entre esses princípios. Nesse sentido, soluções como a ponderação e o próprio princípio da proporcionalidade, já aplicadas aos princípios constitucionais, são sempre bem vindas. Contudo, há quem, defendendo a construção de um parâmetro dentro do próprio direito civil, propõe uma alternativa, como o faz Teresa Negreiros (2006) ao propor o critério de classificação dos bens conforme a sua essencialidade, e a preponderância de um ou outro grupo de princípios conforme a essencialidade do bem objeto do contrato.

A compreensão do contexto histórico de surgimento e auge dos princípios auxilia não apenas no seu entendimento e potencialidade, mas também na compreensão dos valores que tutelam. Espera-se que esse pequeno estudo sirva de convite a uma reflexão sobre importância e potencialidade dos princípios contratuais, quando bem compreendidos e trabalhados.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano, v.2. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Do contrato: teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. O Dirigismo Econômico e o Direito Contratual. Revista de informação legislativa, ano 17, nº 66, abr-jun/1980.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 jul. 2017.

_____, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 30 jul. 2017.

_____, Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 30 jul. 2017.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: COUTO E SILVA, Clóvis do; ALVES, José Carlos Moreira; CAETANO, Marcello; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Estudo de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v.6, n.1, p. 15-34. Porto Velho: Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, jan/jun 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, v.3. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. Contratos. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, v. 3 – contratos e atos unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas gerais no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. Revista de Direito do Consumidor, nº 42, ano 11, p. 187-195. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MULHOLLAND, Caitlin. O Princípio da Relatividade dos Efeitos dos Contratos. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. 3. rev. atual. por Regis Fichtner. 1.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Recebido em 31/07/2017 – Aprovado em 13/11/2017

O PROBLEMA DOS REFUGIADOS SÍRIOS NA EUROPA E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

*THE PROBLEM OF SYRIAN REFUGEES IN EUROPE AND
JOHN RAWLS'S THEORY OF JUSTICE*

Érika Rigotti Furtado¹

¹ Mestra em Ciências Aeroespaciais pela Universidade da Força Aérea (UNIFA). Bacharela em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC). Professora do Magistério Superior do Comando da Aeronáutica (COMAER). E-mail: furtado0609@gmail.com

RESUMO: Um dos dolorosos problemas da realidade mundial vigente é a situação dos refugiados sírios, muitos dos quais escolhem a Europa como destino. Referido processo migratório é fruto de uma violenta guerra civil, que há seis anos arrasa a população da Síria. O conflito sírio insere-se num cenário internacional onde as relações geopolíticas não mais se comportam como nos primórdios do processo de mundialização e os Direitos Humanos procuram sobreviver como instrumento imprescindível à manutenção da civilidade. Assim, o estudo em tela teve como objetivo analisar as questões em torno do fluxo migratório, à luz da Teoria da Justiça de John Rawls, cuja proposta alerta para as armadilhas do utilitarismo e prega a cooperação entre os seres humanos. Como resposta ao cotejamento proposto, observou-se a dificuldade em se estender a ideia de justiça, nos moldes pensados por Rawls, à tensão abordada, pois parco se faz, justamente, o poder da fraternidade.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados Sírios. Teoria da Justiça. Direitos Humanos

ABSTRACT: One of the painful problems of the current world reality is the situation of Syrian refugees, many of whom choose Europe as a destination. This migratory process is the result of a violent civil war, which devastates the population of Syria over the last six years. The Syrian conflict is part of an international scenario where geopolitical relations no longer behave as they were in the beginning of the process of globalization and human rights seek to survive as an essential instrument for maintaining civility. Thus, this study had as objective to analyze the questions around the migratory flow, in the light of the Theory of Justice of John Rawls, whose proposal alerts to the traps of the utilitarianism and preaches the cooperation between the

human beings. As a response to the proposed comparison, it was observed the difficulty in extending the idea of justice, in the manner thought by Rawls, to the tension addressed, since the power of fraternity is precisely made.

KEYWORDS: Syrian Refugees. Theory of Justice. Human Rights

1. INTRODUÇÃO

Em setembro de 2015, uma imagem circula o mundo e causa estardalhaço, uma criança de apenas três anos de idade jaz morta em uma praia no balneário de Bodrum, na Turquia (FAMÍLIA DE MENINO SÍRIO... 2015). A criança pertencia a uma família síria que tentava fugir do desespero da guerra e obter um futuro melhor num país estrangeiro. Outras tantas crianças, mulheres e homens sírios se perderam na tentativa de cruzar clandestinamente o mar Mediterrâneo em direção ao continente europeu, acalentando as mesmas esperanças de paz e de um futuro feliz.

A guerra na Síria iniciou-se no ano de 2011, como um desdobramento da Primavera Árabe². O movimento sírio reivindicava melhorias nas condições básicas de vida da população, por meio de reformas econômicas e

² Consoante KHALIDI, a Primavera Árabe corresponde a um movimento ainda em curso nos países de língua árabe e religião islâmica, embora não sejam etnicamente semelhantes, promovido basicamente pela população jovem, em prol de melhores oportunidades e condições de vida, contra a concentração de riquezas nas mãos de poucos e a repressão política. O processo foi desencadeado em 17 de dezembro de 2010, após o suicídio de Mohamed Bouazizi, vendedor de rua tunisiano que ateou fogo ao próprio corpo em protesto contra o confisco dos bens que utilizava para trabalhar, pelas autoridades locais. As manifestações se espalharam, atingindo o Egito, então governado pelo ditador Hosni Mubarak, a Líbia, que derrubou Muamar al-Gaddafi, no poder deste a década de 60, o Iêmen, o Bahrein, o Iraque, a Argélia, o Marrocos, a Jordânia, o Kuwait, o Líbano e a Síria. (KHALIDI, 2011)

políticas, bem como a retirada do poder de Bashar al-Assad, cujo governo teve início no ano de 2000. A radicalização do movimento dividiu a opinião dos sírios quanto à extensão dos protestos, promovendo um rompimento ideológico entre a população, e Bashar al-Assad permaneceu no poder, iniciando uma investida violenta contra a população civil como resposta às manifestações contra seu governo. Estava instalada a guerra civil (BERTI e PARIS, 2014). Paulatinamente à perda de legitimidade do governo de al-Assad, a intensificação do conflito ocorre como fruto do dissenso de caráter religioso, pois a minoria Alauita, religião à qual pertence al-Assad, passou a temer seu desaparecimento em face da maioria Sunita. Nesse terreno dominado pela ausência de uma liderança capaz de representar a população e pôr termo aos conflitos, crescem os discursos de natureza fundamentalista, abrindo espaço para grupos extremistas, entre os quais o autointitulado Estado Islâmico (SYRIA'S MUTATING CONFLICT, 2012).

Desde então, a guerra civil na Síria vitimou mais de 320.000 (trezentos e vinte mil) indivíduos, conforme a ONG Observatório Sírio dos Direitos Humanos (OSDH) (EM SEIS ANOS GUERRA...2017). A guerra, por si só, seria causa suficiente para a consternação mundial, máxime por se precorizar a manutenção da paz e a proteção à população civil como princípios fundamentais adotados a partir da Carta da Nações Unidas e das Convenções de Genebra de 1949 (BYERS, 2007, p. 27 e p. 144), no entanto, a guerra se arrasta por seis anos sem uma solução plausível. A tentativa inicial de conciliação proposta em conjunto pela ONU e pela Liga Árabe restou malograda, passando os esforços internacionais a se concentrarem especialmente no combate ao Estado Islâmico, por meio da coalizão (GUERRA CONTRA O ESTADO ISLÂMICO, 2017) formada entre os Estados Unidos da América, o Canadá, o Reino Unido e a França, que não apoiam o governo de al-Assad.

Entre as reviravoltas em torno do conflito, estão os recentes ataques com armas químicas, promovidos pelo governo de al-Assad contra os rebeldes, ação considerada como crime de guerra, e que não só desencadeou renovado repúdio internacional, como serviu de pressuposto para o primeiro ataque direto contra o governo sírio, realizado pelos Estados Unidos da América (EUA LANÇAM MÍSSEIS..., 2017).

Embora a guerra na Síria seja um conflito armado não internacional, pois não existe um confronto entre Estados, suas consequências passaram a transbordar as fronteiras, esbarrando na Europa, na figura dos milhares de refugiados. Inobstante se reconheça a existência de uma grave crise humanitária, uma intervenção internacional direta³ em prol do cessar fogo afigura-se extremamente complexa, vez que há grupos rebeldes lutando contra o governo e um forte sectarismo decorrente do componente religioso, principal combustível de fomento dos grupos extremistas.

Em 2015, o Conselho de Segurança da ONU aprovou uma proposta para a implementação de um plano de paz na Síria. O documento apresentado pela França sugeria, entre outras medidas, a implantação de um governo de transição (CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU..., 2015). Esse diálogo internacional em torno do tema demonstrou-se extremamente relevante, na medida em que colocou do mesmo lado os Estados Unidos da América e a Rússia, países cujas políticas para o Oriente Médio são divergentes. A Rússia passou a apoiar o governo de al-Assad e, em 2016,

³ “A proibição do emprego da força tem sido cada vez mais contestada por especialistas, políticos e comentaristas que acreditam que os governos nacionais sistematicamente envolvidos em atos de homicídio, estupro e expulsão contra seus próprios cidadãos não deveriam ser protegidos de intervenção militar. Convencidos de que o Conselho de Segurança da ONU não tem condições de enfrentar esses problemas e que as Nações Unidas – mais que seus países-membros – são de certa forma responsáveis por isto, eles preconizam um direito de ‘intervenção humanitária unilateral’, ou seja, o direito de intervir por motivos humanitários sem a autorização do Conselho de Segurança” (BYERS, 2007, p. 117)

como membro permanente do Conselho de Segurança da ONU, vetou a proposta que solicitava o imediato fim dos bombardeios aéreos e dos voos militares sobre a cidade síria de Aleppo, uma das mais atingidas pelos ataques (CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU..., 2016).

Desta maneira, o fluxo de refugiados em direção à Europa flui ininterruptamente, causando perplexidade nos países europeus. Em informe publicado em 2014, aduz a Anistia Internacional que a União Europeia tem se empenhado em construir uma fortaleza impenetrável contra os migrantes, não se importando com os motivos para a entrada na Europa (O CUSTO HUMANO..., 2014). O repúdio aos refugiados contraria a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (ACNUR,1951), que ressalta a preocupação com a problemática desses indivíduos, no sentido de lhes garantir a devida proteção. O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) é o órgão internacional responsável pelas políticas de apoio aos refugiados.

Segundo o art. 1º da Convenção (ACNUR, 1951), considera-se refugiado aquele que, por temer ser perseguido no país de sua nacionalidade ou, não possuindo nacionalidade no país onde habitualmente residia por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opiniões políticas, busca proteção em país diverso. A Anistia Internacional esclarece que a solicitação de asilo é o caminho prévio à constituição jurídica da condição de refugiado e, ao ingressar nesta condição, o migrante passa a gozar de proteção internacional em substituição à proteção alhures devida por seu país de origem (O CUSTO HUMANO..., 2014).

A Convenção reconhece ao refugiado regularmente estabelecido diversos direitos, como o acesso ao emprego e ao sistema de saúde. Mas o direito primordial é o de não ser devolvido ao país de origem, ou expulso, salvo em caso de representar, comprovadamente, perigo para a segurança

do país onde se refugiou (O CUSTO HUMANO..., 2014).

A acolhida de refugiados é um procedimento, portanto, com encargos de várias ordens, que recaem sobre o país onde o migrante pede asilo, assim como sobre o próprio refugiado, pois deve este respeitar as leis do país de acolhida e fazer jus às considerações mencionadas na Convenção acima abordada. Logo, quando um número grande de migrantes passa a cruzar as fronteiras de um país, o problema se intensifica, tornando necessária a adoção de uma política eficiente, com o pronto objetivo de preservar, essencialmente, a dignidade humana. No entanto, a escolha do caminho a ser seguido não se afigura como uma missão simples, pois dela advirão consequências sociais e jurídicas com reflexos amplos, projetados para um futuro incerto. A Teoria da Justiça de Rawls, por isso, ao propor um modelo cooperativo de estruturação da sociedade, com fundamento em princípios essenciais para a justiça social, figura, à primeira vista, como uma via plausível para a tomada de decisão política.

Isto posto, considerando a problemática aqui apresentada, o presente estudo buscou cotejar o processo migratório sírio para o território europeu à luz da Teoria da Justiça de John Rawls, no intuito de tentar compreender por que, malgrado sendo ela um modelo desejável de justiça, especialmente num mundo onde gracejam as normas atinentes aos Direitos Humanos, demonstra-se tão vacilante a colaboração entre os indivíduos. Desta forma, o estudo apresenta, em linhas gerais, a teoria de Rawls e, em seguida, analisa a situação dos refugiados inserida na proposta de justiça rawlsiana.

2. A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

O processo de formação da sociedade política ocorreu de maneira

lenta e gradual. Das sociedades primitivas aos dias correntes, este processo se intensificou e as relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado se tornaram complexas. Neste contexto, a questão da distribuição da justiça caminhou coesa com o desenvolvimento da sociedade política, pois os anseios dos indivíduos deveriam se equalizar em prol do equilíbrio social. Independente da nomenclatura atribuída a este fenômeno, o fato é que as sociedades humanas necessitam de regras de convivência, regras capazes de promover a ideia de Justiça. Muito embora seja temerário assentir quanto à universalidade do conceito de Justiça, bem como acerca de sua uniformidade ao longo do processo de formação e desenvolvimento das sociedades políticas, é possível afirmar que os seres humanos unidos em sociedade sempre buscaram estabelecer um padrão em torno do bom e do justo. Este padrão, entretanto, oscilou e oscila graças aos diversos fatores sociais a que está sujeito, por exemplo, a forma de governo adotada, o maior ou menor desenvolvimento econômico, quem governa e como governa. Esta questão tomou novos rumos a partir do século XX e foi objeto de preocupação de diversos autores (BITTAR, 2002, p. 333), entre os quais John Rawls.

Rawls nasceu em Baltimore, Estados Unidos, em 1921, cidade com marcada discriminação racial, estudou filosofia na Universidade de Princeton e lutou no exército americano durante a Segunda Guerra Mundial, tendo passado pelo Pacífico, pela Nova Guiné, pelas Filipinas e pelo Japão (KELLY, 2013, p. 303). Sua história de vida incutiu em seu pensamento profunda preocupação com as questões em torno da justiça social e sua obra intitulada “Uma teoria da justiça” (*A theory of justice*, Harvard University Press, 1971) é uma compilação de diversos estudos do autor sobre o tema (BITTAR, 2002, p. 334).

A ideologia defendida por Rawls é baseada nos princípios do libera-

lismo, tomando como base o contrato social, conceito construído a partir do século XVII, e ampliado por Jean-Jacques Rousseau no século seguinte com argumentos em torno da legitimidade da autoridade do Estado, baseada no consenso geral.⁴ Também em Kant⁵, busca inspiração, ao considerar o potencial ético dos indivíduos, ancorado no racionalismo, ao construírem o ideal de justiça na sociedade política (RAWLS, 2000, p.12). No entanto, o próprio autor alerta para o fato de seus fundamentos filosóficos a respeito do contrato social possuírem contornos um pouco diversos daqueles traçados por seus antecessores, pois sua estrutura é liberta do contexto metafísico kantiano, no escopo de ser compreendida com mais clareza e fluidez (RAWLS, 2000, p. 215). É uma teoria da justiça com contornos políticos, que apela para o sentido de comunidade proposto por Kant, sendo, por isso, uma teoria idealista. Segundo Barbarosch (2007, p. 15), Rawls defende a possibilidade de um consenso em torno do conceito de justiça, ao menos quanto ao seu significado. Destaca o professor, ao tratar do problema meta-ético nas teorias da justiça, que para Rawls, a concordância possível está no fato de a cooperação social pressupor a justiça das instituições quando deixam de fazer distinção entre as pessoas, assegurando-lhes seus direitos básicos, além de estabelecer regras capazes de equilibrar as pretensões egoísticas dos indivíduos.

A teoria de Rawls, ao contrário do liberalismo clássico, é focada na justiça social, logo, uma sociedade que busca o equilíbrio nas relações en-

4 A vontade geral, para Rousseau, condiciona o equilíbrio das relações a partir do contrato social, pois segundo ele, “enquanto muitos homens reunidos se consideram como um só corpo, sua vontade é uma, a conservação e o bem de todos.” (ROUSSEAU, 2001, p. 99)

5 Kant era um deontologista, isto é, defendia a concepção conforme a qual uma ação seria julgada como moral ou imoral conforme os motivos que a impeliram. Segundo ele, “um princípio objetivo, enquanto seja constitutivo para uma vontade, chama-se *mandamento* (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se *imperativo*. (KANT, 2008, p. 44)

tre o Estado e os indivíduos deve partir de um contrato social justo. Por conseguinte, a justiça é a primeira virtude de todas as instituições sociais (RAWLS, 2000, p.7), e delas se espera a efetiva possibilidade de acesso pela sociedade, bem como um tratamento igualitário a todos os indivíduos.

Nesta perspectiva, o contrato social proposto pelo autor não é firmado pelos indivíduos no escopo de estabelecer uma sociedade em particular ou para se escolher determinada forma de governo, mas para eleger os princípios básicos de justiça que nortearão o convívio social (RAWLS, 2000, p.7). Desta maneira, entende que no fictício “estado de natureza”, que demarca o momento precedente à formação da sociedade política (contratual), os indivíduos se encontram numa situação onde há plena liberdade, gozando ainda de igualdade. Em consequência, o consenso original é norteadado pela condição de equidade reinante entre os indivíduos (RAWLS, 2000, p.12).

O momento seguinte à constatação da equidade é a escolha dos princípios basilares de justiça indispensáveis à construção das instituições sociais. Embora o autor reconheça a dificuldade em se estabelecer princípios desse jaez, propõe que dois deles possam nortear o consenso original. Assim, o primeiro princípio determina que todos os indivíduos possuem os mesmos direitos relativos às liberdades básicas e o segundo princípio “afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo desigualdade de riquezas e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade” (RAWLS, 2000, p.16). O primeiro princípio (da liberdade), conforme se percebe, possui prioridade sobre o segundo (da diferença/da igualdade de oportunidades), pois raramente os indivíduos demonstram-se dispostos a menoscabar sua liberdade a fim de obterem mais recursos materiais (RAWLS, 2000, p.67).

No panorama inicial apresentado por Rawls, o consenso entre indivíduos livres e iguais, no escopo de constituir uma sociedade sem qualquer garantia de manutenção da condição de equidade é incompleto, pois contrariamente à proposta dos contratualistas modernos, onde a associação entre os indivíduos ocorre para salvaguardar um interesse em risco, não se encontram os indivíduos de Rawls numa situação de desconforto e conflito, embora prevalente a predileção por satisfazer interesses de cunho individual. Por isso, esclarece o autor que a finalidade das condições desenhadas no estado pré-contratual é demonstrar a igualdade entre os seres humanos, como sujeitos éticos, possuidores de uma concepção de seu próprio bem e capazes de desenvolver um senso de justiça (RAWLS, 2000, p.21). Na ideia de justiça como equidade, portanto, o conceito de certo antecede o conceito de bom.

A colaboração está na base da construção preconizada pelo autor para uma sociedade justa, defendendo a ideia conforme a qual os indivíduos, seres éticos e racionais, tendem mais facilmente a escolher os dois princípios da justiça – o da liberdade e o da diferença/igualdade de oportunidades – ao perceberem que a realização de seus próprios objetivos carece do assentimento em fazer concessões em prol do bem-estar geral (RAWLS, 2000, p.128). Mas a colaboração, a partir da posição original, ganha viabilidade sob o denominado “véu da ignorância”.

Segundo Rawls, na posição original os indivíduos, aos escolherem os princípios da justiça que servirão de base fundamental para as instituições sociais, desconhecem qual posição irão galgar na futura sociedade política. Desta maneira, tendem a optar pela preservação de suas liberdades básicas, pela aceitação de regras de equalização das diferenças, bem como daquelas que promovam a igualdade de oportunidades (RAWLS, 2000, p.149), com

o intuito de preservarem minimamente seus interesses. Supõe, pois, que as pessoas na posição original possuam um conhecimento genérico acerca da sociedade humana e, essencialmente, conheçam o fato de esta sociedade estar sujeita às circunstâncias da justiça e às consequências daí decorrentes (RAWLS, 2000, p.150).

A escolha dos princípios não encerra o propósito de Rawls, pois são eles apenas o alicerce das instituições sociais. A partir deles se constrói a sociedade política, amparada nos ditames constitucionais. Embora separe a justiça das instituições da justiça em particular, aplicada a determinado indivíduo em uma situação concreta, entende que as regras dentro de uma sociedade devem formar uma estrutura voltada para a obtenção da justiça social em todos os seus seguimentos. Esse sistema possui como responsabilidade manter a justiça como equidade, evitando fomentar a inveja, sentimento que a todos corrompe.

A proposta de Rawls, centrada no ideal de uma sociedade justa e cooperativa, fundada em princípios básicos da justiça, sofreu críticas por parte de outros autores, entre os quais Robert Nozick. Em 1974, publicou *Anarquia, Estado e Utopia*, contrapondo a teoria da justiça de Rawls por meio da ideia de um estado ultra mínimo (NOZICK, 1991, p. 43). Centra seus questionamentos em torno da justiça distributiva decorrente da cooperação proposta por Rawls, pois para Nozick, se não houvesse cooperação e cada qual colhesse os frutos de seu próprio esforço, não haveria problema de justiça, tanto mais, de justiça distributiva (NOZICK, 1991, p. 203). Nozick (1991, p. 207) tem por descabida, ainda, a pretensão de justiça de Rawls quando defende que as contribuições separadas à construção de produtos conjuntos tornem-se isoláveis a fim de justificar o papel das desigualdades, aceitáveis quando implicam em melhorias à condição dos menos favorecidos.

Em 1995, Gerald Cohen (ESTLUND, 1998) publica outra crítica a Rawls, esta de cunho marxista, asseverando que o liberalismo e o capitalismo são sistemas insuficientes para produzir e manter a justiça como equidade. Faz coro àqueles que julgam inviável aplicar a teoria de Rawls, baseada em um único critério de justiça, aos diversos seguimentos integrantes de uma sociedade.

Embora criticada, a Teoria da Justiça de John Rawls iluminou o pensamento político do século XX, aquecendo os debates em torno da justiça social, bem como advertiu para a necessidade de uma teoria da justiça capaz de suplantar o utilitarismo de Bentham, cujo cálculo de validade da Justiça se dá com base na capacidade legislativa em maximizar a felicidade do maior número de indivíduos em dada sociedade, utilizando-se de dois instrumentos para evitar a diminuição desta felicidade: a coerção e a recompensa (BENTHAM, 2000).

Feitas tais considerações, na seção seguinte será analisada a situação dos refugiados sírios na Europa, sob a ótica da Teoria da Justiça de Rawls, segundo os aspectos acima destacados.

3. A SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS SÍRIOS E A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns em relação aos outros num espírito de fraternidade” (BRANDÃO, 2001, p. 98). Com tais dizeres abre-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas,

no escopo de fortalecer a ideia de uma comunidade internacional formada pela família humana. De inegável relevância jurídica, a Declaração de 1948, no entanto, não foi em seus primórdios efetivamente universal, pois nos anos seguintes à sua assinatura, um grande número de países na África e na Ásia ainda iniciavam o processo de luta contra o neocolonialismo europeu. Com o fim da guerra fria, a partir da queda do Muro de Berlim, a Convenção de Viena de 1993 sobre os Direitos Humanos convocada pelas Nações Unidas é o documento que, enfim, confere universalidade à Declaração de 1948.

A universalização dos Direitos Humanos eleva a dignidade humana à categoria de princípio fundamental, amparada pelos ideais herdados do iluminismo francês, cuja bandeira acenava com os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade humanas, ganhando novos contornos a luta pelos direitos econômicos e sociais. O fim da bipolarização mundial e a crescente mundialização das relações internacionais, no entanto, concedem espaço ao *laissez faire*, típico do Estado mínimo, pois o capital e a especulação financeira passam a elementos propulsores das políticas estatais (ALVES, 2013, p. 48). Assim, a implementação de políticas de fortalecimento econômico decorre desse cenário, ensejando a formação de blocos de Estados, como é o caso da União Europeia, criada por meio do Tratado de Maastricht (1992), que entrou em vigor em novembro de 1993, construído sobre os pilares da uniformização das políticas voltadas para os segmentos econômicos e industriais, das políticas externas e relativas à segurança comum, e das políticas de cooperação policial e judiciária em matéria penal.

Ademais, o bloco implantou a denominada cidadania europeia, fortalecendo o pressuposto de um povo europeu⁶. Desta maneira, a União

⁶ **Tratado de Maastricht** (1992). Título I, artigo B. Objetivos da União Europeia: [...] “o reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos seus Estados-membros, mediante a instituição de uma cidadania da União”.

Europeia rompe com o conceito originário de soberania, e embora não retire dos Estados membros sua autonomia política, amplia o conceito de Nação, elemento formador do Estado nacional, ligado essencialmente aos aspectos históricos, étnicos, psicológicos e sociológicos (BONAVIDES, 1998, p.85) que unem determinado povo.

Nesse sentido, seria possível estabelecer um paralelo com a Teoria da Justiça de Rawls, se considerarmos que os Estados membros da União Europeia buscaram, por meio de concessões mútuas, assegurar o bem-estar comum de seus integrantes, mesmo sendo temerário assentir quando a plena adoção dos princípios da justiça rawlsianos, pois o Tratado de Maastricht preocupa-se mais com os aspectos econômicos que propriamente com os da justiça social. Neste contexto, portanto, para além da Teoria da Justiça, vislumbram-se nuances do Direito dos Povos (The Law of Peoples, Cambridge, 1993) de Rawls, onde defende uma utopia realista, nos moldes da paz perpétua kantiana⁷ asseverando quanto à viabilidade de se instituir relações mais equitativas entre os Estados, a partir da adoção de princípios ancorados na cooperação entre povos liberais razoavelmente justos. A cooperação, por conseguinte, não teria como objetivo final o bem-estar individual, mas a promoção da justiça em larga escala. Assim, para Rawls, valem os princípios de ordem constitucional, como aqueles inerentes à liberdade e à igualdade, pois se um Estado é capaz de reconhecer a igualdade entre os seus cidadãos, assegurando-lhes as liberdades essenciais, seria semelhantemente capaz de

7 À Paz Perpétua de Kant é um ensaio onde o autor defende a possibilidade da paz entre os Estados, por meio da implantação de medidas preliminares, como a que proíbe a celebração de Tratados Internacionais secretos, e definitivas, entre as quais o acatamento dos princípios do cosmopolitismo como uma forma de aceitação mútua entre os povos. Kant destaca, ainda, que a paz por ele proposta há de prosperar por meio da adoção, pelos Estados, da República. (KANT, 2011)

considerar a igualdade entre os povos⁸.

Cabe destacar, entretanto, que a lógica racional-liberal rawsiana, ao propor um empreendimento de cunho processual a partir do contratualismo, para a estruturação de regras de justiça, e não propriamente destinadas ao estabelecimento de uma autoridade legítima, como em Hobbes, Locke e Rousseau (MERQUIOR, 1992, p. 206) não encontra o mesmo respaldo na esfera das relações internacionais, firmadas num cenário anárquico, onde pacto semelhante inexistente, inobstante a presença de símbolos da ética jurídica, com o são os Direitos Humanos, ou a formação de blocos de Estados mirando interesses comuns.

Retomando, pois, à Teoria da Justiça de Rawls e à questão dos refugiados sírios, tenha-se como exemplo a pressuposição feita pelo autor acerca da tolerância religiosa a partir da postura imparcial do Estado, cujo dever seria o de garantir as liberdades de consciência de maneira igualitária, não privilegiando qualquer posição por não possuir legitimidade para tanto (RAWLS, 2000, p. 231). Esta pressuposição parte do princípio conforme o qual os indivíduos, na posição original, consentiram em respeitar e tolerar tais diversidades a fim de garantir a convivência social pacífica. Se aplicado este raciocínio à situação dos refugiados sírios na Europa, há de se considerar, preliminarmente, o reconhecimento documental, representado pelo Tratado de Maastricht, da identidade cultural do povo europeu, forjada a partir de uma história comum. Desta maneira, inexistente uma memória afetiva capaz de ligar os sírios e os cidadãos europeus, pois não comungam das

⁸ “Just as a citizen in a liberal society is to respect other persons comprehensive religious, philosophical, and moral doctrines, provided they are pursued in accordance with a reasonable political conception of justice, so a liberal society is to respect other societies organized by comprehensive doctrines, provided their political and social institutions meet certain conditions that lead the society to adhere to a reasonable law of people.” (RAWLS, 1993)

mesmas raízes histórico-culturais e, em consequência, não se reconhecem como membros de uma mesma comunidade que coopera a partir do assentimento em torno de princípios de justiça traçados numa posição original, ainda que hipotética.

A necessidade de reconhecer o outro como “irmão”, consoante Del Percio (2014, p. 41), é a chave para a fraternidade, distinta da solidariedade, pois o indivíduo solidário trabalha em prol do justo sem questionar as causas da injustiça. Para a solidariedade a identidade cultural é indiferente, e a cooperação é espontânea. Do contrário, para a cooperação fraterna é indispensável o sentimento de memória afetiva, a partir da aceitação do outro como um igual. Essa dificuldade de aceitação mútua pode ser encontrada nas considerações feitas por Huntington, consoante as quais valores ocidentais, como a democracia, são vistos pelos povos não ocidentais como uma forma de imperialismo (HUNTINGTON, 1998, p. 228).

Somem-se aos fatores ora apresentados as questões ligadas à justiça distributiva, resolvidas por Rawls com fulcro no segundo princípio da justiça, ao dispor que as “desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam, ao mesmo tempo, consideradas vantajosas para todos dentro dos limites da razoabilidade, e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (RAWLS, 2000, p. 64). As desigualdades são aceitáveis, portanto, quando impostas em prol dos menos favorecidos, exigindo dos mais bem colocados, determinadas concessões a fim de equilibrar a equação. No caso dos refugiados, a Convenção de 1951 assegura, por exemplo, “o mesmo tratamento em matéria de assistência e de socorros públicos que é dado aos seus nacionais”, bem como o acesso à previdência social (ACNUR, 1951). Considerando os princípios da justiça de Rawls, a distribuição desses benefícios a refugiados desamparados poderia ser considerada justa, pois

de nada adiantaria oferecer hospitalidade para dela nada advir, como na fábula A raposa e a cegonha, de Esopo, onde a astúcia da primeira frustra os anseios da segunda por um jantar condizente com a benevolência da acolhida. Todavia, considerando que os refugiados sírios são, em sua maioria, homens solteiros, sem instrução (MONGENSTERN, 2016) o auxílio será distribuído exclusivamente com base nos esforços dos habitantes dos países de destino, desequilibrando a equação da justiça de Rawls. Segundo dados fornecidos pelo Parlamento Europeu, os habitantes da Europa ainda estão divididos com relação ao papel dos imigrantes nas suas economias, apesar de parecer um fator positivo a chegada de uma população economicamente ativa num continente cada vez mais envelhecido (SONDAGEM MAIORIA...2015). Essa falta de consenso traz à tona considerações como as traçadas por Salehyan e Gleditsch (2006), do departamento de Ciência Política da Universidade da Califórnia, centradas na crecha de que o aumento do volume de refugiados na Europa pode alterar a composição étnica dos países de acolhida de maneira indelével, além de exacerbar a competição econômica, desencadeando reações negativas, como uma possível guerra civil e o aumento da criminalidade.

Em consequência, o cálculo da justiça proposto por Rawls não consegue alcançar a situação dos refugiados sírios nos moldes atuais, pois a sua teoria é elaborada possuindo como ponto de partida uma sociedade em construção, cujo contrato entre os futuros cidadãos irá promover a justiça em todos os seguimentos sociais. Para aqueles que chegam depois, o acordo deve manter os parâmetros preliminares de justiça, e conforme o pensamento de Rawls, esse arranjo se faz tendo em vista as posições sociais eleitas como relevantes, que representam “os lugares de partida generalizados e agrupados de forma adequada” (RAWLS, 2000, p. 102). Essa escolha implica na possibilidade

de se amenizar a arbitrariedade do acaso natural e da boa sorte social por meio dos princípios descritos pelo autor.

Todavia, equilibrar a balança da justiça nestes termos implica em considerar a condição de igualdade entre os indivíduos pertencentes a esta sociedade política e, no caso em estudo, a igualdade pressupõe o pleno gozo dos direitos de cidadania, aqui entendida como a forma como o cidadão se relaciona com o setor público (NAVES, 2003, p. 563). Uma vez que a cidadania, nesses termos, depende do poder e da boa vontade estatal em implementar políticas públicas, incluir não nacionais, provenientes de uma cultura diversa, não reconhecida como fraterna, implica no rompimento de barreiras extremas. Não havendo consenso acerca da inclusão segundo os princípios da liberdade e da diferença/igualdade de oportunidades, não há cooperação, e a cooperação, neste caso, reclama a elevação da presença do senso humanitário entre os integrantes da sociedade dos países de destino dos refugiados à condição de imperativo categórico nos moldes kantianos, ou seja, “age só segundo a máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2008, p. 51). Para Rawls, porém, os imperativos não são categóricos, por entender que a proposta de Kant condiciona a adoção dos princípios de justiça à autonomia da vontade, enquanto na sua análise, forjada a partir da posição original, é por meio do véu da ignorância que a escolha dos princípios ocorre por indivíduos considerados dentro de um contexto social (BARBAROSCH, 2007, p. 43). Todavia, a situação hipotética da qual parte a proposta de Rawls não pode ser imposta de maneira artificial, pois os indivíduos dos países de destino dos refugiados não estão sob um véu de ignorância, conhecendo plenamente seus respectivos lugares na sociedade a qual pertencem, daí a necessidade de confiar na racionalidade humana nos moldes kantianos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a estudar a questão dos refugiados sírios à luz da Teoria da Justiça de John Rawls, de modo a tentar compreender as dificuldades de ajustamento político/jurídico da situação, malgrado a forte presença dos Direitos Humanos na sociedade mundial hodierna. A análise partiu de uma breve apresentação das origens desse processo migratório, decorrência da guerra civil na Síria, que há seis anos transcorre sem uma intervenção internacional direta, dadas as circunstâncias políticas nela envolvidas, como a presença do Estado Islâmico no território sírio, bem como a dissonância entre os discursos proclamados pela coalizão liderada pelos Estados Unidos da América e a Rússia, apoiadora do regime de al-Assad.

Na segunda seção foi apresentada, em linhas gerais, a Teoria da Justiça de John Rawls, destacando-se como pontos fundamentais os dois princípios da justiça (da liberdade e da diferença/igualdade de oportunidades) e a maneira como o autor julga viável a escolha destes para a estruturação de uma sociedade justa. O consenso e a cooperação foram considerados, ainda, como elementos essenciais para a análise pretendida.

Finalmente, a última parte deste estudo procurou cotejar a situação dos refugiados sírios na Europa com os pontos elementares da teoria da justiça de Rawls. Como conclusão, verificou-se que, embora o raciocínio rawlsiano seja construído com base em um modelo com contornos políticos, e não puramente jus filosóficos, a complexidade do quadro apresentado, onde os elementos essenciais não correspondem ao quadro geral descrito por Rawls, torna tênue as linhas de aproximação do fato concreto com a teoria discutida.

A condição dos refugiados mescla normas de caráter internacional e a legislação interna dos países de destino, e apesar de haver um forte apelo

humanitário, o cálculo da justiça para o caso guarda, ainda, um delineamento utilitário. Em que proporção a presença dos refugiados poderá minimizar ou maximizar a felicidade dos habitantes das sociedades que os recebem parece ser a questão em voga e não se as instituições dessas sociedades estão aptas a incluir na sua estrutura pessoas estranhas, vindas de um país culturalmente diverso, como medida de justiça social.

Por tal motivo, afiguram-se tão presentes as proposições metafísicas de Kant, pois a confusão geral em torno do debate jus filosófico na atualidade, conforme salientam Naucke e Harzer (2008, p. 186), reside justamente em tentar buscar um direito que funcione por uma maneira impositiva qualquer, seja fundada na vontade, seja por uma contingência social, como alternativa ao direito construído de maneira metafísica, quando este fundamento sempre esteve presente na eleição dos valores indispensáveis à estruturação das normas jurídicas. Afinal, o que são as regras de Direitos Humanos senão pressupostos metafísicos fundados na racionalidade humana?

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade. São Paulo: Perspectiva, 2013

ANISTIA INTERNACIONAL (2014). Disponível em <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2014/07/O-custo-humano-da-fortaleza-europeia.pdf> 09/03> Acesso em 13/03/2017

BARBAROSCH, Eduardo. Teorías de la Justicia y la Metaética Contemporánea. Buenos Aires: UBA – La Ley, 2007

BENTHAM, Jeremy. Principles of Morals and Legislation. Kitchener Batoche Books, 2000

BERTI, Benedeta e PARIS, Jonathan. Beyond Sectarianism: Geopolitics, Fragmentation, and the Syrian Civil War (04/01/2014) Disponível em: <<http://www.inss.org.il/uploadImages/systemFiles/Beyond%20Sectarianism.pdf>> Acesso em 15/03/2017

BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998

BYERS, Michael. A lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007

Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). In Os Direitos Humanos: antologia de textos históricos. BRANDÃO, Adelino (organizador). Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001

DEL PERCIO, Enrique. Ineludible Fraternidad: conflicto, poder e deseo. Buenos Aires: Fundación CICCUS, 2014

ESTLUND, David. Liberalism, Equality, and Fraternity in Cohen's Critique of Rawls (1998). Disponível em <<https://philpapers.org/archive/ESTDLE.pdf>> Acesso em 27/03/2017

GENEBRA (1951). Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em http://www.acnur.org/t3/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acesso em 15/03/2017

HUNTINGTON, Samuel P. O Choque de Civilizações e a recomposição da Ordem Mundial. Tradução: M.H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998

JORNAL O GLOBO (17/08/2015). Disponível em <<http://oglobo.globo.com/mundo/conselho-de-seguranca-da-onu-aprova-proposta-de-plano-de-paz-para-siria-1-17212630>> Acesso em 20/03/2017

JORNAL O GLOBO (06/02/2017). Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/eua-lancam-misseis-na-siria.ghml>> Acesso em 08/04/2017

KANT, Immanuel. À Paz Perpétua. Tradução: Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.

_____. Fundamentos da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Ed.Martin Claret, 2008

KELLY, Paul, et al... (colaboradores). O Livro da Política. Tradução: Rafael Longo. São Paulo: Ed. Globo, 2013

KHALIDI, Rashid. The Arab Spring (03/03/2011). Disponível em <<http://www.thenation.com/article/158991/arab-spring>>. Acesso em 15/03/2017

MAASTRICHT (1992). Tratado de Maastricht. Disponível em <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_pt.pdf> Acesso em 27/03/2017

MERQUIOR, José Guilherme. O Liberalismo Antigo e Moderno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992

MONGENSTERN, Flávio. Alemanha aceita sírios mas não ucranianos (21/01/2016). Disponível em <<http://sensoincomum.org/2016/01/21/alemanha-aceita-sirios-mas-nao-ucranianos/>> Acesso em 28/03/2017

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (11/10/2016). Disponível em <<https://nacoesunidas.org/conselho-de-seguranca-da-onu-nao-aprova-resolucoes-sobre-fim-de-ataques-em-alepo-na-siria/>> Acesso em 20/03/2017

NAUCKE, Wolfgang. HARZER, Regina. Filosofía del Derecho: conceitos básicos. Buenos Aires: Editora Astrea, 2008

NAVES, Rubens. Novas possibilidades para o exercício da cidadania. In História da Cidadania. Jaime Pinsky e Carla B. Pinsky (organização). São Paulo: Contexto, 2003

NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991

PARLAMENTO EUROPEU (15/10/2015). Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/news/pt/news-room/20151015STO97982/sondagem-maioria-acredita-que-a-crise-da-migra%C3%A7%C3%A3o-deve-ser-gerida-a-n%C3%ADvel-da-ue>> Acesso em 28/03/2017

RAWLS, Jonh. Uma Teoria da Justiça. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000

_____. The Law of Peoples (1993). Disponível em <<http://fs2.american.edu/dfagel/www/Philosophers/Rawls/TheLawOfPeoples.pdf>> Acesso em 27/03/2017

REVISTA ÉPOCA (03/09/15). Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/filtro/noticia/2015/09/familia-de-menino-sirio-encontrado-em-praia-tentava-ir-para-o-canada.html>> Acesso em 14/03/2017

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Ed.Martin Claret, 2001

SALEHYAN, Idean; GLEDITSCH, Kristian Skrede. Refugee Flows and the Spread of Civil War (2006). Disponível em < <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/27705479-56a7-4545-acdc-fc412fe4de2e.pdf>> Acesso em 15/03/2017

SYRIA'S MUTATING CONFLICT, International Crisis Group, Middle East/ North Africa report n. 128. 01 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.crisisgroup.org/en/regions/middle-east-north-africa/syria-lebanon/syria/128-syrias-mutating-conflict.aspx>>Acesso em 15/03/2017

WIKIPEDIA. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra_contra_o_Estado_Islamico>Acesso em 15/03/2017

ZH MUNDO (13/03/17). Disponível em <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/mundo/noticia/2017/03/em-seis-anos-guerra-na-siria-causou-mais-de-320-mil-mortes-9747010.html>> Acesso em 15/03/2017

Recebido em 19/07/2017 – Aprovado em 09/10/2017

A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL: UMA GENEALOGIA DO PROIBICIONISMO

*THE DRUG CRIMINALIZATION IN BRAZIL:
A GENEALOGY OF PROHIBITION*

Guilherme Saraiva Brandão¹

¹ Doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor na Faculdade Batista de Minas Gerais. Advogado. E-mail: guilhermesaraiva@gmail.com

RESUMO: Este trabalho analisa o surgimento, o desenvolvimento e a consolidação da criminalização das drogas na política criminal brasileira. Optou-se por um enfoque genealógico, analisando o discurso brasileiro e internacional adotado sobre o tema que justifique a política repressiva e embasa sua regulamentação legal. Concluiu-se que a política de drogas vigente atualmente no país nasce na década de trinta, crescendo a partir de então até hoje, influenciada pelo discurso dos países centrais, notadamente dos EUA e enraizado nas ideologias de Defesa Social, Segurança Nacional e Lei e Ordem.

Palavras chave: Drogas. Proibicionismo. Criminalização.

ABSTRACT: This paper analyzes the emergence, development and consolidation of the drug criminalization in the Brazilian criminal policy. A genealogical approach was chosen, analyzing the Brazilian and international speeches adopted on the subject to justify the repressive policy and underlie its legal regulations. The current Brazilian drug policy germinate in the thirties, growing from then until today, influenced by the speech of the central countries, notably the US, and rooted in the ideologies of Social Defense, National Security and Law and Order.

KEYWORDS: Drugs. Prohibition. Criminalization.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende compreender o surgimento, o desenvolvimento e a consolidação do proibicionismo criminalizador das drogas ilícitas a partir de uma análise dos discursos que fundamentam a política criminal sobre o tema. O estudo irá se desenvolver por meio de uma abordagem genealógica, como a criada por Nietzsche e posteriormente também utilizada por Foucault em seus estudos.

Optou-se por analisar o discurso no plano internacional a partir dos estudos do espanhol Antonio Escohotado, publicados na obra História Elementar das Drogas (2004). Já no plano nacional tomou-se como principal referência a obra de Salo de Carvalho, A Política Criminal de Drogas no Brasil (2010). As análises se intercalarão cronologicamente, tentando situar a evolução do discurso e da política sobre drogas no Brasil e no mundo, notadamente nos Estados Unidos, que, como será demonstrado, é o pivô fundamental das políticas criminalizadoras no mundo.

Não se desconhece as limitações deste trabalho, em razão da própria proposta a que se destina. Por tal motivo, apesar da incompletude a que ele está fadado, espera-se contribuir com algum enriquecimento acerca da temática em análise.

2. GENEALOGIA

Antes de iniciar-se o estudo propriamente dito, necessário se faz explicitar o conceito de genealogia a ser utilizado neste trabalho. Tal conceito não se confunde com a acepção da palavra utilizada cotidianamente, ligada

às relações de parentesco, às origens familiares, sobrenomes, etc.

Trata-se de uma genealogia filosófica, trabalhada por Friedrich Nietzsche em sua obra *Genealogia da Moral* (2009) e posteriormente utilizada por Michel Foucault em seus estudos (1999, 2000). Contudo, não é possível conceituar o termo de maneira a esgotar o tema, não só devido à pequena dimensão deste trabalho, mas porque, de acordo com os princípios da própria genealogia, qualquer interpretação ou conceituação é incompleta, transitória.

Conforme o conceito trazido por Thiago Mota (2008), a genealogia:

É uma metodologia, [um] método de interpretação, um procedimento ou uma explicação, uma história enquanto relato, uma disciplina, uma modalidade de conhecimento histórico. Enquanto metodologia, a genealogia pode ser considerada em tese, quando estabelece princípios e métodos de interpretação (...); e pode ser considerada em uso, quando da aplicação daqueles princípios e métodos na prática, referidos a um objeto determinado. (...) Mas a genealogia é também uma filosofia da história, uma concepção filosófica específica que admite que há na história um sentido, distinto daquele que a tradição concebeu. (p. 2)

Assim, trata-se de um método de pesquisa e interpretação da história que busca revelar sentidos ocultos pelos outros discursos históricos. Assim, ela não é como os demais saberes históricos, pelo contrário, ela parte da oposição à história consolidada, oposta ao “discurso oficial”, e traça outra história, antes oculta, ocultada.

Como o nome sugere, procura-se a gênese, a origem de algum fenômeno, mas não uma origem metafísica, essencial. Busca-se como ele foi constituído a partir de outros elementos, distintos, alheios, mas que são também tangíveis, investigáveis.

Nas palavras de Foucault (2000):

Se o genealogista tem o cuidado de escutar a história em vez de acreditar na metafísica, o que é que ele aprende? Que atrás das coisas há 'algo inteiramente diferente': não seu segredo essencial e sem data, mas o segredo de que elas são sem essência, ou que sua essência foi construída peça por peça a partir de figuras que lhe eram estranhas. (p. 18)

Como dito, a genealogia é (também) uma filosofia da história, e, para Nietzsche, de uma história trágica. Para o autor, desde o período pré-histórico, passando pela idade média, até a modernidade, a história humana é uma história de decadência, de refinamento do que ele aponta não como da civilização, mas da crueldade.

O homem da era moderna seria um refinamento do nobre guerreiro, mas este seria um refinamento doente, pois moderno é o homem do ressentimento, o homem da má consciência e, nesse sentido, o homem decadente. (MOTA, 2008, p. 19)

Crueldade, este é o elemento constante na história da humanidade para Nietzsche. Não se trata de progresso, civilização, mas de violência, dominação, exploração.

Falar de justo e injusto em si carece de qualquer sentido; em si, ofender, violentar, explorar, destruir não pode naturalmente ser algo "injusto", na medida em que (...) a vida atua ofendendo, violentando, explorando, destruindo, não podendo sequer ser concebida sem esse caráter. (...) Uma ordem de direito concebida como geral e soberana, não como meio na luta entre complexos de poder, mas como meio contra toda luta (...), seria um princípio hostil à vida, uma ordem destruidora e desagregadora do homem, um atentado ao futuro do homem, um sinal de

cansaço, um sinuoso caminho para o nada. (NIETZSCHE, 2009)

Focando seu estudo nas relações de dominação, no poder, Foucault (1999) assinala que a genealogia propicia a constituição de um saber histórico das lutas pelo poder e de sua utilização nas técnicas de dominação, ou seja, no exercício do poder. Em suas palavras:

Trata-se da insurreição dos saberes (...) uma insurreição sobretudo e acima de tudo contra os efeitos centralizadores de poder que são vinculados à instituição e ao funcionamento de um discurso científico organizado no interior de uma sociedade como a nossa. (p. 14)

Ressalta-se então o aspecto propriamente filosófico da genealogia, sem, contudo, ignorar seus aspectos metodológicos:

Não é um empirismo que perpassa o projeto genealógico; não é tampouco um positivismo, no sentido comum do termo, que o segue. Trata-se, na verdade, de fazer que intervenham saberes locais, descontínuos, desqualificados, não legitimados, contra a instância teórica unitária que pretenderia filtrá-los, hierarquizá-los, ordená-los em nome de um conhecimento verdadeiro, em nome dos direitos de uma ciência que seria possuída por alguns. As genealogias não são, portanto, retornos positivistas a uma forma de ciência mais atenta ou mais exata. As genealogias são, muito exatamente, anti-ciências. (FOUCAULT, 1999, pp. 13-14)

O autor francês conclui então que “é exatamente contra os efeitos de poder próprios de um discurso considerado científico que a genealogia deve travar o combate” (p. 14). Nesse sentido, se apresenta este trabalho, a fim de analisar o proibicionismo das drogas no Brasil sob a ótica genealogista.

Tal proposta significa buscar, numa análise histórica, a origem e os desdobramentos desta política criminalizadora no Brasil. Inicia-se assim essa contra história do proibicionismo.

3. O PARADIGMA LIBERAL E A GÊNESE DA PROIBIÇÃO

Parte-se da premissa de que há uma política de drogas vigente no Brasil, uma política criminal, responsável pela criminalização de determinadas condutas ligadas ao tema. Assim, buscar-se-á analisar os elementos do discurso proibicionista que fundamentam e legitimam essa política, a fim de apontar suas descontinuidades.

Conforme a lição de Salo de Carvalho (2010), e de acordo com os ensinamentos de Nietzsche e Foucault, a origem da criminalização das drogas inexistente, ela “é fluída, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável” (p. 10). Trata-se então de buscar a invenção do proibicionismo, que começa (como tudo) baixo, frágil, pequeno, inaudível, e compreender sua emergência, seu crescimento, até sua consolidação como política criminal, como “discurso oficial”.

Carvalho ensina ainda que a ideia de política criminal é inventada por Beccaria, quando ele se preocupa “com as formas eficazes de prevenção do delito e com o conteúdo legislativo efetivo para alcançar tal finalidade” (p. 87). Ou seja, o direito penal passa a ser instrumento não só de análise da lei penal, mas também de busca por soluções ao problema de criminalidade. Mais tarde a política criminal será definida por Feuerbach como “o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime” (apud CARVALHO, p. 87).

Já o proibicionismo, como ensina Maria Lúcia Karam (2009), pode ser conceituado como:

Um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal, sem deixar espaço para as escolhas individuais. (p. 1)

Afinal, quando inventaram esse proibicionismo? Tudo indica que se trata de um fenômeno que aparece a partir do século XX (KARAM, 2009, p. 3). Apesar de haver proibições e até criminalização de drogas no Brasil desde o século XVI,² o proibicionismo das drogas como ideologia, como política criminal, só é criado no início do século passado.

Para se ter uma ideia da ausência da ideologia proibicionista, em 1782, Thomas Jefferson, principal autor da declaração de independência norte-americana e terceiro presidente dos EUA, afirmava:

Não parece suficientemente demolida a pretensão de que as operações da mente, tal como os actos do corpo, estão sujeitos à coacção das leis. Os poderes legítimos do governo são apenas extensíveis aos actos que lesam outros. Milhões de homens, mulheres e crianças inocentes têm sido queimados, torturados, multados e encarcerados desde que se introduziu o cristianismo. Qual foi o efeito da violência? Fazer de meio mundo estúpido e da outra metade hipócrita, apoiar a cobardia e o erro sobre a terra inteira. (sic) (apud ESCOHOTADO, 2004, p. 74)

Essa filosofia liberal acerca das substâncias entorpecentes permanece

² Nas Ordenações Filipinas, estava previsto (Livro V, Título LXXXIX): “que ninguém tenha em caza rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso” (sic) (CARVALHO, 2010, p. 11).

praticamente inalterada até o início dos anos 1900. Ressalta-se que, ao longo do século anterior (XIX), várias foram as descobertas dos princípios ativos de diversas plantas, muitas das quais eram já utilizadas para alterar a consciência: morfina (1806), codeína (1832), cafeína (1841), cocaína (1860), heroína (1883) e dos barbitúricos, já no início do séc. XX, em 1903 (ESCOHOTADO, p. 84).

Enquanto isso, no Brasil, o Código Penal de 1830 “nada mencionava sobre a proibição do consumo ou comércio de entorpecentes” (CARVALHO, p. 11),³ no Código de 1890 houve a regulamentação dos crimes contra a saúde pública, prevendo em seu artigo 159 que a conduta de “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas”, sem autorização ou sem as formalidades devidas, seria apenada com multa. Mas, como dito, tal disposição ainda não é capaz de configurar uma política proibicionista sistematizada.

O espanhol Antonio Escotado, já citado, intitula a mudança no referido paradigma como “a reacção antiliberal” (sic), e assim inicia o 11o capítulo (que recebe o dito título) da referida obra:

Por volta de 1900, todas as drogas conhecidas se encontram disponíveis nas farmácias e drogarias, podendo-se também comprá-las ao fabricante pelo correio. Isto acontece a nível planetário, tanto na América como na Ásia e Europa. A propaganda que acompanha esses produtos é igualmente livre, e tão intensa como a que apoia outros artigos de comércio, para não irmos mais longe. Há sem dúvida dependentes do ópio, morfina e heroína, mas o fenómeno no seu conjunto – os consumidores moderados e imoderados – mal chama atenção de jornais ou revistas, e nada a juizes e policias. Não é um assunto jurídico, político ou de ética social. (sic) (p. 91)

³ Curiosamente, há indícios de que a Câmara Municipal do Rio de Janeiro “punia com multa os vendedores e com prisão os apreciadores do ‘pito de pango’” (maconha). Cf. NEMER, Ricardo. Enquanto isso, no Brasil... *Revista semSemente*, v. 2, ano 1, pp. 24-25, nov./dez. 2012.

Resta então claramente demonstrado, o contexto liberal que se alterará ao longo daquele século. O paradigma tinha seus críticos, que enxergam tais liberdades como um problema que iria se agravar rapidamente, a exemplo do Partido Proibicionista, fundado em 1869, naquele mesmo país no qual, há menos de cem anos, Thomas Jefferson teria feito a já citada declaração.

4. A ASCENÇÃO DO PROIBICIONISMO

O mais ferrenho inimigo do paradigma liberal seria, sem dúvida, a igreja puritana. Com seus dogmas e a fim de desqualificar os infiéis, passam a relacionar as drogas com determinados grupos: o ópio com os asiáticos corruptores das crianças, a cocaína com os negros indecorosos, a maconha com os mexicanos invasores e o álcool com a imoralidade dos irlandeses e judeus. Não por acaso, esses grupos, taxados como moralmente inferiores, são também os desabastados economicamente (pp. 91-92).

Outro poderoso discurso antiliberal é o entoado pelas associações de médicos e farmacêuticos. Os interesses desses grupos são eliminar os curandeiros e obter o monopólio das drogas, objetivos que serão alcançados mais cedo ou mais tarde, com regulamentação das profissões e a exclusividade em se prescrever, produzir e vender as drogas.

Esses grupos então se aliam e ganham força, puritanos em defesa de uma moral intransigente, e médicos e farmacêuticos em busca do controle sobre as drogas. Essa aliança se liga ao ímpeto expansionista norte-americano e, com as imprescindíveis participações de três sujeitos (W. S. Crafts, Ch. H. Brent e H. Wright), faz com que sejam criadas as primeiras leis de política proibicionista nos EUA.

Assim, em 1906, os EUA convocaram a Conferência de Xangai, onde a

comissão norte-americana pugnou pela realização de uma verdadeira cruzada contra o uso não médico do ópio. Contudo, os esforços americanos se viram frustrados ante a manifesta falta de interesse pela proposta por parte dos outros onze países participantes.

Alguns anos depois, em 1912, é realizada a Convenção Internacional sobre o Ópio, em Haia, assinada pelos então membros da Liga das Nações. Nos dois anos seguintes, são realizadas novas convenções com o mesmo propósito, a fim de angariar mais signatários até as vésperas da eclosão da Primeira Guerra Mundial. Em seu artigo 20, estava previsto que os Estados deveriam controlar a preparação e distribuição de ópio, morfina e cocaína, além de examinar a possibilidade de criminalizar a posse dessas drogas e seus derivados (KARAM, 2009, p. 3; ESCOHOTADO, p. 96).

Não obstante, o texto da Convenção de Haia foi incorporado, como anexo, ao Tratado de Versalhes (1919), assentando que seria um dever de todo o Estado velar pelo uso legítimo de certas drogas. Percebe-se então o início da sistematização da proibição no âmbito internacional.

Nos Estados Unidos, o ímpeto proibicionista continuava avançando, restrições e proibições ao tabaco e ao álcool proliferavam pelos estados membros. Em 1914, o Congresso americano aprova a Lei Harrison, a qual exige um inscrição em um órgão especialmente criado para produzir, comercializar ou possuir ópio, morfina ou cocaína, sob pena de prisão. Logicamente, a lei contou com pareceres favoráveis das associações farmacêutica e médica.

Os resultados obtidos pela lei? Contrabando (tráfico), corrupção de oficiais e milhares de pessoas presas nos anos seguintes. Outro aspecto relevante é a mudança no perfil de consumidor (e do preso): de adultos de classe média para jovens pobres (ESCOHOTADO, p. 99). Qualquer semelhança ao cenário atual não é mera coincidência.

Cinco anos mais tarde, o proibicionismo gera outro filho: o Volstead Act. A famosa Lei Seca norte-americana, que tornou conhecido “Al Capone” e outros gangsters (traficantes), entra em vigor em 1920, com o propósito de criar uma nova nação. O texto legal prescrevia multa e encarceramento para quem vendesse ou fabricasse bebidas alcoólicas, além da interdição do estabelecimento. Excetuou-se, é claro, o vinho das celebrações religiosas e o uso médico do álcool.

O discurso oficial era, obviamente, o “melhor” possível:

Os bairros sórdidos serão em breve coisa do passado. As prisões correcionais ficarão vazias. Todos os homens voltarão a caminhar de cabeça erguida, sorrirão todas as mulheres e rirão todas as crianças. Fecharam-se para sempre as portas do inferno. (sic) (Discurso proferido pelo Senador Volstead apud ESCOHOTADO, p. 99).

Em relação ao cenário internacional, os Estados Unidos convocaram uma nova conferência, em Genebra, no ano de 1925, a fim de fixar limites para a produção de ópio e coca nas diferentes regiões do mundo. Suas pretensões foram frustradas, muito por conta da própria Lei Seca, que as outras nações repudiavam.

Indignada, a delegação norte-americana abandonou a conferência. Contudo, resolveu-se pela criação de um comitê para “vigiar” o mercado internacional das drogas e pela inclusão da maconha e da heroína do rol de drogas a serem controladas.

Uma década depois do Volstead Act, seus resultados: meio milhão de aprisionados (nenhum grande traficante), uma corrupção sistêmica nunca antes vista e muitos envenenados. No ano de 1933, 13 anos depois, a lei é revogada por ter gerado nada além de injustiça, hipocrisia e crime organi-

zado. O que fizeram então os poderosos traficantes ao verem seu produto legalizado? Voltaram-se para outra droga, agora proibida: a heroína.

Em 1930, H. J. Anslinger é indicado para chefiar o recém-criado Federal Bureau of Narcotics, órgão governamental responsável por tratar dos assuntos ligados às drogas no país e aplicar as leis que versem sobre o tema a partir de então. Anslinger vai conseguir que se ilegalize a maconha e outras substâncias entorpecentes que surgirão com o tempo.

Internacionalmente, é realizada uma nova Convenção em Genebra (1931), Escotado ressalta que:

Este tratado pode considerar-se a primeira vitória do espírito proibicionista, visto que (...) atribuí ao Comité Central Permanente [aquele órgão criado em 1925] “lutar contra a toxicomania”, assentando as bases para uma complexa rede de organismos internacionais (...). As disposições penais chegarão cinco anos depois, com o Convénio de Genebra de 1936 (...) [que] insta todos os países a criar “serviços especializados de polícia”, e compromete-os a “castigar severamente, com penas de prisão”, não só o tráfico ilícito mas também a posse. (...) Pelo menos nominalmente, a cruzada norte-americana tinha-se transformado em cruzada mundial (p. 108).

Em pouco tempo, o proibicionismo internacional repercute no Brasil, com a Consolidação das Leis Penais de 1932, o artigo 159 sofre várias mudanças: substitui-se a expressão “substâncias venenosas” por “substâncias entorpecentes”; são inseridos 12 parágrafos, com múltiplos verbos típicos para as incriminações; acresce-se à pena de multa a pena privativa de liberdade (o cárcere); e são previstas diversas formalidades para venda e administração das drogas.

Salo de Carvalho afirma ainda que:

No caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes (p. 12).

Assim, não obstante às anteriores disposições legais sobre drogas no país, é só a partir de meados da década de trinta que surge, no Brasil, uma verdadeira política proibicionista, criminal e sistematizada, sobre drogas. Forma-se então um sistema punitivo, aliado ao discurso oficial, com objetivos específicos e que se vale de diversos aparatos repressivos especialmente moldados para seus fins.

5. O NOVO PARADIGMA E SUA CONSOLIDAÇÃO

Nos Estados Unidos, os antigos gangsters do álcool traficam agora heroína. Novos tipos de entorpecentes também surgem nos anos que se seguem: as anfetaminas, os opiáceos sintéticos (como a metadona) e, mais tarde, o LSD e outros milhares de “medicamentos”. Com o advento da Segunda Grande Guerra, o tráfico internacional de drogas é dificultado e seu preço dispara, alavancando os lucros do comércio ilegal.

De volta ao Brasil, em 1940, é elaborado um novo Código Penal que, entre outras coisas, tenta preservar as hipóteses criminalizadoras junto às regras de interpretação e aplicação da norma positiva, conforme ocorreu

na consolidação de 1930. Contudo, em 1942, com o Decreto-Lei no 4.720, que trata sobre o cultivo, inicia-se um processo de descodificação, abalando consideravelmente o sistema criado para repressão das drogas.

Na década de cinquenta, o discurso proibicionista ganha força no país, enfatizando a necessidade de repressão e controle sobre as substâncias entorpecentes. Importante notar que, na época, o consumo de drogas estava limitado a determinados grupos, considerados desviantes, ao passo que as explicações sociológicas identificavam esses usuários como devassos, degenerados. Tal processo culmina por criar um estereótipo moral do consumidor, num discurso oficial criminalizador e estigmatizador (CARVALHO, p. 13).

Na América do Norte, o proibicionismo, antes praticamente hegemônico, assistia o aparecimento de novos fenômenos de rejeição, adolescentes e jovens enxergavam no inconformismo uma alternativa às amarras do discurso oficial, às tramas totalitárias da sociedade americana. Na mesma época, é realizado e publicado um estudo realizado por médicos e advogados que concluí que a cruzada proibicionista era uma empreitada pseudomédica e extrajurídica que gerou apenas crime e marginalização, a própria lei era a causa do consumo desregrado e do aumento da miséria e da criminalidade (ESCOHOTADO, p. 131).

Os movimentos de contestação do discurso oficial também reuniam adeptos nas terras brasileiras, o consumo de maconha e LSD nas décadas de 50 e 60 aumenta, ganhando espaço público e visibilidade, juntamente com as manifestações que reivindicavam mais liberdade. Todo esse processo faz com que o movimento moralista repressivo reaja, a reação proibicionista culmina na Convenção Única sobre Entorpecentes, aprovada em Nova Iorque em 1961.

Como ensina Karam, a Convenção Única estabeleceu:

A obrigação criminalizadora, com a enumeração de dezoito condutas (...), antecipa (...) o voraz e exibicionista estilo tipificador, que, a partir das últimas décadas do século XX, irá marcar, nos mais diversos Estados nacionais, as novas legislações criminalizadoras que vão sendo produzida sobre esta e outras matérias (2009, p. 4).

Com este marco legislativo internacional, a repressão às drogas passa a ser um projeto praticamente global, diminuindo as fronteiras nacionais para combater esse inimigo. Carvalho ensina que a ideologia por trás dessa política supranacional é fornecida pelo Movimento de Defesa Social (MDS), caracterizada por uma concepção abstrativista que ignora a característica fundamental das sociedades: sua historicidade. Assim, essa universalização do discurso passa a impor modelos repressivos autônomos, que simplesmente desconsideram as especificidades locais e as histórias de cada sociedade (p. 14).

Um novo modelo é então adotado, um modelo paternalista, no qual o maniqueísmo é a referência. Usuário e traficante são distinguidos, este deve ser trancafiado, extirpado do convívio social, enquanto aquele, doente, deve ser tratado, curado, num verdadeiro “terapeutismo”, utilizando mesmo termo que Escotado. O escritor espanhol ressalta ainda a sentença unânime proferida pela Suprema Corte americana no ano seguinte à Convenção de 1961: “O toxicodependente não é livre para se governar sem ajuda exterior. Se os dependentes podem ser castigados pela dependência, o demente também pode ser castigado pela sua demência” (p. 132).

A convenção então deflagra a primeira incursão da chamada Guerra às Drogas, considerando a dependência química um perigo social e econômico

para toda a humanidade, um mal que deve ser combatido conjuntamente por todos os países, lutando contra o tráfico de drogas e tratando seus dependentes para que fiquem livres de tamanho mal que os aflige. Consolida-se assim a ideologia do MDS através desse modelo médico-sanitário-jurídico (CARVALHO, p. 15).

No Brasil, a Convenção de Nova Iorque é aprovada e promulgada pelo Decreto no 54.216/64, menos de cinco meses após o golpe militar, assinado pelo então presidente Humberto Castelo Branco, marcando o ingresso definitivo do país no cenário internacional de combate às drogas.

Paradoxalmente, nos EUA, um discurso crítico sobre o proibicionismo se consolidava. Tal fato se dá pelas contradições internas do regime adotado, que proíbe o tráfico, mas permite o consumo, aliado à experiência anterior com o Volstead Act e à falta de um critério científico para a proibição de umas drogas e não outras. Em 1963, a Organização Mundial de Saúde chega a reconhecer que as medidas legais eram injustificáveis em termos biológicos (ESCOHOTADO, 334).

Essa contraposição gera um resultado ainda mais surpreendente, as normas vigentes se preservavam devido à força dos valores que as fundaram, o que levou ao terapêutico, se o problema não era das substâncias, era do usuário, do doente. E, assim, tudo se alinhou à proposta da Convenção Única.

Em 1967, a adequação brasileira ao projeto proibicionista global dá mais um passo. Com o Decreto-Lei no 159, qualquer substância capaz de criar dependência física e/ou psíquica foi igualada aos entorpecentes, Vicente Greco Filho aponta que “o Brasil foi o segundo país do mundo a enfrentar o problema, considerando tão nocivo quanto o uso de entorpecentes o uso, por exemplo, de anfetamínicos ou dos alucinógenos” (apud CARVALHO,

p. 16) e, como já dito, o LSD “estava na moda” por aqui nessa época.

Não muito diferente se passava nos EUA, com o que Escotado denominou de “revolução psicadélica”, quando, nas décadas de cinquenta e sessenta, eclodiram movimentos sociais que buscavam mais liberdade e usavam mais LSD. O resultado por lá foi o mesmo, em 1967 a substância também foi proibida nas terras do Tio Sam (pp. 139-152).

No ano seguinte, em 1968, houve uma modificação inusitada na legislação brasileira, ao contrário do disposto na Convenção Única sobre Entorpecentes, o Decreto-Lei no 385/68,⁴ modificou o artigo 281 do Código Penal para criminalizar o usuário com pena idêntica ao traficante. A medida foi evidentemente extremada e dividiu opiniões entre os estudiosos da matéria.

Em 1971, é realizado o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas, em Viena, “cuja principal novidade é que os Estados signatários prometem velar pelo juízo, pela percepção e pelo estado de espírito” (ESCOHOTADO, p. 153). A regulação penal do tema permanece basicamente inalterada em relação ao pactuado em 1961, diversas drogas são classificadas em quatro listas, de acordo com seus usos médicos. Contudo, tal classificação não teve mais efeitos para o Brasil.

No mesmo ano, é editada a Lei no 5.726/71, a “Lei Antitóxicos”, redefinindo as hipóteses criminalizadoras, alterando o rito processual e estabelecendo novas políticas de repressão. Usuário e traficante continuam tratados da mesma maneira, mas agora com uma pena mais severa, de um a seis anos de privação de liberdade.

Ney Fayer de Sousa já criticava a lei em questão, ressaltando que ela “deixou a desejar porque (...) ambos continuaram a ter idêntico apenamento.

⁴ Nota-se que foram mais de 200 Decretos-Lei editados em cerca de um ano, sem dúvidas um reflexo da ditadura então vigente.

E agora com pena ainda maior” (apud CARVALHO p. 17). Perpetuou-se então o discurso proibicionista, agora em uma lei própria, descodificada, desvinculada da pretensa unidade do Código Penal e mais severa, de maior punitividade.

Nos anos 70, os EUA vivenciam o apogeu e o declínio do consumo de heroína, que, inicialmente barata, abundante e pura, torna-se impura, escassa e cara, devido à proibição e ao tráfico. Em seu lugar, os consumidores mais abastados passam a utilizar a cocaína, que, ao contrário da outra, dá uma sensação eufórica, afastando-se também do LSD da “psicadelia”, mas a repressão continua, assim como o tráfico, que aumenta. Aumenta-se também o consumo da maconha, mas diferentemente do que ocorreu com a heroína e a cocaína, nota-se uma tendência despenalizadora internacional sobre esta substância (ESCOHOTADO, pp. 153-166).

No Brasil, a Lei no 6.368/76 consolida de vez o paradigma proibicionista, “acompanhando as orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais” (CARVALHO, p. 19), bem como realiza de vez a independência da legislação proibicionista sobre o tema, com a revogação do artigo 281 do Código Penal.

O discurso médico-sanitarista-jurídico é preservado, retornando a separação entre o consumidor-doente e o traficante-criminoso. Está último será então responsável por assumir o papel político do inimigo interno, justificando os aumentos na pena prevista para o traficante e no recrudescimento de sua execução nos anos seguintes.

Internacionalmente, principalmente nos Estados Unidos, apesar de toda a repressão, não se notam reduções no consumo e comércio de entorpecentes. Tamanho insucesso faz com que as drogas sejam eleitas o maior inimigo do ocidente (interna e externamente), transferindo aos países

periféricos a responsabilidade pelas drogas que inundavam as ruas norte-americanas. Enquanto nos EUA ocorria uma vitimização doméstica pelos traficantes estrangeiros, nos países marginalizados o discurso central foi absorvido, neles o tráfico era interno e deveria ser combatido com políticas criminalizadoras e médico-sanitaristas.

Com a Doutrina da Segurança Nacional, e sua lógica bélica de combate ao inimigo, internalizada no regime militar desde 1964, cria-se um complexo sistema de combate às drogas que, mesmo após a volta da democracia, vai se manter até os dias de hoje. Nas palavras de Vera Malaguti Batista:

No início dos anos setenta aparecem as primeiras campanhas de 'lei e ordem' tratando a droga como inimigo interno. Permitia-se assim a formação de um discurso político para que a droga fosse transformada em uma ameaça à ordem. As ações governamentais e a grande mídia trabalham o estereótipo político criminal. Na medida em que se enuncia a transição democrática, este novo inimigo interno justifica maiores investimentos no controle social. (*apud* CARVALHO, p. 22)

Com esse modelo de combate militarizado às drogas, gera-se também outro fenômeno paralelo, a seletividade dos criminosos, focando-se a repressão nos setores mais pobres e nos dissidentes políticos. Se for pobre, é criminoso, se não for pobre, é consumidor.

(...) tudo dependia na América Latina de quem a consumia [droga]. Se eram os habitantes de favelas, seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava agressivos. Se eram os 'meninos de bem', a droga os tornava apáticos. (Rosa Del Olmo *apud* CARVALHO, p. 22)

Assim, fundem-se dois modelos ideológicos: o Movimento de Defesa

Social (MDS), e a Doutrina da Segurança Nacional (DSN), que irão fundamentar todo o modelo repressivo proibicionista brasileiro. Enquanto o MDS e sua lógica médico-sanitário-jurídico tomarão conta das ideias legislativas e de suas aplicações judiciais, a DSN determinará as políticas de segurança pública, com sua lógica militarista, que permeará inclusive instituições civis para a punição do traficante.

As campanhas de “lei e ordem” e a legislação redigida com base naquelas relações de usuário-dependência-tratamento e traficante-criminoso-repressão criam então a sensação de medo, o discurso de pânico, que:

Demonstra a distorção entre o real e o imaginário, sobretudo porque os índices de comércio e consumo de drogas ilícitas no Brasil, em meados da década de setenta, se comparados aos de outros países ocidentais, não são substancialmente elevados. (CARVALHO, p. 23)

O próprio da lei de 1976 convoca à mobilização social, numa preocupação com ações preventivas conjuntas por toda a sociedade, com o “chamamento das forças da Nação para esta verdadeira guerra santa que é o combate aos tóxicos. O dever mais que jurídico é moral” (Vicente Greco Filho apud CARVALHO, p. 24), sendo “indispensável a colaboração e o esforço conjunto num campo de luta que hoje compromete toda humanidade” (Mena Barreto apud CARVALHO, p. 24).

Contudo, essa aparente preocupação, nitidamente alarmista e moralista, serve apenas para agravar a repressão, numa inversão de valores a favor de uma lógica autoritária repressiva. O artigo 12 da Lei no 6.368 passou a prever uma pena de três a 15 anos de reclusão para o crime de tráfico de drogas, triplicando o mínimo legal e mais do que dobrando o máximo. Ademais foram previstas diversas causas de aumento (artigo 18), como pela

internacionalidade e pelo fornecimento a menores de vinte e um anos, e novos crimes, como o de associação para o tráfico (artigo 14).

Quanto ao usuário, foi previsto o crime de porte de droga para uso pessoal (artigo 16), pelo qual não se pune o uso em si, mas as condutas de “adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente (...)”, com uma pena de detenção, pelo período de seis meses a dois anos. Contudo, em relação ao usuário, é a perspectiva sanitária que chama atenção, prevendo a internação hospitalar compulsória (artigo 10), mesmo que o indivíduo não tenha incorrido nos delitos citados, bastando apenas que esteja envolvido com algum uso de droga ilícita.

A opção pelo tratamento coercitivo resulta na solidificação do discurso médico-jurídico-sanitário, visto que, nas palavras de Salo de Carvalho, “(a) associa dependência-delito, (b) abandona a ideia de voluntariedade no tratamento, e, subliminarmente, (c) amplia as possibilidades de identificação do usuário como dependente” (p. 24). Termina-se criminalizando a dependência, pois o Estado recebe a função de intervir na vida do dependente a fim de impedir um suposto crime futuro.

Oblitera-se assim um dos principais pilares do tratamento, a voluntariedade, além de ampliar a intervenção estatal e aproximar o sistema de saúde do sistema repressivo policial. Ademais, é nítido que se trata de uma medida de grande interferência na liberdade individual sem sequer qualquer processo legal.

Assim, alia-se à hipótese formulada por Salo de Carvalho de que “o sistema proibicionista no Brasil se sustenta no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN)”, havendo um “recrudescimento desta base com a reconfiguração

de sua apresentação ao público consumidor do sistema penal” (p. 29) após a redemocratização, principalmente por meio da tese do direito penal do inimigo, focando-se na figura do traficante. Identifica-se então a chave para interpretar o modelo repressivo brasileiro, seu “gabarito de inteligibilidade”, como dito por Foucault.

Entende-se que a IDS, propagada pelos MDS e MLOs, permeou todos os discursos que tangenciavam as mudanças legislativas na segunda metade do século XX. Nota-se claramente a lógica daquelas ideologias defensivistas no modelo bélicos de segurança pública brasileiro, que tem o escopo maior de acabar com os inimigos, identificados como alvos a serem extintos numa guerra contra a criminalidade, mais especificamente, e contra as drogas.

Na década de 80, a guerra às drogas recupera sua força nos Estados Unidos.

Uma era marcada pelo binómio Reagon-Tatcher que começa a acostumar-se a crises cíclicas (...) O Estado do bem-estar parece cada dia mais um esbanjamento insustentável (...) Entretanto, os governos e meios de comunicação apresentam as drogas ilícitas como uma praga apocalíptica, principal responsável pela insegurança, e as legislações endurecem ainda mais as penalizações contra seu comércio ou emprego. (sic) (ESCOHOTADO, p. 167)

Aliado a esse recrudescimento, novas drogas aparecem, a fim de maximizar os lucros bilionários do tráfico de drogas ilícitas, entre outros fatores. Surgem drogas como o crack, MDMA (ecstasy) e china white. Verdadeiras filhas da proibição.

A década de Oitenta representa, sem dúvida, o maior esforço institucional jamais efectuado para reprimir o uso de drogas ilegais; a cruzada é já um fenómeno planetário.

rio, e a sua consequência é um alarme que também não tem precedentes. Só o governo federal norte-americano – sem contar os conspícuos fundos estatais – gastou em 1990 perto de dois bilhões de pesetas em repressão, e a seguir às campanhas de Reagan e Bush são muito frequentes os casos de crianças que denunciam os pais ou irmãos por cultivo de marijuana ou por terem cocaína, e pais que matam ou ferem gravemente filhos seus quando os encontram a usar alguma droga ilícita.

(...) O chamado Inimigo Interno substitui o velho inimigo comunista, e a empresa de liquidá-lo seja como for – inclusive suspendendo as liberdades civis asseguradas pela Constituição – adquire foros titânicos, dado que os cálculos mais conservadores cifram seu número em 24% da população. (ESCOHOTADO, pp. 175-176)

Paradoxalmente, quanto mais se combatia o tráfico, mais lucrativo ele ficava e mais drogas entravam em circulação. O cerco também se fecha contra a maconha no país, que antes apontava para uma maior tolerância à substância.

Novamente, tal cenário culmina em uma nova convenção internacional para recrudescer a política criminal de drogas no mundo. Trata-se da Convenção de Viena de 1988, quando “o aprofundamento das tendências repressivas chega a seu auge” (Karam, 2009, p. 5).

(...) [Sua] meta é endurecer ao máxima as penas e confirmar a nível mundial diferentes cortes a direitos civis reconhecidos (...) Adaptando a normativa mundial à norte-americana, o implicado em assuntos de droga ilícita receberá o tratamento de terrorista, e as forças da ordem terão as mãos completamente livres para fazer ou desfazer à sua vontade. (ESCOHOTADO, p. 188)

No mesmo ano, é promulgada a Constituição da República de 1988 no Brasil, com os ares da redemocratização e rompendo com o autoritarismo

ditatorial poder-se-ia pensar que haveria mudanças significativas na política criminal de repressão, incluindo sobre a questão das drogas ilícitas, mas não foi isso que se notou. O novo texto constitucional intensificou o caráter bélico e intransigente do combate às drogas.

Paradoxalmente a Constituição de 1988 prevê diversas garantias fundamentais que limitam o poder punitivo do Estado, como acontece normalmente, e também arquiteta um sistema criminalizador, com normas programáticas de combate ao crime e às drogas. Tais escopos constitucionais repressivos serão nas décadas seguintes efetivados com, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos (no 8.072/90).

A Convenção Contra⁵ o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, aquela aprovada em Viena em 1988, é aprovada pelo Congresso brasileiro em 1991, não deixando dúvidas acerca do alinhamento ideológico do país (baseado no tripé MLOs-IDS-ISN) aos anseios internacionais, notadamente aos norte-americanos. Interessante notar em sua redação o uso de termos claramente alarmistas, como grave ameaça, efeitos nefastos, contaminar, corromper, etc.

Assim, com a aprovação da Convenção pelo Brasil, o país reconheceu que “a erradicação do tráfico ilícito de entorpecentes é responsabilidade coletiva de todos os estados e que, para esse fim, é necessário uma ação coordenada no nível da cooperação internacional” (texto introdutório da Convenção).

Em 1996 lança-se o Programa de Ação Nacional Antidrogas (PANAD), buscando, pelo menos no discurso oficial, reprimir o tráfico, auxiliar os dependentes e cooperar internacionalmente. Várias propostas foram feitas

⁵ Interessante notar que as convenções anteriores acerca do tema, utilizavam o termo *sobre*, em vez de *contra*.

para reformar a Lei no 6.368/76, já defasada.

Novamente, o discurso é o mais bem intencionado possível, nas palavras do Ministro Nelson Jobim, o programa:

Resume de forma clara a vontade do estado brasileiro de enfrentar o problema de frente, sem demagogia ou sensacionalismo. A legislação nacional atualiza-se graças à cooperação e à sensibilidade do Congresso Nacional. O traficante começa a ser tratado como inimigo público e as penas impostas são cada vez mais duras. Em contrapartida, o usuário de drogas já é visto como vítima e, desta forma, lhe são oferecidas a oportunidade e os meios de se curar. (apud CARVALHO, p. 53)

A fala não poderia ser mais condizente com o já citado tripé. Mas seus pretensos objetivos não poderiam ter sido frustrados de maneira mais contundente como ocorreu nos anos seguintes. Após décadas de combate, verificou-se que:

A estratégia internacional de guerra às drogas sustentada pela criminalização (a) não logrou os efeitos anunciados (idealistas) de eliminação do comércio ou de diminuição do consumo, (b) provocou a densificação no ciclo de violência com a produção de criminalidade subsidiária (comércio de armas, corrupção de agentes estatais, conflitos entre grupos p. ex.) e (c) gerou a vitimização de grupos vulneráveis (custo social da criminalização), dentre eles consumidores, dependentes e moradores de áreas de risco. (CARVALHO, p. 56)

Os anseios de reforma da Lei no 6.386/76, que variavam da descriminalização ao aumento da punitividade, ganham contornos mais precisos ao longo da década de 90, com a apresentação de diversos projetos, também bastante variados. Desses tantos, nasce a Lei no 10.409/02, com um texto

aprovado pelo Congresso que retirava do crime de porte para uso pessoal a pena privativa de liberdade, além de aplicar a ele os benefícios da Lei dos Juizados Especiais (9.099/95).

Sobre o tráfico, previa novos verbos típicos incriminadores, apesar de manter a pena já prevista. Contudo, parte da lei foi vetada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, justamente no capítulo referente aos delitos e às penas, permanecendo apenas a parte processual do texto legal.

Essa aberração aliada à Lei do Crime Organizado (9.034/05) e à que institui o Regime Disciplinar Diferenciado (10.792/03) vão compor o panorama de “repressão às organizações criminosas responsáveis pelo tráfico ilegal de entorpecentes” (CARVALHO, p. 61), no qual surge a atual Lei de drogas no país, a Lei no 11.343/06, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD).

Após 30 anos de vigência, a legislação de 1976 aliada ao processo de descodificação, com várias reformas e inovações legislativas parciais, tornaram o sistema brasileiro de repressão às droga ilícitas exageradamente complexo, um verdadeiro frankenstein jurídico, ambíguo e contraditório. Mas tantas disposições foram capazes de fornecer elementos substanciais ao projeto de reforma da legislação sobre o tema.

Tomou-se como base para a nova lei o texto aprovado pelo Congresso da lei de 2002, com as novas formas de operacionalização do tráfico, os modelos de tratamento para o usuário e dependentes, bem como a descaracterização deste. Contudo, nota-se que o tripé ideológico da lei de 1976 não foi abalado, a diferenciação entre usuário-paciente e traficante-criminoso continua, e o recrudescimento no tratamento deste também.

O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de me-

didat alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes manifestam a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressiva às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstêmias (ideal da abstinência). Assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem com potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas. (CARVALHO, p. 69)

Nessas palavras nota-se claramente aquele ideal puritano do século XIX. Contudo, notam-se as inovações da nova lei em relação à anterior, separam-se de vez os sistemas de tratamento do traficante e do usuário, enquanto este recebe penas e medidas de natureza terapêutica, e aquele teve sua pena de reclusão aumentada ainda mais, passando a ser de cinco a 15 anos de reclusão.

Assim se apresenta o sistema atual de drogas no país, resultado de um processo que se inicia com o surgimento da política proibicionista brasileira na década de 1930 e cresce ao longo das décadas seguintes, com a influência de discursos estrangeiros, normalmente entoado pelos EUA, ancorado nos ideais de Defesa Social, Segurança Nacional e de Lei e Ordem, que ganham força no período ditatorial e se perpetuam após a transição democrática. O ápice do proibicionismo é tal que Karam (2009), inaugura sua obra asseverando que:

A política criminalizadora de condutas relacionadas à produção, distribuição e ao consumo de determinadas substâncias (...) é, hoje, a mais organizada, mais sistemática, mais estruturada, mais ampla e mais danosa forma de manifestação do proibicionismo a nível mundial. (p. 1)

Denis Burgierman (2011) complementa afirmando categoricamente que “a política de drogas que dominou o mundo nos últimos cinquenta anos fracassou miseravelmente, gerando violência, desigualdade, corrupção, racismo, morte e incentivando o uso de drogas mais pesadas, até chegar ao crack” (p. 11).

No mesmo sentido é a conclusão de Salo de Carvalho, para finalizar este tópico:

A conclusão evidente, mas ao mesmo tempo surpreendente, é que a política de guerra às drogas é grande fracasso, visto não obter resultado algum na erradicação ou no controle razoável do narcotráfico. Por outro lado, seu efeito visível é a constante violação dos direitos e garantias fundamentais dos grupos vulneráveis da população. (p. 52)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, resta nítido que precisamos de um novo sistema, não de encontrar culpados, ou de inventar novos retalhos à colcha para produzir um novo frankenstein. É preciso aplacar o aumento da punitividade gerado pela guerra às drogas, diminuindo a estigmatização dos grupos e sujeitos vulneráveis a essas políticas, notadamente os usuários de drogas, visto que a repressão ao consumo estigmatizou o usuário, buscando eliminar o inimigo, o Estado direcionou sua maior arma contra os segmentos sociais e indivíduos mais vulneráveis.

A alternativa mais apropriada parece ser a implantação de um modelo antiproibicionista, focado nos problemas gerados pela própria criminalização e capaz de pensar novas alternativas, em busca de redução de danos e

ampliação da oferta de tratamento, pois o usuário não mais seria estigmatizado, criminalizado. Mais do que a descriminalização, deve-se buscar a legalização, viabilizadora de regulamentação comercial e outras formas de controle e prevenção ao abuso.

Não se trata apenas de novas leis, mas de novas políticas para tratar a questão, que criem incentivos e regras para diminuir os danos causados pelas drogas e aumentar seus benefícios (como os usos terapêuticos da maconha e heroína). Deve-se então abandonar aqueles discursos e ideologias repressivas e tratar a questão com mais consciência crítica.

Como já reconhecido pelos próprios atores do proibicionismo, o problema não está nas substâncias em si, mas nas formas em que elas são utilizadas e distribuídas. Com a legalização, é possível controlar e regulamentar sua produção, distribuição e evitar o abuso, com conscientização, oferta de tratamento, etc. Trata-se da política de redução de danos, baseada principalmente na alteridade e na conscientização.

Nosso sistema atual estimula o tráfico, que cobra caro pelos seus “produtos”, a violência, a corrupção, etc. Países como Holanda, Espanha, Portugal e Suíça já possuem sistemas melhores, que geram menos violência e melhor qualidade de vida aos cidadãos.⁶

Ressalta-se, por fim, que não se trata de copiar modelos internacionais, mas da sociedade brasileira como um todo, se organizar para buscar as melhores soluções possíveis para a questão, de modo a criar um sistema que seja o melhor possível para o maior número possível de pessoas. Assim, encerra-se este breve estudo, com esperança de semear algum conhecimento para combater a cegueira da ignorância punitiva.

⁶ Cf. BURGIERMAN, 2011.

REFERÊNCIAS

BURGIERMAN, Denis R. (2011) O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya.

CARVALHO, Salo de. (2010) A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

ESCOHOTADO, Antonio. (2004) História elementar das drogas. Tradução de José Colaço Barreiros. Lisboa: Antígona.

FOUCAULT, Michel. (1999) Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes.

_____. (2000) Microfísica do poder. Organização, introdução e revisão técnica por Roberto Machado. 15. ed. Rio de Janeiro: Graal.

KARAM, Maria Lúcia. (1991) De crimes, penas e fantasias. Niterói: Luam.

_____. (2009) Proibições, riscos, danos e enganoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MOTA, Thiago. (2008) O conceito de genealogia em Nietzsche. In: Revista Intuito, v.1 n. 2. Porto Alegre, nov. 2008, pp. 308-328.

NIETZSCHE, Friedrich. (2009) Genealogia da moral: uma polêmica. Tradução por Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras.

Recebido em 28/01/2016 – Aprovado em 21/08/2017

O FIM DA ROTULAGEM DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS E O DIREITO À INFORMAÇÃO CONSAGRADO PELO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*THE END OF TRANSGENIC FOOD LABELING AND THE RIGHT
TO INFORMATION CONSERVED BY THE CONSUMER DEFENSE
CODE IN THE LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988*

Ingrid de Lima Barbosa¹

Daniel Monteiro Silva²

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Técnica em Controle Ambiental pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Estado do Rio Grande do Norte (IFRN). E-mail: ideelima@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (UNP). Bacharel em Direito pela Universidade Potiguar (UNP). Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogado. E-mail: danielm_adv@hotmail.com

RESUMO: O Projeto de Lei nº 4.148/08 pretende acabar com a exigência do símbolo “T” na embalagem de produtos que contenham mais de um por cento de transgênicos na sua composição, em razão da suposta carga negativa que este apresenta, indo de encontro com o que preconiza a Lei de Biossegurança, o Código de Defesa do Consumidor, bem como a Constituição Federal. Assim, objetiva-se analisar as consequências acarretadas aos consumidores caso o projeto seja sancionado, bem como a afronta a preceitos fundamentais elencados na Carta Magna e demais dispositivos legais, por meio do método indutivo de pesquisa, com apoio no acervo bibliográfico disponível. Concluiu-se que, além de afrontar o que preconiza o Código de Defesa do Consumidor, há também violação ao Protocolo de Cartagena sobre a Biossegurança e, ainda, inconstitucionalidade material do Projeto de Lei nº 4.148/08, decorrente da afronta aos artigos 5º, XIV e XXXII e 170, V da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Transgênicos. Projeto de Lei nº 4.148/08. Código do Consumidor. Constituição Federal.

ABSTRACT: Bill No. 4.148/08 intends to eliminate the requirement for the “T” symbol in the packaging of products containing more than one percent of GMOs in its composition, due to the alleged negative charge that it presents, going against what is advocated by the Biosafety Law, the Consumer Defense Code, as well as the Federal Constitution. Thus, the objective is to analyze the consequences to consumers, in case the bill is eventually sanctioned, as well as if there is an affront to the fundamental precepts listed in the Magna Carta and other legal diplomas, through the

inductive method of research supported by the bibliographic collection available. It was concluded that, in addition to confronting the provisions of the Consumer Defense Code, there is also a violation of the Cartagena Protocol on Biosafety, as well as the material unconstitutionality of Bill No. 4.148/08, resulting from the affront to articles 5, XIV and XXXII, and 170, V of the Constitution.

KEYWORDS: Transgenic. Bill nº 4.148/08. Consumer Defense Code. Federal Constitution.

1. INTRODUÇÃO

Na busca pelo aprimoramento da produção agrícola, a biotecnologia tem sido o instrumento utilizado pelas empresas com o fito de honrar a ordem capitalista. É neste cenário que os Organismos Geneticamente Modificados (OGM's), compostos alterados geneticamente, e os Transgênicos, oriundos da transposição/introdução de material genético de uma espécie em outra, surgem como os principais produtos de mercado dos grandes agricultores, tendo em vista que com o uso dessa tecnologia se tornou possível adequar um determinado cultivo às condições apresentadas pelo ambiente.

Diante dessa nova tecnologia, a produção legislativa procurou solucionar muitos problemas e sanar dúvidas acerca da manutenção de tais produtos, pois apesar dos inúmeros testes e pesquisas desenvolvidas no mundo inteiro, não há ainda certeza sobre a existência ou não de riscos. Desse modo, a Lei de Biossegurança veio para regular toda atividade atri-

buída aos OGM's, sendo considerada uma forma de prevenir problemas maiores, enquanto não há ainda estudos conclusivos sobre os riscos à saúde e ao meio ambiente.

Anteriormente a essa lei, já havia o Decreto nº 4.680/2003 que regulamenta o modo como a informação quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados deve ser passada aos consumidores. Tal norma foi alvo de diversas críticas por parte de cientistas, empresários e produtores rurais que descartavam os riscos dos alimentos transgênicos e elencavam os benefícios de sua produção e consumo. Neste sentido, alegam que a rotulagem dos produtos que contêm OGM's acaba por trazer uma carga negativa para a sua imagem, o que causaria medo e desconfiança nos consumidores que, não raro, desconhecem o significado do símbolo.

Na esteira deste raciocínio, o Deputado Federal Luís Carlos Heinze colocou em pauta³ o Projeto de Lei nº 4.148/08, que tem por objetivo principal acabar com a exigência do símbolo "T" na embalagem de produtos que contenham mais de um por cento (1%), em análise específica, na sua composição de OGM's. Em substituição ao símbolo, seria colocada uma expressão indicadora da composição do produto, que, segundo a última redação do Projeto de Lei⁴, poderá ser "(nome do produto) transgênico" ou "contém (nome do ingrediente) transgênico". Nota-se, a priori, que além de dificultar a detecção do componente transgênico no produto a ser consumido, está se trocando um símbolo visualmente mais chamativo e, portanto, de

³ Em 16 de outubro de 2008, o Deputado Federal Luís Carlos Heinze (PP-RS), apresentou ao plenário o Projeto de Lei nº 11.418.

⁴ Em 28 de abril de 2015, em sessão deliberativa extraordinária, a Câmara dos Deputados aprovou a redação final do Projeto de Lei, com relatoria do Deputado Federal Ricardo Barros (PP-RS), com parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

mais fácil visualização, por um texto que facilmente passará despercebido, o que viola duplamente o direito do consumidor à informação adequada e clara. Por que esconder essa informação do consumidor? Talvez essa deva ser a primeira pergunta.

De acordo com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), um dos direitos básicos do consumidor é a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, configurando uma prerrogativa essencial para o bom funcionamento da relação fornecedor-consumidor, tendo em vista que só um consumidor inteiramente informado pode bem desempenhar a liberdade, pressuposto do ato de consumo. A partir deste dever fundamental repousado, entre outros, no princípio da boa-fé das relações de consumo, no princípio da ampla informação e no princípio da vulnerabilidade do consumidor, nasce para o consumidor, parte mais frágil da relação consumerista, a pretensão de exigir do Estado medidas que tornem essas relações mais seguras e menos danosas. Diante deste cenário, por meio de método indutivo com apoio no acervo bibliográfico, este artigo tem o objetivo de analisar as consequências (positivas e negativas), caso o Projeto de Lei nº 4.148/08 (originário) seja sancionado. Ademais, indo além de uma investigação pautada no CDC, pretende averiguar se tal dispositivo afronta preceitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 e diplomas internacionais.

2. O QUE SÃO ALIMENTOS TRANSGÊNICOS?

Os Organismos Geneticamente Modificados (OGM's) surgiram em 1973 quando dois cientistas chamados Stanley Cohen e Herbert Boyer, co-

ordenando um grupo de pesquisa em Stanford e na University of California, caminharam em direção a um dos mais polêmicos avanços da engenharia genética. No desenvolvimento de seus estudos, o referido grupo de pesquisadores conseguiu transferir o gene de rã para a bactéria, utilizando a técnica do DNA recombinante (ALVES, 2004).

Os transgênicos são organismos compostos por diversos materiais genéticos. A criação de transgênicos tem o objetivo de desenvolver novas e melhores características no organismo originário, pois a combinação obtida pela engenharia genética não é possível pelos métodos naturais. Dessa forma, com a junção de partes específicas do código genético de cada espécie, esses especialistas constroem o organismo perfeito para determinado fim, técnica em que podem ser misturados genes de espécies distintas, como a inserção de um gene de uma bactéria numa planta. Assim, pode-se definir o Transgênico como o resultado da combinação, por meio de técnicas de engenharia genética, de genes específicos de espécies distintas, gerando, portanto, uma mudança na estrutura de seu código genético, com o fim de obter um organismo com melhores aptidões e qualidades para o comércio e consumo.⁵

O cultivo de transgênicos no Brasil foi autorizado em 13 de junho de 2003, sendo o primeiro organismo geneticamente modificado cultivado a soja RoundUp Ready, da Monsanto. A partir de então, os OGM's conquistaram espaço e notoriedade no setor agrícola do país, o que contribuiu para a utilização cada vez mais crescente de agrotóxicos (THUSWOHL, 2013). A técnica da transgenia possui várias aplicações científicas, uma delas seriam

⁵ Salienta-se a diferença entre o termo OGM e transgênico: o primeiro é obtido por meio da inserção de um gene de um ser vivo da mesma espécie do organismo alvo; já o segundo, é o produto da combinação de genes de espécies distintas, tendo o termo sido utilizado pela primeira vez em 1983 na Universidade da Pensilvânia (ALVES, 2004).

os alimentos transgênicos. Tais alimentos são modificados geneticamente para a melhoria de sua qualidade e aumento da resistência às pragas e aos herbicidas, principalmente. Contudo, embora haja o forte apelo dos benefícios trazidos por essa tecnologia, o objetivo maior que rege toda a sua produção é o lucro.

3. RISCO E BENEFÍCIOS (POSICIONAMENTOS)

O principal argumento levantado para a defesa dos alimentos transgênicos é o de que a sua produção irá reduzir o problema da fome, tendo em vista que a preocupação dos agricultores é o aumento da produtividade juntamente com o aumento da qualidade dos alimentos produzidos (ECO, 2013). Ocorre que o problema da fome não se traduz somente à escassez dos alimentos, devendo acrescentar também a má distribuição dos alimentos entre os povos devido aos índices ainda alarmantes de pobreza no mundo.⁶ Desse modo, além de uma produção diferenciada, seria necessária toda uma reestruturação política nos países para a verdadeira redução da fome no mundo, o que não envolve somente o setor agrícola, mas até mesmo a questão cultural.

Outro argumento ventilado é o da redução de custos na produção agrícola, sendo oportunizadas melhorias econômicas, com a diminuição do risco da perda da safra por ataques de pragas. Tal benefício se reverteria aos consumidores que obteriam alimentos mais baratos e em maior quan-

⁶ Segundo o relatório da Organização das Nações Unidas sobre Financiamento para o Desenvolvimento 2017, divulgado em 22 de maio de 2017, 6,5% da população global continuará na pobreza extrema até 2030, se a atual taxa de crescimento e políticas para o setor permanecer inalterada. (JÚNIOR, 2017).

tidade (SILVA, 2014). Nesse sentido, há também a alegação da redução do uso de agrotóxicos e fertilizantes, o que diminuiria os danos gerados ao ecossistema a cada cultivo. Contudo, o que se tem observado é exatamente o contrário: com o cultivo de sementes transgênicas, há um aumento da resistência das ervas daninhas e dos insetos/pragas, contribuindo para o aumento das doses de agrotóxicos utilizadas a cada cultivo⁷ (ECO, 2013). Com efeito, atualmente, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os cultivos transgênicos abarcam 54% dos 74 milhões de hectares cultivados no país. Daí decorre que, entre 2000 e 2012, houve um aumento do consumo de agrotóxicos na faixa de 288%. (TAUTZ, 2015).

Acresça-se que o uso de sementes transgênicas afeta diretamente a biodiversidade, pois tais espécies se apresentam como fortes candidatas à resistência à seleção natural, competindo fortemente com as espécies naturais, como também há o fator da contaminação das espécies naturais pelas espécies transgênicas, por meio da polinização cruzada (ECO, 2013).⁸

Além desses, outros benefícios podem ser citados:

a) Aumento da produtividade da colheita: maior resistência às doenças e às pragas (SILVA, 2014).

b) Criação de novos tipos de terapias e medicamentos (FLORIANI, [20--]).

c) No tocante à preservação, tem-se que as modificações genéticas pelas quais os alimentos passam estendem a sua vida útil (NUTRICASH, 2010).

Quanto aos riscos que tais transformações podem acarretar, estes podem ser organizados em quatro áreas, pelo menos, quais sejam: saúde,

⁷ Hoje, a soja produzida no Brasil contém cinquenta vezes mais agrotóxicos do que em 1998 (SALAZAR, 2010).

⁸ Transferência do pólen da antera para o estigma de uma flor situada em outra planta da mesma espécie (EMBRAPA, [20--]).

economia, conservação e cultura.

Em 2005, mais de um milhão de europeus assinaram uma petição solicitando a divulgação de informações sobre as consequências do consumo de alimentos geneticamente modificados para a saúde humana (GREENPEACE, 2007). A preocupação está centrada na potencialidade desses alimentos em produzir alergias em pessoas suscetíveis, principalmente em crianças, e promover resistência a antibióticos usados pelo homem, devido à sua toxicidade (IDEC, [201-]).

A produção de transgênicos apresenta resultados positivos para a indústria agrícola: no Brasil, segundo o levantamento da Consultoria Britânica PG Economics, entre 2013 e 2015, o incremento econômico gerado pela produção transgênica chegou a R\$52 bilhões (SF AGRO, 2017). Assim, do ponto de vista econômico, tais produtos passaram a ser os preferidos dos agricultores, o que ocasionou uma dependência das empresas que os comercializam. Ademais, observa-se que a existência de patenteamento desses genes por poucas empresas de biotecnologia pode gerar o monopólio de poucos sobre o patrimônio genético necessário a toda a população (FROTA, 2010).

No tocante aos riscos de conservação e culturais, tem-se que as técnicas agrícolas que antes eram utilizadas pela agricultura passaram por transformações na dinâmica de cultivo. Prova disso é a contaminação irreversível gerada pelo plantio de sementes modificadas geneticamente, posto que o desenvolvimento de espécies com maior capacidade de resistência às intempéries provoca a extinção de variedades endêmicas e silvestres. Diante disto, cresce no mundo a preocupação quanto ao consumo desses alimentos de forma desregulada, tendo em vista que ainda há insegurança nas informações divulgadas e as consequências da produção/consumo

desenfreados desses alimentos têm causado consequências negativas para a saúde e o meio ambiente.

3. OS TRANSGÊNICOS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito ao meio ambiente como direito de terceira geração já se encontra assentado em nosso ordenamento jurídico⁹, merecendo destaque que, além da individualidade de cada um, tal direito deve ser preservado por todos, e condicionado o exercício das atividades do mundo globalizado à adequação das necessidades do ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que de tal conquista todos os seres humanos dependem:

Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2004, p.569).

A Constituição Federal, nos incisos II e IV do §1º do artigo 225, prevê a necessidade de preservação da integridade e da diversidade do patrimônio genético do país, ressaltando o dever do Estado de fiscalizar as entidades

9 “Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração” (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 134.297-8/SP. Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22/11/1995, p. 30.59).

responsáveis pela pesquisa e manipulação genética, bem como a exigência de realização de Estudo de Impacto Ambiental prévio para instalação de obra ou atividade caracterizada como potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Um dos aspectos da atuação do Estado na preservação do meio ambiente pátrio concerne à fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, o que se relaciona diretamente com a produção de sementes transgênicas, uma vez que se tem usado da capacidade de modificar a composição genética de uma planta como um meio para a dominação do mercado agrícola (PINTO, 2006).

Outra ressalva do Texto Constitucional é o dever de disseminar a informação sobre os ônus e os bônus eventualmente verificados quando do desenvolvimento dessa atividade, posto que, conforme preceitua o artigo 225 da CF, é função do Estado salvaguardar o meio ambiente de qualquer tipo de degradação, incluindo aí, principalmente, as atividades econômicas que poderão trazer modificações impactantes para a estabilidade do meio ambiente. Nesse prisma de abordagem, o princípio da precaução acima mencionado está diretamente relacionado com o Estudo de Impacto Ambiental, posto que, conforme o inciso IV do artigo 225 da CF, caso seja verificada a iminência de risco ou prejuízo aos ecossistemas e às espécies, resultante de determinada atividade econômica ou não, é do Estado a obrigação de analisar as circunstâncias para a realização dessa atividade com o fim de evitar eventual dano, seja ele irreparável ou não. Já se tem indícios, atualmente, de que o cultivo de transgênicos gera grandes modificações na plantação, conforme já se discutiu acima. Dessa forma, a proteção do meio ambiente pelo Estado deve ser global, ou seja, deve-se promover a fiscalização da aplicação das políticas desenvolvidas com base nas disposições da Carta Magna, em face do Princípio da Precaução.

4. LEI Nº 11.105/2005 - LEI DE BIOSSEGURANÇA

Em 24 de março de 2005, foi sancionada a Lei nº 11.105/2005, intitulada Lei de Biossegurança. Tal dispositivo veio para regulamentar o artigo 225, §1º, incisos II, IV e V da Constituição Federal, além de estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados.

A Convenção Quadro sobre a Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro em cinco de junho de 1992, promulgada pelo Decreto nº 2.519 de 16 de março de 1998, traz em seu artigo 8 (Conservação *in situ*), alínea “g”, que “cada parte deve estabelecer ou manter os meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados”. Desta forma, o Brasil, colocando em prática o que fora acordado na aludida Convenção, promulgou em 1995 a primeira lei nacional sobre o uso de técnicas de engenharia genética e sobre a liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, Lei nº 8.974/1995. Tal diploma, portanto, regulamentou o artigo 225, §1º, incisos II e V da Constituição Cidadã.

Mais tarde, a Lei nº 8.974/1995 foi revogada pela Lei nº 11.105/2005, que ampliou o tratamento dado ao assunto, inovando-o em vários aspectos, dentre os quais podemos destacar a inserção clara do Princípio da Precaução como um dos corolários que regem a Lei de Biossegurança, conforme dispõe seu artigo 1º¹⁰ (FROTA, 2010). O Princípio da Precaução tem como

10 Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM’s e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção

finalidade a proteção do meio ambiente baseada no poder da cautela. Consiste, portanto, na aplicação de medidas acautelatórias em casos em que haja riscos significativos para o meio ambiente, mesmo que não haja estudos científicos que comprovem a gravidade ou, até mesmo, a probabilidade de existência desses riscos. É com base nesse princípio que a Lei nº 11.105/2005 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização para as atividades que envolvem os OGM's (FROTA, 2010).

Entre seus objetivos, nota-se que a vida e saúde humana, animal e vegetal são suas preferências, pois essa lei está preocupada com a conservação da diversidade biológica do país. O Brasil é um país rico em biodiversidade com 23% de toda a biodiversidade admitida em nosso planeta (FROTA, 2010).

Dessa forma, diante da grande riqueza biológica que o Brasil possui, é grande a responsabilidade em conhecer os efeitos da produção, liberação e consumo de alimentos transgênicos. Salienta-se, nesse sentido, que, além dos efeitos negativos já citados, acrescenta-se a provável perda do banco de germoplasma¹¹ nativo quando se cultiva sementes transgênicas em áreas de grande importância ambiental (FROTA, 2010). Por outro lado, a Lei de Biossegurança, ao regular o artigo 225, §1º, inciso V da CF, trata dos potenciais riscos causados pelos alimentos transgênicos, com o objetivo de evitar efeitos desastrosos na saúde humana, animal e vegetal. Dessa forma, em seu artigo 7º, inciso II, se torna obrigatória “a notificação imediata à CTNBio e às autoridades da saúde pública, da defesa agropecuária e do meio ambiente sobre acidente que possa provocar a disseminação de OGM

à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

11 “Material que constitui a base física da herança sendo transmitida de uma geração para outra. Significa a matéria onde se encontra um princípio que pode crescer e se desenvolver, sendo definido ainda, como a soma total dos materiais hereditários de uma espécie” (EMBRAPA, [20--]).

e seus derivados”.

Nesse prisma de abordagem, destaca-se a necessidade de se garantir o acesso à informação como uma ferramenta de vital importância para a sociedade, uma vez que esse direito não está sendo tratado com o respeito que deveria: poucos consumidores sabem o que são os OGM's, produtos transgênicos e muito menos o que é a biotecnologia¹². Desse modo, os cidadãos não sabem, na maioria das vezes, de onde provêm seus alimentos nem os riscos que estão sujeitos caso possuam algum tipo de alergia ou outra restrição. Por isso, foi promulgado o Decreto nº 4.680/2003 que regulamenta o processo de rotulagem dos alimentos que contêm elementos transgênicos numa dosagem acima de um por cento, aspecto que será aprofundado no próximo tópico.

5. DECRETO Nº 4.680/2003 – “DECRETO DE ROTULAGEM”

Em 24 de abril de 2003, foi promulgado o chamado “Decreto de Rotulagem” que regulamenta o direito à informação quanto aos alimentos e componentes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM's que sejam destinados ao consumo humano ou animal.

De acordo com o artigo 2º¹³ desse Decreto, todo alimento ou ingre-

12 “Biotecnologia: qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica.” (ONU, Convenção de Biodiversidade de 1992, artigo 2).

13 “Art. 2º Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto.”

diente alimentar que se destine ao consumo humano ou animal, que apresente OGM's em sua composição acima de 1% deve conter a informação da natureza transgênica desse produto. Assim, no rótulo da embalagem ou do recipiente do produto deve constar, em destaque, no painel principal juntamente com o símbolo que foi escolhido pelo Ministério da Justiça, uma das seguintes expressões, a depender do caso: “(nome do produto) transgênico”, “contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico (s)” ou “produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico” (BRASIL, 2003). Tais informações devem constar também do documento fiscal (nota fiscal), assegurando que este aviso acompanhe o produto ou ingrediente em todas as fases da cadeia produtiva, sem prejuízo de eventual redução do percentual por decisão da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio. No caso de o alimento ou ingrediente ser produzido a partir de animais alimentados com ração que contenha componentes transgênicos, deverá ser apostado no painel principal, em tamanho e destaque conforme o artigo 2º, a seguinte expressão: “(nome do animal) alimentado com ração contendo ingrediente transgênico” ou “(nome do ingrediente) produzido a partir de animal alimentado com ração contendo ingrediente transgênico” (BRASIL, 2003).

Apesar do avanço, muito se se falou sobre a possível inconstitucionalidade do artigo 2º do referido Decreto, que estabelece que os produtos com quantidade inferior a 1% de componentes transgênicos não estariam submetidos à regra de obrigatoriedade da informação em suas embalagens, o que poderia levar o consumidor a erro no momento da compra por não saber o que estaria consumindo (BRANDÃO, 2011). Segundo o Código de Defesa do Consumidor, todo e qualquer produto que seja considerado nocivo ou representar perigo à saúde e à segurança do consumidor, dependendo do

nível do risco, deve ser comercializado com a respectiva informação não só nos rótulos, mas na televisão, rádio, jornais e etc.

O direito à informação, positivado no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal é uma das formas de expressão do princípio da transparência, atrelado ao princípio da boa-fé e ao princípio da confiança, trazido no CDC. É direito básico do consumidor ser veiculada a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (artigo 6º, III do CDC).

Até 2001, somente os produtos que continham em sua composição quatro por cento (4%) de OGM's deveriam ser rotulados com a informação na embalagem. Assim, somente em 2003, com a edição do Decreto nº 4.680/2003, essa porcentagem foi reduzida, o que garante maior margem a segurança do consumidor. Ocorre que esse diploma, em seu artigo 2º, estabeleceu como parâmetro 1% para apor ou não a informação no rótulo do produto. Diante dessa normativa, vozes se levantaram, o que levou, por fim, ao ingresso da ação civil pública nº 0000471-35.2007.4.01.4000 na Justiça Federal pelo Procurador da República no Piauí, Tranvanvan Feitosa, em desfavor de empresa de alimentos e da União, em razão do descumprimento no que concerne às informações nos rótulos dos OGM's. Ao fim da ação, o Ministério Público obteve decisão favorável proferida pelo juiz federal Régis de Souza Araújo, da 3ª Vara Federal, na qual ficou decidido que a União deveria fiscalizar e controlar a comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM's, bem como verificar se há informação objetiva e clara ao consumidor, independentemente do percentual existente (PORTAL O DIA, 2010).

Com efeito, os alimentos transgênicos podem causar efeitos adversos no ser humano e no meio ambiente, uma vez que há o risco na produção desses produtos pela manipulação dos genes das diversas espécies, de sorte a não caber restrição de porcentagem na composição do produto para a veiculação no rótulo do alimento da informação. Assim, é possível inferir que o artigo 2º do Decreto nº 4.680/2003 padece de inconstitucionalidade material no que toca ao trecho “*com presença acima do limite de um por cento do produto*”, vez que, ao mesmo tempo em que assegura o direito à informação do consumidor na aquisição de produto que em sua composição possua OGM’s, limita-o ao percentual de “um por cento”, em detrimento do direito à informação, consagrado pela Carta Magna. Melhor seria se, independente da porcentagem do componente geneticamente modificado, fosse obrigatória a veiculação da informação de forma a proteger os consumidores de surpresas desagradáveis. Portanto, acertadamente, o Procurador da República do Piauí requereu a declaração de inconstitucionalidade de tal norma, e o juiz federal Régis de Souza Araújo corroborou¹⁴, porquanto se trata de violação ao direito à informação, constitucionalmente protegido.

5.1 Portaria do Ministério da Justiça nº 2658/2003

No uso das suas atribuições, conforme previsto no §1º do artigo 2º do Decreto nº 4.680/2003, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça sugeriu um símbolo para ser afixado nas

¹⁴ Em 24 de outubro de 2012, o agravo retido e as apelações interpostas pela União e pela empresa de alimentos foram julgados improvidos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Em 07 de março de 2014, foram interpostos recursos especial e extraordinário. Em 16 de agosto de 2016, o processo foi recebido pela assessoria de recursos especiais e extraordinários. Não consta no sistema qualquer decisão sobre a admissibilidade recursal (<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200740000004716&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>).

embalagens dos produtos transgênicos, por meio de consulta pública em outubro de 2003 para a coleta de sugestões das pessoas físicas e jurídicas. O objetivo almejado pela Portaria é o mesmo partilhado pelo Decreto referido, de modo que busca a concretização daquela previsão normativa, ou seja, proteger o consumidor de eventuais prejuízos decorrentes da falta de informações nos alimentos que contenham organismos transgênicos, sendo, portanto, adequada ao propósito visado.

A afixação de um símbolo na embalagem que identifique a presença de OGM's no alimento não acarreta grandes danos ao produtor ou fornecedor, afigurando-se como uma forma de prevenção contra futuras responsabilidades. Ademais, não se verifica outra possibilidade igualmente competente para o objetivo, uma vez que essa se mostra adequada e necessária ao objetivo da Portaria. De tal modo, com o objetivo de definir o símbolo de que trata o artigo 2º daquele Decreto, em dezembro de 2003, o Ministério da Justiça elaborou a Portaria nº 2658, com os principais conceitos relacionados à divulgação adequada dessa informação, bem assim, a configuração gráfica do símbolo a ser colocado em todo e qualquer produto que contenha elementos transgênicos acima da porcentagem permitida.

Ficou estabelecido que o símbolo deveria ser colocado no painel principal, em destaque e em contraste de cores, com o fim de garantir a visibilidade adequada ao objetivo; o triângulo, símbolo escolhido, deverá ser equilátero (todos os lados iguais); o padrão cromático do triângulo deve obedecer as seguintes proporções: a) bordas do triângulo: 100% preto; b) fundo interno do triângulo: 100% amarelo; a fonte da letra T deverá ser baseada na família de tipos Frutiger, bold, em caixa alta (BRASIL, 2003). Para asseverar que o consumidor tenha ampla visibilidade da informação passada, foram estabelecidas as dimensões mínimas que o símbolo deve

ter: a área deve ser de, no mínimo, 0,4% da área do painel principal, não devendo ser inferior a 10,82531mm² (BRASIL, 2003). O símbolo, portanto, tem a ser da seguinte forma:



Figura 1: Símbolo transgênico nas embalagens (COZZI, 2012).

A aposição do símbolo acima na embalagem dos produtos é claramente visível ao consumidor, sem trazer grande ônus ao fornecedor, que estará cumprindo com seu dever. Como outras informações são prestadas ao consumidor pela embalagem, o meio escolhido se mostra razoável e condizente com os objetivos disciplinados na Constituição Federal e na Lei de Biossegurança, visto que o símbolo “T” é de fácil visualização, inclusive para pessoas com dificuldade visual e na leitura.

6. PROJETO DE LEI Nº 4.148/08

Em 28 de abril de 2015, foi aprovado pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.148/08 de autoria do Deputado Federal Luís Carlos Heinze (PP-RS), que retira a obrigatoriedade do uso do símbolo da transgenia nas embalagens dos produtos que contenham compostos geneticamente modificados, o qual foi encaminhado ao Senado Federal, onde aguarda a

aprovação do parecer da Comissão de Agricultura e Reforma Agrária, até o momento favorável à proposta, ponto que não foi observado até o fechamento desta pesquisa.

Na prática, este Projeto de Lei pretende revogar o Decreto nº 4.680/03 e o artigo 40 da Lei de Biossegurança (BRASIL, 2015a), uma vez que altera a redação do mencionado artigo, acrescentando parágrafos, e extingue a necessidade de aposição do símbolo hoje utilizado, desobriga a rotulagem de produtos de origem animal alimentados com produtos transgênicos, bem como condiciona a informação da composição transgênica do produto à detecção em análise específica, o que, na prática, impedirá a confirmação da composição do alimento, visto que no produto industrializado dificilmente se encontrará o DNA inteiro para análise.¹⁵

Assim, de acordo com o Projeto de Lei, o artigo 40 da Lei de Biossegurança passará a ter a seguinte redação (BRASIL, 2015):

Art. 40. Os rótulos dos alimentos e dos ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, oferecidos em embalagem de consumo final, que contêm ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados com presença superior a 1% (um por cento) de sua composição final, detectada em análise específica, conforme regulamento, deverão informar ao consumidor a natureza transgênica do alimento.

Desta forma, a informação de que trata a nova redação do artigo 40º da Lei nº 11.105/2005 deverá ser repassada aos consumidores de forma grafada, em destaque e legível, sem utilizar um símbolo, pois, conforme defende o

15 Conclusão da Dra. Ana Paula Bortoletto, pesquisadora em Alimentos do Instituto de Defesa do consumidor – IDEC e participante na Audiência Pública ocorrida em 12 de agosto de 2015 para instrução da votação do PL nº 34/2015 (PL 11.418/2008), e citada, em seu discurso, pelo Dr. Maurício Guetta, Advogado do Instituto Socioambiental – ISA, também participante.

Deputado Federal autor do presente Projeto de Lei, o regramento atual induz a erro, provoca falso entendimento e é de conteúdo inútil, sem atingir seu objetivo de esclarecer, mas de confundir e impingir no consumidor fundado temor sobre a composição daquele produto (BRASIL, 2008). Sob o argumento de que a indicação da espécie doadora do gene ser confusa e não se prestar ao seu objetivo, qual seja, informar ao consumidor com clareza e objetividade, acredita-se não ser necessário colocar nas embalagens dos produtos o símbolo já definido, pois não traz nenhum benefício ao consumidor.

Para o redator do Projeto de Lei, o uso do símbolo definido pelo Ministério da Justiça traz inúmeros malefícios para a economia brasileira, tendo em vista que o Brasil é o único país do mundo a adotar um símbolo que serve de alerta para os consumidores quanto a produtos aprovados para consumo humano. Ademais, segundo afirma, o uso de tal símbolo apenas agrega valor negativo ao produto, pois o conjunto formado pela cor, formato e tamanho transmitem uma mensagem de risco e dano (BRASIL, 2008). Nessa esteira de raciocínio, a obrigatoriedade de rotulagem de produtos derivados de animais alimentados com produtos que contêm OGM's seria considerada de todo desproporcional, podendo causar problemas financeiros para os produtores e exportadores ao criar especial "tarifa alfandegária" que, de certa forma, barra as transações comerciais internacionais.

6.1 Atual estágio do Projeto de Lei nº 4.148/08

O tema, aprovado com 320 votos a 135, na forma de uma emenda do deputado Valdir Colatto (PMDB-SC), seguiu para o Senado com novo número, PL nº 34 de 2015, onde aguarda a aprovação do parecer da Comissão de Agricultura e Reforma Agrária, até o momento favorável à apro-

vação do referido Projeto de Lei. A discussão, no processo de aprovação na Câmara dos Deputados e no Senado, levantou e ainda suscita diversos pontos e posições divergentes. Para alguns, o Projeto de Lei cassa o direito à informação, assegurado ao consumidor pela Lei nº 8.078/90, beneficiando apenas as multinacionais no ramo do agronegócio que vendem sementes transgênicas (BRASIL, 2015a). Para outros, o uso desse símbolo é uma espécie de discriminação que arruína a economia brasileira e o direito de escolha do consumidor que fica tolhido de tomar uma decisão consciente por ser induzido a pensar que os alimentos transgênicos em geral fazem mal à saúde (BRASIL, 2015a).

No Senado Federal, a proposta já foi analisada pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, a qual votou pela sua rejeição, haja vista que o resultado configuraria a total ausência de rotulagem em razão da dificuldade de se detectar o percentual de transgênicos nos alimentos, bem como a dificuldade de o consumidor identificar a origem do produto a ser consumido, o que viola seu direito à informação. Ana Paula Bortoletto, na audiência pública realizada em 12 de agosto de 2015 no Senado Federal, ao analisar o símbolo que representa os transgênicos, informou, inclusive, que o amarelo, por se tratar de uma cor expansiva, atrai o olhar das pessoas, e ainda é utilizada em diversos contextos, para chamar a atenção do interlocutor. No caso do símbolo “T” nas embalagens, este tem função didática, não de advertência ou para sinalizar eminente perigo, devendo vir em conjunto com a informação verbal “*transgênicos*” para uma melhor compreensão.

É, portanto, imperioso refletir detidamente sobre o impacto que pode ser gerado, caso o Projeto de Lei em comento seja aprovado, pois, embora estudos apontem que os alimentos transgênicos são seguros, o consumidor,

para exercer o direito de escolha, precisa ser cientificado do que está consumindo, uma vez que a rotulagem não serve ao propósito de imputar medo aos consumidores, mas a informá-los adequadamente sobre a composição dos produtos, com base no princípio da precaução.

7. PROJETO DE LEI Nº 4.148/08 E O CDC: UMA AFRONTA AO DIREITO À INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO?

Adotar um sistema de rotulagem que atenda ao que preconiza o Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC - apresenta dificuldades superáveis. Este diploma, voltado à proteção daqueles que numa relação comercial se apresentam mais vulneráveis às vicissitudes do caso concreto, preceitua que o consumidor deverá ser informado plenamente sobre o produto que consome ou irá consumir. Assim, a rotulagem dos alimentos transgênicos é de grande importância para a concretização desse mandamento legal. Sabe-se, com certeza, que o sistema de rotulagem terá um custo e que a existência deste não pode superar a necessidade imperiosa de informar claramente ao consumidor, pois também é fato que o comércio de transgênicos possui o objetivo maior de obter lucro. Deve-se, então, incluir o ônus com a divulgação da informação no rol dos custos da produção dos alimentos geneticamente modificados (FREITAS FILHO, 2003).

A rastreabilidade dos alimentos transgênicos advém do CDC, pois a responsabilidade do consumidor é solidária, ou seja, é compartilhada por toda a cadeia produtiva (FREITAS FILHO, 2003). Deste modo, a divulgação da informação do produtor ao vendedor, e deste para o consumidor, irá

beneficiar a todos, pois é uma garantia para este último e uma segurança para o primeiro. No caso de produtos *in natura*, a solução também se mostra fácil: basta que o vendedor passe a informação ao consumidor no ato da compra, salvaguardando seu direito à informação. Para tanto, é necessário que o fornecedor primário inicie na cadeia produtiva a veiculação da informação, conduta inerente à sua atividade.

A Resolução da Organização das Nações Unidas 39/248¹⁶ prevê como um dos direitos básicos do consumidor o direito à informação, e, no Título IV, item 69, que é dever dos governos implementar políticas de proteção do consumidor, respeitando o livre comércio (UNITED STATES, 2003). Destarte, por ser um direito básico do consumidor, reconhecido internacionalmente, não há que se falar em entrave ao comércio internacional. O consumo de alimentos transgênicos pode apresentar riscos, conforme foi relatado acima, e tais riscos precisam ser minimizados pelas indústrias agrícolas que apresentam estudos favoráveis ao consumo desses produtos, vez que há também estudos que apontam inúmeros, motivos para não os consumir, e se deve ter em mente que, futuramente, pode haver outros que confirmem a imprevisibilidade dos alimentos geneticamente modificados.

Vale destacar que, em artigo recente, estudiosos afirmaram não haver consenso sobre a segurança ou insegurança dos OGM's. A falta e a natureza paradoxal das evidências científicas discutidas até agora não permitem a formulação de uma alegação conclusiva sobre esse assunto (HILBECK et al., 2015). Deste modo, diante da ausência de acordo sobre a segurança para consumo dos alimentos transgênicos, a necessidade de transmissão de uma informação completa para os consumidores, sem condicionar à análise espe-

¹⁶ “O acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer eleições bem fundadas conforme os desejos e necessidades de cada qual;” (Título II, item 3, “c” da Resolução nº 39/248 da ONU).

cífica, feita no produto final, se torna imperiosa. Da mesma forma, no atual estágio, quando ainda se tem fortes discussões quanto à segurança desses alimentos, é de se supor que o governo, como chefe da segurança do Estado, deva administrar esse risco para proteger o consumidor de eventuais danos. A rotulagem das embalagens dos produtos que contêm OGM's se torna, portanto, uma prioridade para os fornecedores para que o consumidor, no âmbito de sua esfera de proteção, possa fazer uma escolha consciente.

7.1 Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a Constituição

A Constituição Federal apresenta em seu artigo 5º, XXXII, a proteção ao consumidor como um direito fundamental ao dizer que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” No artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por sua vez, anuncia a edição do Código de Defesa do Consumidor, disposição que orientou a edição, três anos depois, da Lei nº 8.078/91, norma voltada a concretizar o disposto na Lei Maior. Em outras passagens para concretizar o princípio-norma acima referenciado, a Carta Maior estabelece competência concorrente para legislar sobre os danos ao consumidor (artigo 24, VIII) e, por fim, insere a defesa do consumidor no rol dos princípios fundadores da Ordem Econômica (artigo 170, V).

No ordenamento jurídico brasileiro, sabe-se que a interpretação e aplicação de uma norma são realizadas a partir do topo da pirâmide das normas, isto é, da Constituição Federal. Logo, o exame do jurista deve partir de cima para baixo, ou seja, para analisar a importância da norma consumerista é necessário verificar a natureza constitucional do direito do consumidor. O direito do consumidor está previsto no artigo 5º, inserido no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o que demonstra a

importância fundamental da proteção a ser dada ao consumidor.

O artigo 5º traz os direitos e garantias mais valiosos para os cidadãos, formando o núcleo valorativo da Carta Magna. Sua importância é tamanha, que os direitos elencados nesse dispositivo são considerados *cláusula pétrea*¹⁷, de modo que não se permite a existência de normas tendentes a abolir. O direito do consumidor, por estar inserido no rol dos direitos e deveres fundamentais, é interpretado como exemplo da cláusula anteriormente citada, e qualquer norma tendente a restringir seu âmbito de eficácia é considerada uma afronta a esse direito na sua forma mais simples, o que nos leva à análise pormenorizada da adequação do Projeto de Lei nº 4.148/08 ao que dispõe a CF/1988 em seu artigo 5º, XXXII, uma vez que tal norma restringe o direito à informação do consumidor quanto à natureza do alimento que irá consumir, sob a premissa da “provada” segurança que esses alimentos apresentam e dos entraves econômicos que a proteção ao consumidor causa aos seus fornecedores.

7.2 Direito do Consumidor à Informação

O dever de informar é princípio fundamental do CDC, consagrado

¹⁷ “A proteção do consumidor está consagrada no art. 5º, inciso XXXII, como um direito e garantia individual, não podendo, portanto, ser abolida mediante emenda constitucional. A vedação abrange a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da defesa do consumidor ou outro direito e garantia individual; basta apenas que haja a proposta de emenda que tenda a abolir aquele princípio. Assim, mudanças que minimizem a sua proteção não são admissíveis” (ADOLFO MAMORU NISHIYAMA, 2010, *apud* SIMÃO, 2016).

“Nesse sentido, repele-se toda e qualquer modificação constitucional que venha a abolir a necessidade de efetiva proteção do consumidor, como realização dos paradigmas de qualidade, segurança e de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro. A preservação da identidade constitucional, pela manutenção das decisões fundamentais do poder constituinte – entre as quais, repita-se, encontra-se a necessidade de proteção do consumidor - com o escopo de preservação de elementos essenciais, insuscetíveis de supressão, é uma meta a ser perseguida, incansavelmente.” (DUQUE, Marcelo Schenk, 2008, *apud* SIMÃO, 2016).

no artigo 6º, III, ao lado do Princípio da Transparência, artigo 4º, *caput*. Com base nesse princípio, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações sobre o produto ou serviço (características, qualidades, riscos, e etc...), de forma clara e precisa, sem falhas ou omissões (NUNES, 2011). Esse dever se tornou primordial independentemente da existência de uma relação consumerista, pois a informação passou a ser um elemento indispensável na composição do produto. Por essa razão, juntamente a esse dever, há a obrigação do fornecedor de oferecer ao consumidor todas as oportunidades de conhecer o produto ou serviço que está no mercado, isto é, pôr em prática o Princípio da Transparência.

O direito à informação possui estreita ligação com o direito à segurança, pois, como o consumidor tem o direito de consumir produtos seguros, é intuitivo que ele possua o direito de lhe ser ofertado toda a informação sobre aquele produto, inclusive sobre os riscos eventuais a que está sujeito. A mais, as informações devem ser organizadas de forma clara e objetiva para que o destinatário final abstraia as conclusões com facilidade (ALMEIDA, 2002). Assim, o direito à informação não é inerente ao momento do pós-consumo, mas deve ser uma etapa a ser vencida antes da celebração do contrato, pois somente nesse caso o consumidor poderá tomar sua decisão livre e conscientemente. Nas palavras de Benjamin (2001, p. 125 *apud* FREITAS FILHO, 2003, p.147).

A informação, no mercado de consumo, é oferecida em dois momentos principais. Há, em primeiro lugar, uma informação que precede (publicidade, por exemplo) ou acompanha (embalagem, por exemplo) o bem de consumo. Em segundo lugar, existe a informação passada no momento da formalização do ato de consumo, isto é, no instante da contratação. Ambos têm o mesmo objetivo, ou seja, preparar o consumidor para um ato de consumo

verdadeiramente consentido, livre, porque fundamentado em informações adequadas.

Se a tomada de decisão do consumidor é feita antes do consumo do produto ou serviço que lhe é oferecido, as informações pertinentes ao produto ou serviço devem ser apresentadas neste momento, sob pena de confundir o consumidor e lhe causar danos. Neste sentido, o CDC traz em seu artigo 31, em detalhes, o que foi preceituado genericamente no artigo 6º, III do mesmo diploma, “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa [...]”. Tal disposição deriva do princípio da boa-fé, que se traduz nos deveres de transparência, lealdade, clareza, por ser uma regra de conduta que determina que as partes deverão agir de acordo com certos parâmetros para atingir o equilíbrio nas relações. A boa-fé objetiva, então, incorporada pelo diploma consumerista, é considerada uma condição para a configuração de uma relação ideal entre as partes, a fim de possibilitar a concretização das regras da Ordem Econômica preceituadas na CF/1988 (NUNES, 2011).

No caso dos alimentos transgênicos, sabe-se que a veiculação da informação sobre a origem do alimento é importante fator no momento da compra do produto. Os consumidores necessitam dessa informação para que, cientes da qualidade do produto que irão consumir, possam realizar uma escolha consciente. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região determinou, em sessão realizada na data de 13/08/2012, que as empresas do ramo de alimentos passassem a informar ao consumidor da existência de componentes transgênicos nos alimentos por elas comercializados, independentemente do percentual ou outro condicionante (Processo

nº 2001.34.00.022280-6/DF)¹⁸. Segundo o Ministério Público Federal, se a comunidade científica tem divergências quanto à segurança ou não desses alimentos, o direito à informação se sobressai (DISTRITO FEDERAL, 2012).

8. O PROJETO DE LEI Nº 4.148/08 E OS DIPLOMAS LEGAIS

Em via transversa, o Projeto de Lei nº 4.148/08, no intuito de retirar a obrigatoriedade da rotulagem dos alimentos transgênicos, vai de encontro com diversos preceitos em vigor: de modo escandaloso, afronta o direito à informação, consagrado na Lei nº 8.078/91; revoga diretamente o que a Lei nº 11.105/05 determina em seu artigo 40; descumpe compromissos internacionais assumidos pelo país, como o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança¹⁹; e, acima de tudo, afronta o disposto no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal.

Com o intuito de revogar o artigo 40 da Lei nº 11.105/05, o Projeto de

18 Em 13 de junho de 2017, após a interposição de recurso especial e extraordinário pela União e pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA, o processo foi recebido na assessoria de recursos especiais e extraordinários (<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200134000222806&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>).

19 Artigo 18 2. Cada Parte tomará medidas para exigir que a documentação que acompanhe: a) [...] A Conferência das Partes atuando na qualidade de reunião das Partes do presente Protocolo tomará uma decisão sobre as exigências detalhadas para essa finalidade, inclusive especificação sobre sua identidade e qualquer identificador único, no mais tardar dois anos após a entrada em vigor do presente Protocolo; b) os organismos vivos modificados destinados ao uso em contenção os identifique claramente como organismos vivos modificados; e especifique todas as exigências para a segura manipulação, armazenamento, transporte e uso desses organismos, [...]; e, c) os organismos vivos modificados que sejam destinados à introdução intencional no meio ambiente da Parte importadora e quaisquer outros organismos vivos modificados no âmbito do Protocolo, os identifique claramente como organismos vivos modificados; especifique sua identidade e seus traços e/ou características relevantes, todas as regras de segurança para sua manipulação, armazenamento, transporte e uso [...].

Lei nº 4.148/08 traz uma nova redação ao artigo mencionado estabelecendo que, somente nos alimentos ou ingredientes alimentares que contenham OGM acima de 1% na composição final, detectada em análise específica, deverá ser informada a origem transgênica do produto, por meio da expressão “(nome do produto) transgênico” ou “contém (nome do produto) transgênico”, com tamanho mínimo de 1mm. Na prática, a intitulada “análise específica” representará a extinção de qualquer informação repassada ao consumidor sobre a origem transgênica do produto, uma vez que, após os diversos processos industriais, torna-se praticamente impossível encontrar uma cadeia de DNA inteira para verificar o porcentual da composição transgênica do produto. Como bem ressaltou a Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, a análise feita atualmente toma por base a matéria-prima utilizada para composição do produto, realizada no início da produção, o que facilita a detecção. Com a mudança da dicção do artigo 40, a análise será realizada no final da cadeia produtiva, quando não será possível identificar com precisão o DNA da matéria-prima transgênica utilizada. Ou seja, além de retirar a obrigatoriedade de aposição do símbolo já utilizado para identificação pelo consumidor da origem transgênica do produto, o PL nº 11.418/2008 reduzirá drasticamente as possibilidades nas quais a informação será obrigatória, devido à dificuldade gerada para a detecção do componente alterado geneticamente.

Em 29 de janeiro de 2000, a Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica adotou o Protocolo de Cartagena sobre a Biossegurança como acordo suplementar que busca garantir um nível adequado de proteção, manipulação e uso seguro dos organismos geneticamente modificados (BRASIL, [20--]). Dessa forma, em seu artigo 18, 2, a, ficou consignado que cada Estado-Membro deve adotar medidas para a

identificação dos organismos geneticamente modificados destinados à alimentação humana e animal nas importações e exportações. Assim, o Brasil, ao assumir a obrigação de se submeter a esse diploma legal internacional²⁰, passou a ter que acostar nas embalagens dos produtos que contenham organismos geneticamente modificados as informações imprescindíveis à sua identificação e diferenciação dos demais quando das suas relações internas e transfronteiriças, o que é contra o disposto nas linhas do Projeto de Lei nº 4.148/08 em trâmite no Senado Federal.

A Carta Magna em seu artigo 5º, XIV²¹, estabelece o acesso à informação como um direito fundamental que deve ser assegurado a todos, sem distinção. Em outro ponto, ainda no rol do artigo 5º, XXXII, o constituinte originário se preocupou em estabelecer como dever fundamental a defesa do consumidor, por intermédio de uma lei, em sentido estrito, já elaborada: o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. O Projeto de Lei nº 4.148/08, ao desobrigar a rotulagem dos produtos transgênicos, afronta diretamente o direito à informação, consagrado no diploma constitucional que, neste tocante, não possui qualquer reserva legal. Em sua redação final, o PL em comento deixa fora da sapiência do consumidor diversos alimentos que, pela análise laboratorial, em tese não possuiriam em sua composição OGM's em quantidade superior a 1% como óleos e margarina, segundo o Conselho Federal de Nutrição (2015).

20 O Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº908, de 21 de novembro de 2003, o texto do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica, celebrado em Montreal em 29 de janeiro de 2000, e o Decreto nº 5.705, de 16 de fevereiro de 2006 o promulgou.

21 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

O direito à informação é violado, haja vista que, aliada à impossibilidade de detecção da composição transgênica dos produtos em análise laboratorial ao final, está a remoção do símbolo padronizado, com estrutura e tamanho adequados (0,4% do tamanho da embalagem), de cor chamativa, utilizado em diversos contextos no cotidiano, com função didática, o que representará omissão ao consumidor da origem e da natureza dos produtos que serão consumidos. Flagrantemente, sob pretexto meramente econômico, as disposições desse Projeto de Lei afrontam o que o artigo 170, V dispõe: Com a estruturação de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 se encontra pautada nos valores sociais, culturais, ambientais que norteiam a estrutura social desde o século XX, de forma que a Ordem Econômica está baseada nos valores sociais do trabalho e calcada nos princípios elencados no artigo mencionado.

Sabe-se que os princípios são também normas, não somente ideais a serem buscados, com a mesma estrutura lógica que estas últimas, uma vez que aqueles são normas orientadoras para aplicação das demais normas. Deste modo, dado que a Defesa do Consumidor é um princípio da Ordem Econômica do Estado Brasileiro, este deve ser observado quando da elaboração de leis cujo objetivo maior é o desenvolvimento da economia do país. Ora, é claro o intuito meramente econômico do Projeto de Lei nº 4.148/08, vez que é aduzido que o uso da simbologia nas embalagens dos alimentos transgênicos transmite a ideia de perigo, risco, o que prejudica as transações econômicas internas e externas. A preocupação, portanto, não gira em torno do bem-estar do consumidor, destinatário final desses produtos. O foco passou a ser o crescimento econômico a qualquer custo.

Tal entendimento não deve prevalecer. Toda a Ordem Econômica deve estar calcada na defesa do consumidor e nos demais princípios inseridos no

rol do artigo 170²²; o direito ao crescimento econômico não deve prevalecer a todo custo sobre o dever de defesa do consumidor e, conseqüentemente, sobre o direito à informação.

Percebe-se que o Projeto de Lei, portanto, vai de encontro às disposições da Constituição Federal, restringindo o direito à informação, e ao direito do consumidor de ser defendido das manobras econômicas dos fornecedores. Tais disposições somente beneficiarão as empresas produtoras que, indiscriminadamente, poderão vender produtos transgênicos, sem a necessidade de alertar seus compradores. E o consumidor, iludido, ludibriado, confuso, irá sofrer todas as conseqüências.

Ressalta-se, nesse sentido, a posição do Ministério Público Federal, quando do julgamento do processo nº 2001.34.00.022280-6/DF²³: se ainda há divergências científicas quanto à segurança dos alimentos transgênicos, o direito à informação, transfigurado na aposição do símbolo definido pelo Ministério da Justiça nas embalagens de tais produtos deve prevalecer, pois acima do direito ao desenvolvimento econômico está o direito à dignidade da pessoa humana, corolário dos direitos elencados no artigo 5º da CF/1988. Na mesma direção, o Tribunal de Santa Catarina afastou o pleito de suspensão de lei estadual que versava sobre a obrigação de informação ao consumidor sobre a composição dos produtos quando houver componentes geneticamente modificados, sob a baliza da cautela e da defesa dos direitos do consumidor.²⁴

À vista disso, não podemos descartar a evidente ilegalidade, por afronta

22 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor;”

23 Vide nota de rodapé nº 15.

24 TJ-SC-AI:319258SC2005.031925-8, Relator: Cid Goulart, Data de Julgamento: 25/04/2006, Segunda Câmara de Direito Público.

ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, lei derivada diretamente da Constituição, violação do Protocolo de Cartagena, e a inconstitucionalidade do Projeto de Lei nº 4.148/08, diante da ofensa aos artigos 5º, XIV e XXXII e 170, V da Lei Maior, bem como a total falta de adequação do objetivo com a forma escolhida para alcançá-lo, mostrando-se irrazoável e desproporcional a retirada da simbologia das embalagens dos produtos transgênicos.

9. CONCLUSÃO

Os produtos e alimentos transgênicos, mesmo com o avanço da ciência e dos testes laboratoriais, ainda podem causar prejuízos ao ser humano, seja por alterações no equilíbrio do meio ambiente, seja pelo aumento de alergias, de resistência aos antibióticos, ou até mesmo com o aumento do uso de agrotóxicos que implicará no consumo de produtos com grandes quantidades de veneno. Apesar de toda a campanha em prol da retirada da simbologia nas embalagens dos alimentos que contêm OGM's, a posição atual dos estudiosos é de que não há um consenso sobre a segurança ou insegurança do consumo dos alimentos transgênicos, de modo que se torna primordial a transmissão esclarecedora, clara e ostensiva, ao consumidor em face da incerteza presente, posto que é dever do Estado salvaguardar os direitos dos cidadãos e consumidores.

A Constituição Federal é bastante clara ao elevar a título de direito humano fundamental a defesa do consumidor, o que não pode ser descartado a qualquer custo ou tornado ineficaz, quando em choque com o desenvolvimento econômico. Tanto é que a ordem econômica nacional é baseada

também na defesa do consumidor, uma vez que é a parte mais frágil dessa relação. A proposta trazida pelo Projeto de Lei nº 4.148/08 reduz drasticamente a visibilidade da informação ao consumidor, de modo que chega a violar esse direito, tendo em vista que retira uma imagem, facilmente visível, já aceita pelos consumidores, adequada ao seu fim, com todos os requisitos necessários (tamanho, cor, disposição gráfica), e a troca por uma frase com tamanho mínimo de 1 mm, somente nos casos de presença de mais de 1% de OGM na composição do produto, detectada em análise específica, que, como se viu, será praticamente impossível.

Na comercialização de um produto é importante se preocupar em como a informação chega ao consumidor, o destinatário final, posto que com a transmissão correta da mensagem, a relação jurídica será concluída perfeitamente, sem nenhum vício. Por outro lado, se o consumidor não tem acesso a todas as informações sobre o que consome, não terá manifestado plenamente a sua vontade, pois não se pode descartar a possibilidade de, ao ter conhecimento da informação mascarada, ele não desejar obter o produto. O Projeto de Lei em discussão não só transforma o modo de transmissão da informação ao consumidor, como o reduz drasticamente, o que dificulta a composição de uma relação jurídica saudável e plena, o que só prejudicará ainda mais a credibilidade de tais produtos e, principalmente, a saúde dos consumidores que consumirão produtos sem a certeza do que os compõe, o que viola diretamente ao que dispõe a Carta Magna.

Por isso, é evidente a ilegalidade, por afronta ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, artigos 6º, III e 31, violação do Protocolo de Cartagena, artigo 18, 2, e a inconstitucionalidade material do Projeto de Lei nº 4.148/08, diante da afronta aos artigos 5º, XIV e XXXII e 170, V da Lei Maior, por ser totalmente irrazoável e desproporcional, sem qua-

rida nas disposições constitucionais e na atual conjuntura do país. Assim, cogita-se a necessidade de serem acionados os mecanismos de controle de constitucionalidade previstos no ordenamento jurídico pátrio a fim de sanar a inconstitucionalidade material apontada, como a propositura, acaso o Projeto de Lei seja aprovado e sancionado, de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), por qualquer dos legitimados, aspecto que certamente atrai novos debates e reflexões.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES, Gilcean Silva. A Biotecnologia dos Transgênicos: Precaução é a Palavra de Ordem. *Holos*, Natal, n. 20, p.1-10, out. 2004. Disponível em: <<http://www.agrolink.com.br/downloads/91692.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

AZEVEDO, João Lúcio de; FUNGARO, Maria Helena Pelegrinelli; VIEIRA, Maria Lúcia Carneiro. Transgênicos e evolução dirigida. *Hist. cienc. saúde. Manguinhos*, 2000, vol.7, n.2, pp. 451-464. ISSN 0104-5970. Disponível em:<<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702000000300014>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Emanuelle Monção de Campos. Produtos transgênicos: rotulagem e o direito à informação do consumidor. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9678&revista_caderno=10>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. CÂMARA. Aprovado projeto que dispensa símbolo da transgenia em rótulos de produtos. 2015a. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/486822-APROVADO-PROJETO-QUE-DISPENSA-SIMBOLO-DA-TRANSGENIA-EM-ROTULOS-DE-PRODUTOS.html>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4680.htm>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança. [20--]. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica/protocolo-de-cartagena-sobre-biosseguranca>>. Acesso em: 18 de jul. 2017.

_____. Portaria nº 2658, de 22 de dezembro de 2003. Definir o símbolo de que trata o art. 2º, § 1º, do Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003, na forma do anexo à presente portaria. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 26 dez. 2003.

Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/1e3d43804ac0319e9644bfa337abae9d/Portaria_2685_de_22_de_dezembro_de_2003.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. Projeto de Lei da Câmara nº 34 de 2015. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120996>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 4.148, de 2008. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6AEF446D3FFB35E0A8B53A68EF60EFBF.proposicoesWebExterno1?codteor=605180&filename=Tramitacao-PL+4148/2008>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 4.148, de 2008. Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. 2015b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1326579&filename=Tramitacao-PL+4148/2008>. Acesso em: 17 jul. 2017.

COZZI, Nadia. Alimentos transgênicos – Saiba como identifica-los. 2012. Disponível em: <<http://www.coletivoverde.com.br/rotulacao-transgenicos/>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

DISTRITO FEDERAL. PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Existência de transgênicos em alimentos deve ser expressa no rótulo, determina TRF1. 2012. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_consumidor-e-ordem-economica/existencia-de-transgenicos-em-alimentos-deve-ser-expressa-no-rotulo-determina-trf>.

Acesso em: 15 nov. 2016.

ECO, Associação. O que são Alimentos Transgênicos. 2013. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/27355-o-que-sao-alimentos-transgenicos/>>. Acesso em: 10 jul. 2017..

EMBRAPA. Intercâmbio de Germoplasma. [20--]. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/recursos-geneticos-e-biotecnologia/pesquisadesenvolvimento/intercambio-de-germoplasma>>. Acesso em: 17 jul. 2017

_____. Polinização. [20--]. Disponível em: <<http://www.cpamn.embrapa.br/apicultura/polinizacao.php>>. Acesso em: 17 nov. 2016

FLORIANI, Adriano. Conheça as razões de quem defende os transgênicos. [20--]. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/reporterterra/transgenicos/defensores.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

FREITAS FILHO, Roberto. Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à informação: Uma questão de cidadania. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 158, n. 40, p.143-161, jun. 2003. Disponível em:< <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/os-alimentos-geneticamente-modificados-e-o-direito-do-consumidor-%C3%A0-informa%C3%A7%C3%A3o-uma-quest%C3%A3o-0>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

FROTA, Elisa Bastos. Lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005). Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2378, 4 jan. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14113>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

GREENPEACE. Europeus exigem rotulagem para produtos de animais alimentados com transgênicos. 2007. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/europeus-exigem-rotulagem-para/>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

HILBECK, Angelika et al. No scientific consensus on GMO safety. *Environmental Sciences Europe*, [s.l.], v. 27, n. 1, p.1-6, 24 jan. 2015. Springer Nature. <http://dx.doi.org/10.1186/s12302-014-0034-1>. Disponível em: <<https://enveurope.springeropen.com/track/pdf/10.1186/s12302-014-0034-1?site=enveurope.springeropen.com>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

IDEC (Brasil). Transgênicos: Feche a boca e abra os olhos. [201-]. Cartilha elaborada no âmbito do projeto Consumer Organizations and the Cartagena Protocol on Biosafety: Protecting the Consumer's Right to a Healthy Environment in the Developing World. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/uploads/publicacoes/publicacoes/cartilha-transgenico.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

JÚNIOR, Edgar. ONU: 6,5% da população global continuará na pobreza extrema até 2030. 2017. Disponível em:< <http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/2017/05/onu-65-da-populacao-global-continuara-na-pobreza-extrema-ate-2030/#.WWz3BWjyvIV>>. Acesso em: 17 jul. 2017

NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUTRICASH. Riscos e benefícios dos alimentos transgênicos. 2010. Disponível em: <<http://www.nutricash.com.br/noticias.aspx?id=60>>. Acesso

em: 18 nov.2016

NUTRICIONISTAS, Conselho Federal de. Projeto que desobriga indicação de ingrediente transgênico em alimentos é rejeitado pela CCT. 2015. Disponível em: <<http://www.cfn.org.br/index.php/projeto-que-desobriga-indicacao-de-ingrediente-transgenico-em-alimentos-e-rejeitado-pela-cct/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães (Org.). Transgênico e Princípio da Precaução no Direito Ambiental - Coordenação Juíza Oriana Piske. 2006. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2006/transgenico-e-principio-da-precaucao-no-direito-ambiental-coordenacao-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

PORTAL O DIA (Brasil). MPF-PI obtém a condenação da União por decreto de transgênicos. 2010. Disponível em: <<http://www.portalodia.com/noticias/geral/mpf-pi-obtem-a-condenacao-da-uniao-por-decreto-de-transgenicos-71791.html>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

SALAZAR, Andrea Lazzarini. Transgênicos: crescimento sem limites. *Le Monde Diplomatique*, Brasil, ago.2010. Ano 4. Número 37. Agricultura, p. 16.

SIMÃO, Lucas Pinto. Fundamentos constitucionais do direito do consumidor. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 149, jun 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D11520%26revista_caderno%3D25?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17370&revista_caderno=10>. Acesso em: 14 jul. 2017.

SILVA, Natasha Vilela de Andrade. Organismos Geneticamente Modificados e o Princípio da Precaução: Estudo de Casos da CTNBio. 2014. 74 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/24254/24254.PDF>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

SF AGRO. Transgênicos: Brasil é o país que mais cresce na adoção de biotecnologia. 2017. Disponível em: <<http://sfagro.uol.com.br/transgenicos-brasil-e-o-pais-que-mais-cresce-na-adocao-de-biotecnologia/>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

TAUTZ, Carlos. Dossiê sinaliza ligação entre transgênicos e aumento do uso de agrotóxicos. 2015. Disponível em: <<http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/transgenicos-e-agrotoxicos-uma-relacao-controversa>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

THUSWOHL, Maurício. Empresas ainda lutam para evitar a rotulagem de transgênicos no Brasil. 2013. Disponível em: <<http://transgenicos.reporterbrasil.org.br/empresas-ainda-lutam-para-evitar-a-rotulagem-de-transgenicos-no-brasil-2/>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

UNITED NATIONS: *guidelines for consumer protection*. Genebra: United Nations, 2003. Disponível em <www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_en.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

Recebido em 12/08/2017 – Aprovado em 30/10/2017

A RACIONALIDADE MÉDICO-JURÍDICA DOS PROCESSOS DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS TRANS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

*THE MEDICAL-LEGAL RATIONALITY OF THE PROCESSES OF
CHANGING THE CIVIL REGISTRY OF TRANS PEOPLE IN RIO DE
JANEIRO – BRAZIL*

Maria Luiza Rovaris Cidade¹

Pedro Paulo Gastalho Bicalho²

¹ Doutoranda em Psicologia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestra em Psicologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduada em Psicologia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: malurcidade@gmail.com

² Doutor e Mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em Psicologia Jurídica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: ppbicalho@gmail.com

RESUMO: O artigo tem como objetivo apresentar problemáticas e elaborações relativas à produção e afirmação de matrizes normativas e ideais regulatórios relacionados à alteração do registro civil de pessoas trans, afirmada por uma racionalidade médico-jurídica operante nos modos de subjetivação contemporâneos. A análise de decisões judiciais, como dispositivo de pesquisa, efetivadas e concluídas no estado do Rio de Janeiro, ocorreu articulada à intersecção metodológica entre a perspectiva cartográfica de pesquisa e a epistemologia feminista de base interseccional como eixos ético-políticos envolvidos no ato de pesquisar, transversalizada pela perspectiva histórica de base foucaultiana. Foram propostas discussões, a partir de levantamentos bibliográficos, relacionadas aos modos de produção da noção de indivíduo para a norma jurídica, às normas, projetos de lei e legislação internacional que regulam a questão e, por fim, à produção da cisgeneridade como matriz normativa da noção de indivíduo e do *status* jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Psicologia jurídica. Cisgeneridade. Criminalização. Direitos Humanos.

ABSTRACT: The article aims to present problems and elaborations related to the production and affirmation of normative matrices and regulatory ideals related to the alteration of the civil registry of trans people, affirmed by a medical-juridical rationality operative in the contemporary modes of subjectivation. The analysis of judicial decisions, as a research device, carried out and concluded in the state of Rio de Janeiro, was articulated to the methodological intersection between the cartographic perspective

of research and feminist epistemology of intersectional basis as ethico-political axes involved in the research, mainstreamed by Foucault's historical perspective. It has been proposed, based on bibliographical surveys, related to the methods of production of the notion of individual for the legal norm, norms, bills and international legislation that regulate the question and, finally, the production of cisgenderity as the normative matrix of the notion of individual and legal status.

KEYWORDS: Legal Psychology. Cisgenderity. Criminalization. Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo apresentar algumas das questões elencadas durante o processo de pesquisa de mestrado relacionada a matrizes normativas e ideais regulatórios operantes na racionalidade médico-jurídica moderna e nos modos de subjetivação contemporâneos, materializados em decisões judiciais referentes à alteração do registro civil de pessoas trans³. Partindo da análise de decisões judiciais efetivadas e concluídas no estado do Rio de Janeiro como dispositivo de pesquisa, propôs-se uma interseção metodológica entre a perspectiva cartográfica de pesquisa e a epistemologia feminista de base interseccional

³ O termo “pessoas trans” corresponde a uma autodesignação identitária e política de resistência baseada no princípio de autoatribuição de identidade de gênero. Está relacionado à experiência de pessoas que, ao longo de suas vidas, não necessariamente se identificam com o nome e/ou designação de sexo/gênero que lhes foi atribuída ao nascer, construindo, assim, uma série de outras formas de se autoneamar.

como eixos ético-políticos envolvidos no ato de pesquisar.

Verificou-se, ao longo do processo de pesquisa, a presença de certa racionalidade produzida na modernidade, ou seja, certa lógica específica de produção e de governo dos corpos, do povo e dos territórios (FOUCAULT, 2004). A racionalidade política moderna produz modos de subjetivação que massificam as subjetividades e as possibilidades de singularização em formas serializadas, ou seja, uma perspectiva de subjetivação atrelada ao modo-indivíduo e aliada ao modo de produção capitalista (GUATTARI, ROLNIK, 1996; BARROS, 2009). Denominamos como racionalidade médico-jurídica a especificidade dessa lógica que, em sua complexidade, define a compulsoriedade de uma das mais primordiais designações atribuídas a todo corpo que nasce: a cisgeneridade, ou seja, uma normativa social que atribui como “masculino” e “feminino” a leitura que se faz do sexo de cada criança.

Podemos constituir uma compreensão inicial acerca da cisgeneridade ao tratá-la enquanto força, modelo, norma de designação produzida e efetivada por uma determinada racionalidade. O que acontece, a partir da modernidade, é a aliança entre a matriz binária de gênero (masculino e feminino como únicas designações possíveis) e a racionalidade médico-jurídica que passa a se afirmar nesse período com o ato compulsório do registro civil. A lógica do registro civil atribui uma relação linear entre genital, designação sexo/gênero e expectativas sociais. A racionalidade médico-jurídica, aliada à matriz de sexo/gênero, afirma-se e se legitima de forma hegemônica. A hegemonia não produz só o que naturalizamos e tornamos essência em nossas experiências em sociedade, como também invisibiliza, oprime e pune outras possibilidades de experiências que poderiam ser adotadas nos caminhos e descaminhos da designação de

sexo/gênero.

A perspectiva médico-jurídica de racionalidade é afirmada, já que o registro civil é composto pela ponderação de um profissional de medicina quanto à definição de sexo/gênero de cada criança que nasce, com a finalidade de se produzir o registro, prática jurídica obrigatória em todo o território nacional. Essa forma de racionalidade vai além da médica e da jurídica: estabelece discursos independentes, ao convergir direito e medicina, compondo efeitos de produção de subjetividades a partir das práticas judiciais e médicas. Compreendem-se as práticas judiciais a partir da maneira “pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades” e o “modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados” (FOUCAULT, 2013, p. 21). A racionalidade médico-jurídica implica produção de subjetividades, circulação de saberes e relações com a verdade.

A efetivação e mudança do registro civil no Brasil é regida pela Lei de Registros Públicos de 1973 e parte de uma série de normativas, a serem tratadas ao longo do presente artigo. Quando uma pessoa trans entra com o pedido de alteração de seu registro civil, tem como objetivo a alteração de todos os seus documentos civis, por vezes apenas o nome, em outras, nome e declaração de sexo/gênero. Essa solicitação surge de uma multiplicidade de questões, especialmente relacionadas à legitimidade jurídica de um nome utilizado ao longo da vida diferenciado do registro civil e do combate a situações vexatórias e constrangedoras com relação à exposição dos documentos para os mais variados fins.

A princípio, somente a pessoa envolvida, os profissionais que fazem a avaliação, o juiz e o cartório que irá efetivar o novo documento têm acesso aos registros anteriores da pessoa. Importante destacar que essa

solicitação de alteração do registro civil não diz respeito a uma demanda geral de todas as pessoas trans. É uma das questões complexas que tangem as reivindicações e articulações de ativismos e movimentos sociais. Tais relações de reivindicação perante o Estado fazem sentido na experiência de algumas pessoas e movimentos, não necessariamente é uma reivindicação universal.

Nesse sentido, podemos nos perguntar: que caminhos, possibilidades e impossibilidades percorrem as experiências de pessoas dissidentes das expectativas de designação de sexo/gênero no Brasil que solicitam para o Sistema Judiciário a alteração de seus registros civis? A partir desse questionamento, propomos a discussão do presente trabalho, no sentido de apresentar algumas das controvérsias presentes no Sistema Judiciário brasileiro, mais especificamente no estado do Rio de Janeiro, na contemporaneidade.

2. REGISTRO CIVIL E IDENTIDADE DE GÊNERO: NORMATIVAS, DIRETRIZES E PROPOSTAS

No Brasil, o registro civil é direito efetivado para toda criança que nasce em território nacional segundo os termos da Lei de Registros Públicos de 1973 (Capítulo IV, Art. 16, § 4º) e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, quando este trata do registro da criança e da mãe em instituição de nascimento (Art. 10, II). A doutrina jurídica brasileira afirma que o nome civil é um símbolo da personalidade do indivíduo, implicando a cada pessoa que nasce no Brasil a defesa dos deveres e

direitos fundamentais que asseguram a inscrição, manutenção e controle da vida em sociedade. A legislação brasileira que dispõe mais efetivamente sobre o tema é a Lei de Registros Públicos, de número 6.015, datada de 31 de dezembro de 1973. O artigo 58 da referida lei aborda a normativa dos registros civis no Brasil e seus possíveis enlaces.

A Lei de Registros Públicos brasileira tem como princípio fundamental a imutabilidade do prenome, ou seja, é proibida a alteração posterior do registro civil de qualquer pessoa. O princípio da imutabilidade se afirma enquanto elemento que institucionaliza o nome de forma definitiva, inserindo o indivíduo nas predisposições dos direitos fundamentais, dos direitos de personalidade e, conseqüentemente, no campo da cidadania. Com relação às possibilidades excepcionais de alteração do registro civil, a Lei de Registros Públicos brasileira aborda apenas questões referentes ao prenome, ou seja, o nome definidor da pessoa, anterior ao sobrenome.

O artigo 56, da lei, aborda que a pessoa que teve erro em seu registro, ao completar o primeiro ano após sua maioridade de 18 anos, pode se dirigir a alguma instituição responsável e alterar seu nome por vontade própria. O artigo 57, da lei, define que: “A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa”. Na sequência do artigo 57, há a menção de algumas situações que configuram a excepcionalidade da imutabilidade do nome, ou seja, situações em que é permitida a alteração.

Essa alteração é viável somente via processo judicial, com atuação do Ministério Público, nos seguintes casos: 1) O acréscimo de sobrenome de cônjuge masculino, com autorização deste, no caso de mulheres em

situação de união estável ou casamento⁴; 2) A alteração de nome em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com apuração de algum crime; e, por fim, 3) A solicitação de enteadas ou enteados que desejam acrescentar o sobrenome de madrasta ou padrasto. O artigo 58 define o atributo definitivo do nome (prenome e sobrenome), prevendo apenas alteração do prenome ou substituição do mesmo por apelidos públicos notórios.

A lei de Registros Públicos, em si, não aborda conceituação, metodologia e operacionalização da designação em termos de sexo/gênero. Essa designação é de base indutiva, indireta. Ou seja, a partir da designação de um profissional da medicina no momento do nascimento de cada criança, por vezes anterior ao nascimento devido a imagens de ultrassonografia⁵, articulam-se medicina e normativa jurídica para registrar uma declaração de sexo/gênero na certidão de nascimento, sendo masculino e feminino as únicas designações possíveis. Mais recentemente, desde a década de 1970 no Brasil, surgem demandas relacionadas ao questionamento da compulsoriedade dessa designação em termos de sexo/gênero⁶: pessoas trans passam a solicitar a alteração de seus registros civis, seja a mudança de prenome e/ou de sexo/gênero, seja de ambos.

Assim, pessoas que não necessariamente se identificam com o prenome e/ou com a classificação de sexo/gênero que lhes foi designado ao nascer passam a solicitar, pela via judicial, a alteração de seus registros

⁴ Atualmente, devido a inúmeras jurisprudências favoráveis, já é possível que homens também alterem seus nomes, de acordo com cada caso.

⁵ Para uma discussão relacionada à obstetrícia e às expectativas e construções simbólicas acerca do sistema sexo/gênero desde a gestação a partir do dispositivo da ultrassonografia, ver Chazan (2007).

⁶ Movimentos sociais de pessoas trans, desde os anos 2000, têm debatido sobre tal norma social que implica na designação compulsória de pessoas em masculino e feminino baseada exclusivamente na morfologia, sendo essa norma denominada cisgeneridade (SERANO, 2007).

e, conseqüentemente, de seus outros documentos, como o Cadastro de Pessoa Física – CPF, carteira de identidade, carteira de motorista, passaporte, carteira de trabalho, título de eleitor, certificados e diplomas de instituição de ensino, entre outros. É importante mencionar que os demais documentos não são alterados de forma automática. Quando a pessoa tem seu registro alterado, é necessário que essa pessoa se reporte a cada uma das instituições responsáveis pela emissão de cada documento, como escolas, universidades, SUS, SUAS, dentre outros. Entre os documentos obrigatórios no Brasil, a solicitação mais controversa tem aparecido justamente no certificado obrigatório do alistamento militar de homens. Já que a alteração de sexo/gênero necessariamente implica na exclusão ou inclusão desse documento, o próprio exército brasileiro tem sido convocado a se pronunciar sobre a questão.

Nos últimos anos no Brasil, seguindo perspectivas internacionais, especialmente nos anos 2000, pessoas trans têm sido autorizadas a alterarem seus nomes no registro civil devido a alguns avanços relacionados à evolução jurisprudencial, ou seja, de decisões judiciais sensíveis a tais causas, já que a Lei de Registros Públicos não menciona diretamente essa questão. Essas alterações têm sido possíveis devido a demandas de diversas ordens, tanto singulares como coletivas, especialmente devido à pressão de movimentos sociais e ao estabelecimento de diretrizes e políticas públicas relacionadas à temática, como a resolução 1.482/97 do Conselho Federal de Medicina (atualizada na resolução 1.955/2010 do CFM), o Processo Transexualizador do Sistema Único de Saúde (Portaria 1.707/2008 do Ministério da Saúde) e a Nota técnica sobre processo transexualizador e demais formas de assistência às pessoas trans do Conselho Federal de Psicologia (2013).

Por ocorrerem restritamente por via judicial, tais processos percorrem uma série de requisitos livremente determinados pela pessoa encarregada em julgar o processo. Inicialmente, para se tornar processo, é endereçada à instância de julgamento uma petição inicial e um anexo de estudo social ou psicológico que contenha a versão psicossocial do pedido⁷. Com o andamento do processo, juízes têm convocado a avaliação de outros profissionais de determinadas especialidades, especialmente da psiquiatria, psicologia e serviço social. Tais profissionais, sejam da assistência técnica da equipe do juiz, sejam peritos, são convocados para analisar a solicitação da pessoa interessada que compõe a petição inicial. Para a justiça brasileira, a verdade que deve ser atestada e comprovada é a existência de uma verdade real baseada na transexualidade enquanto diagnóstico psiquiátrico⁸.

A participação do Ministério Público é de caráter obrigatório e imprescindível, acionada para representar o interesse de terceiros, em sua via de apoiar ou não a decisão efetivada pelo juiz. Como não há legislação específica no Brasil que oriente tal questão diretamente, as possíveis modificações do registro civil de pessoas trans estão à mercê de demandas que dependem da compreensão de cada juiz, da pessoa encarregada por representar o Ministério Público e de cada profissional envolvido, em

⁷ No estado do Rio de Janeiro, é importante mencionar que a petição inicial e os estudos sociais ou psicológicos têm sido efetivados, na sua ampla maioria, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por meio do NUDIVERSIS – Núcleo de Defesa dos Direitos Homoafetivos e da Diversidade Sexual.

⁸ A comprovação da transexualidade demandada pelo Sistema Judiciário brasileiro segue uma lógica relativa às normativas do Conselho Federal de Medicina na afirmação de experiências de inadequação em sociedade, da rejeição do órgão genital e do consequente diagnóstico de transtorno de identidade de gênero ou disforia de gênero, conforme determina a lógica do *fenômeno transexual* descrita pelo médico e sexólogo britânico Harry Benjamin em 1953. Tal concepção é amplamente questionada por movimentos sociais de pessoas trans, profissionais e pesquisadoras/es de múltiplas áreas de saber.

sua especialidade, para afirmar a veracidade da experiência da pessoa que solicita a alteração do registro civil, a partir da emissão de relatórios, laudos e/ou pareceres.

Em alguns países, como Argentina, Espanha e Inglaterra, há formas menos burocráticas de acesso a serviços que regulamentam a alteração no registro civil de pessoas trans e o acesso a determinadas políticas públicas. Cada país tem sua especificidade na afirmação de seus parâmetros, já que determinadas concepções ético-políticas estão em jogo e em disputa no campo social. Por exemplo, a Argentina afirma a condição da autoatribuição da identidade de gênero como princípio orientador da legislação, enquanto a Espanha ainda faz uso dos diagnósticos psiquiátricos para afirmar a transexualidade como fenômeno biomédico, por mais que a resolução da questão não se dê pela via judicial (CIDADE, 2016).

Em termos de legislação internacional, além das políticas clássicas relacionadas aos Direitos Humanos, como Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, que determinam os princípios de dignidade da pessoa humana e a autodeterminação como paradigmas jurídicos e políticos, temos outras convenções e conferências que fortalecem os argumentos relacionados aos direitos civis, aos direitos de personalidade e ao combate a qualquer forma de discriminação e ao fortalecimento do paradigma da autoatribuição. Temos, como exemplos: a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica de 1969; a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (BRASIL, 2002) e a Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos de Viena de 1993. Além disso, a partir de 2004, o Brasil lança uma série de políticas públicas internas relacionadas às questões de gênero e identidade

de gênero (BRASIL, 2004, 2007, 2006, 2008, 2011).

Em termos de legislação internacional voltada para o estabelecimento de diretrizes relacionadas à identidade de gênero, de forma específica, temos o lançamento dos Princípios de Yogyakarta em 2006 pela Organização das Nações Unidas – ONU. A partir de uma convenção da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos em Yogyakarta, na Indonésia, são formulados os princípios sobre a aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, publicados em 2007. Nessa convenção, o Brasil é signatário e representado pela pesquisadora Sonia Corrêa, na época presidente da Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids (ABIA).

A definição de identidade de gênero presente no documento é a seguinte:

Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 6).

A ativista Emi Koyama, em seu manifesto datado de 2001, aborda a questão da seguinte forma:

O transfeminismo acredita que construímos as nossas próprias identidades de gênero com base no que consideramos genuíno, confortável e sincero enquanto vivemos e nos relacionamos com outras pessoas dentro de

determinados constrangimentos sociais e culturais. Tal vale tanto para aqueles cuja identidade de gênero é concordante com o seu sexo de nascimento, bem como para as pessoas trans. (KOYAMA, 2001, p. 5)

O Brasil, em uma perspectiva interna, ainda não afirmou uma legislação específica quanto aos termos e manejos jurídicos acerca das identidades de gênero, de forma mais precisa. Temos algumas iniciativas, materializadas em projetos de lei que têm como objetivo versar de uma forma mais direta os termos das decisões em torno do registro civil de pessoas trans no Brasil. Podemos verificá-las também como um campo de circulação de diferentes discursos, concepções e disputas políticas já que tratam da mesma questão a partir de óticas e argumentos completamente diferentes.

O primeiro projeto de lei criado, introduzindo a temática no campo legislativo brasileiro, foi o PL 1.909-A/1979 (MDB/SP)⁹, ainda em tempos de ditadura civil-militar brasileira, o qual sugeriu que os médicos que efetivassem cirurgias de “transgenitalização” não fossem incriminados. Tinha como objetivo excluir as cirurgias de redesignação genital da possibilidade de interpretação de crime de lesão corporal (determinados por interpretação do Código Penal de 1940, já que o Código em si não trata do tema da transexualidade)¹⁰. Tal projeto de lei, na época, foi arquivado

⁹ Esse Projeto de Lei e sua matéria correspondente foram apenas encontrados em jurisprudências. Não há seu registro no site da Câmara dos Deputados, pois é referente a 1979 e não entrou no sistema disponível online. Portanto, não houve como determinar sua autoria.

¹⁰ É muito comum no Brasil associarmos diretamente os temas de transexualidade com a cirurgia de redesignação genital. Consideramos importante frisar que essa não é uma experiência para a totalidade de pessoas trans, muito menos encerra toda a problemática relacionada às identidades de gênero. É apenas um dos pontos de discussão. Como nos traz o Princípio de Yogyakarta e os movimentos sociais, as problemáticas são múltiplas e envolvem aspectos subjetivos, sociais e políticos. Porém, medicina, direito e demais áreas de saber, historicamente,

por se referir a uma temática polêmica, sem consenso no campo legislativo e na população brasileira. Por mais que movimentos feministas afirmassem há décadas o direito de decidir sobre o próprio corpo, além da efetividade de cirurgias de redesignação genital no Brasil e no exterior, controvérsias inconciliáveis se instalaram.

Curiosamente, como foi mencionado, é somente pela via da regulamentação do Conselho Federal de Medicina – e não diretamente pelo legislativo brasileiro – que a matéria da cirurgia de redesignação genital foi tratada enquanto legislação. Somente em 1997, ao aprovar a resolução nº 1.482/97, atualizada em 2002 e 2010, o CFM autoriza e regulamenta a efetivação de cirurgias de redesignação genital em território nacional. Por essa via, anteriormente a essas resoluções, as pessoas trans que haviam autorizado e realizado tais cirurgias, assim como os profissionais responsáveis pelo procedimento, poderiam ser incriminadas pela via penal.

Com relação a outros projetos de lei, o PL 3.349/1992, de Antonio de Jesus (PMDB/GO), prevê a alteração do texto da Lei de Registros Públicos, visando proibir expressamente a alteração do nome de pessoas trans no Brasil. Esse PL está para apreciação na plenária da Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei 70/1995, de José Coimbra (PTB/SP), prevê a alteração do registro, desde que conste a palavra “transsexual” no documento. Também está para apreciação. O PL 2.976/2008, de Cida Diogo (PT/RJ), também sujeito à apreciação do plenário na Câmara dos Deputados, pretende atuar sobre o artigo 58 da legislação a respeito dos registros públicos, ao propor acrescentar o item 58-A a seu texto: sugere que pessoas com “orientação

regulamam a permissão de profissionais de medicina a efetivarem tais procedimentos como primeiro ponto de acesso a políticas públicas para pessoas trans, fato que nos diz muito sobre a racionalidade vigente, voltada à segurança do aparato médico-jurídico.

de gênero travesti, masculino ou feminino” tenham autorizada a utilização de um nome social ao lado do prenome oficial, como um apelido público notório.

Por fim, temos o Projeto de Lei 5.002/2013, de autoria dos deputados federais Jean Wyllys (PSOL/RJ) e Erika Kokay (PT/DF), mais conhecido como Projeto de Lei João Nery¹¹, que dispõe de medidas sobre a autoatribuição da identidade de gênero e o sigilo da pessoa interessada, baseado na lei de identidade de gênero argentina, aprovada em 2012. O Projeto de Lei João Nery nos traz a questão sob uma nova perspectiva quando comparado aos outros projetos de lei mencionados. Afirma o direito à identidade de gênero como derivado das questões relativas aos direitos humanos, mais especificamente da dignidade da pessoa humana. Além disso, pretende ir além da atuação no sentido da alteração do prenome ao propor uma articulação conceitual, técnica e operacional baseada na perspectiva de autoatribuição identitária entre identidade de gênero, prenome, imagem no documento e designação de sexo/gênero.

O PL 5.002/2013 afirma em seu texto, no artigo 2º, que: “Entende-se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo”. Em seu artigo 4º, propõe que tal alteração se dê apenas via solicitação da pessoa interessada, em cartório. Ou seja, é a única proposta que visa diminuir a influência do judiciário, do Ministério Público e da atuação de especialistas em tais instâncias decisórias, ao basear seu texto em outra lógica contranormativa: a autoatribuição da identidade de gênero como

¹¹ João Nery, ativista, psicólogo e homem trans, é homenageado com seu nome nesse projeto de lei. É autor do livro *Viagem Solitária*.

derivação dos direitos de personalidade. Esse é um exemplo que disputa com a lógica da judicialização da questão.

Historicamente, foi somente nas duas últimas décadas que a questão tomou uma forma mais visibilizada perante o Estado brasileiro. Como efeito do princípio jurídico da inflexibilidade da imutabilidade do nome no campo legislativo brasileiro, que ainda se aplica como indeferimento e negativa em muitos casos, a solução apresentada, inicialmente, foi o fortalecimento do nome social enquanto política pública. O uso do nome social é uma política inédita no cenário internacional e só existe no Brasil, devido às nossas especificidades cristalizadas do Sistema Judiciário (BENTO, 2014). O nome social se fez cada vez mais presente em diversas discussões e instituições e se tornou recomendação em muitas políticas públicas no território nacional a partir de 2004, como mencionado na introdução do texto.

Uma definição precisa do nome social proferida por uma ativista em uma oficina sobre a cisgeneridade realizada na Casa Nem¹², no Rio de Janeiro, é a de que ele é o “nome de guerra”. Enquanto política pública recomendada a partir de 2004, o nome social é, sem dúvida, uma conquista fundamental para o início do processo de visibilidade e garantia de direitos de pessoas trans. Porém, o nome social não necessariamente significa o fim das situações vexatórias e da exposição a situações constrangedoras. Ou seja, não pacifica o estado de guerra e de tensionamentos que a transfobia instala em muitas das experiências de pessoas trans. Temos, como exemplo, os casos extremamente frequentes de uso do nome de registro civil, mesmo após a recomendação do uso do nome social em diversos serviços,

¹² Espaço autogestionado de acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade social, especialmente travestis, no município do Rio de Janeiro. Conta com a coordenação da ativista Indianara Siqueira.

relatados por ativistas em diversos contextos. Além disso, Berenice Bento (2014) afirma o nome social como uma “gambiarra legal”, que produz efeitos precários de cidadania, já que, a princípio, estabelece garantia de um direito, mas que não necessariamente se mantém assegurado ao longo do tempo. Nada garante que ele seja utilizado, a não ser uma suposta “boa vontade” institucional.

Dentre os anos 2000, o ano de 2009 foi marcado por uma série de conquistas no campo da afirmação de direitos de pessoas trans, por mais tensionamentos que ainda existam. Como já mencionamos, a Procuradoria Geral da República do Brasil (2009) solicita que o Supremo Tribunal Federal ajuíze que o direito de alteração de nome e declaração do sexo jurídico no registro civil seja reconhecido a pessoas transexuais no território nacional, mesmo para as pessoas que não passaram ou desejam passar pelo processo de redesignação genital. Além disso, é no ano de 2009 que o processo transexualizador é afirmado enquanto política pública do Sistema Único de Saúde, orientado pelo Conselho Federal de Medicina (2010).

Assim, por mais tensões que possam se constituir a partir da falta de especificidade legislativa para a questão da mudança do registro civil de pessoas trans, algumas soluções do judiciário brasileiro se mostraram favoráveis às alterações do registro, especialmente a partir de 2008/2009, sob determinadas condições relacionadas à efetivação do processo transexualizador pelo SUS (SWIECH, 2014). Tais condições dizem respeito à controvérsia entre a imprescindível e fundamental garantia de direitos e a instrumentalização do biopoder em nossas relações cotidianas. Nesse sentido, garantem-se direitos com o estabelecimento de procedimentos de verificação, sob o formato de inquérito, de uma noção de suposta

veracidade da experiência transexual. Verificou-se nacionalmente que o pedido de mudança de nome é mais comumente atendido; a declaração de sexo/gênero, porém, continua sendo um grande tabu para o judiciário brasileiro.

A seguir, apresentaremos os dados colhidos em pesquisa localizada no estado do Rio de Janeiro.

3. UM PANORAMA DOS PROCESSOS DE ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS TRANS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A partir da cartografia (DELEUZE, GUATTARI, 1995; GUATTARI, ROLNIK, 1996; PASSOS, KASTRUP, ESCÓSSIA, 2012) enquanto perspectiva ético metodológica, elegeu-se decisões judiciais como um dispositivo¹³ central para a elaboração da presente pesquisa. O eixo central que se propôs, ao convocar para análise as decisões judiciais como dispositivo de pesquisa, é o de produzir reflexões sobre o Sistema Judiciário, materializado na realidade do judiciário fluminense, e sobre a norma jurídica brasileira, com seus possíveis efeitos políticos e sociais, nas subjetividades, nos debates sobre questões de gênero e nas possibilidades de garantia de direitos.

Acompanhando a proposta metodológica de Michel Foucault (2013), pretende-se estabelecer uma análise de “jogos estratégicos, de ação e reação,

¹³ Compreendemos como dispositivo algo diferente da noção tradicional de objeto de pesquisa. O dispositivo é rede composta por diversos fluxos e linhas de força que nos permitem ver e falar (DELEUZE, 1996) sobre as normas e questões em sua processualidade de análise.

de pergunta e de resposta, de dominação e de esquivas, como também de luta” (p.19). A proposta é fazer emergir e colocar em análise, a partir da perspectiva cartográfica, questões e analisadores relativos à racionalidade médico-jurídica que (re)produz, atualiza e opera os conceitos, argumentos, estratégias e normas jurídicas levadas em conta em tais processos. Assim, o que se coloca em análise é a manutenção de certos elementos que reitera a racionalidade em questão, mesmo após séculos de existência e resistências.

No sentido de iniciar um reconhecimento das normas e questões jurídicas relacionadas à temática da retificação do registro de pessoas trans e aos argumentos pelos quais se operam os processos no estado do Rio de Janeiro, realizou-se uma busca de materiais relacionados a processos concluídos e textos e/ou documentos oficiais divulgados no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ). A busca compreendeu a temporalidade de 2005 a 2014, que corresponde ao período no qual é mencionada a matéria em questão. A busca se deu a partir dos seguintes termos: “transexualidade”, “transexual”, “transexualismo”, “retificação do nome”, “mudança de nome” e “mudança de sexo”.

Foram encontradas 14 decisões judiciais referentes a processos já concluídos. Todas as decisões judiciais foram encontradas somente pela categoria “transexualismo”, sendo que em “retificação do nome” e “mudança de nome”, algumas decisões também apareciam, de forma repetida. Apenas uma decisão judicial aparecia em busca realizada pela palavra “transexualidade”, também encontrada a partir da categoria “transexualismo”. As outras categorias foram utilizadas para busca, porém sem sucesso.

Todos os processos, para serem divulgados no site do Tribunal de Justiça, estão em condição de julgado, ou seja, já foram concluídos. Além

disso, pressupõe-se que são julgados e que não estão em condição de segredo de justiça ou de sigilo, haja vista que estão disponibilizados publicamente no site do Tribunal de Justiça. Não há menções aos nomes de registros e nomes retificados das pessoas solicitantes. Além disso, não temos como ter acesso ao quantitativo total de processos relacionados à matéria em questão, julgados no estado do Rio de Janeiro, já que possivelmente uma grande parte esteja em condição de segredo de justiça.

Por mais que fosse possível realizar uma solicitação especial ao Tribunal de Justiça com o objetivo de pesquisa, tomamos por escolha não realizá-la, já que a condição de sigilo solicitada pela pessoa interessada é condição ética a ser respeitada. Tampouco foi intenção efetivar uma análise em nível de totalidade, visando à produção de dados amplos e estatísticas generalizáveis. As decisões judiciais encontradas se apresentaram como dispositivos interessantes para análise, já que apresentam múltiplos discursos e elementos que possibilitam exercícios de reflexão relacionados aos modos de produção de subjetividades.

Além dos 14 processos, foram acrescentados para a análise mais dois processos fornecidos pessoalmente por pessoas que reivindicaram a retificação do registro civil no estado do Rio de Janeiro, uma no ano de 2012 e outra em 2014. Assim, no total, a análise foi efetivada a partir de 16 decisões judiciais vinculadas ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, respeitando-se a questão do sigilo. Importante informar que todos os processos estão em condição de gratuidade de justiça, iniciados via Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro. Apesar de discrepâncias nas decisões, que ora autorizaram a mudança de nome e sexo/gênero, ora somente de nome, negando a modificação do registro de sexo/gênero na certidão de nascimento, todos partiam de solicitações de

retificação do registro civil: nome e declaração de sexo/gênero.

Dentre os 16 processos, a partir da perspectiva da autoatribuição¹⁴ das identidades de gênero, 12 correspondem às solicitações de mulheres trans e quatro a pedidos de homens trans. De forma específica, todas as decisões judiciais apresentavam a seguinte questão como controvérsia central, mencionada na decisão judicial a seguir:

*A meu ver, o deslinde deste feito passa pelo caminho da ponderação de valores. O que deve prevalecer? O princípio da segurança das relações jurídicas ou o princípio da dignidade da pessoa humana? Deve prevalecer o **sexo de fato** ou o **sexo jurídico**, decorrente de uma conjugação de diversos fatores? (Decisão judicial de primeira instância, 2009. Grifo nosso).*

A controvérsia gira em torno de dois argumentos centrais e, por vezes, antagônicos: o princípio da segurança jurídica e o direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Esse antagonismo se efetiva à medida que o Sistema Judiciário é convocado a julgar processos ainda não legislados de forma direta no Brasil, o que produz a necessidade de interpretações as mais diversas de normas nacionais e internacionais já estabelecidas para se efetivar uma sentença.

A dignidade da pessoa humana, enquanto direito constitucional, corresponde a um paradigma do Estado moderno, que trata do princípio e do fim da felicidade e autonomia de seus indivíduos. Argumento potencializado após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o direito de dignidade da pessoa humana, mesmo

14 Procura-se tratar da questão da autoatribuição das identidades de gênero, conforme indicam os movimentos transfeministas no Brasil, como elemento central a uma análise pautada na visibilidade das pessoas trans. O que a pessoa fala de si, como ela se denomina e se ela decide por tornar tal questão pública são elementos essenciais para a problemática.

parecendo um tanto óbvio de ser afirmado em meados dos anos 2010, ainda é necessário de ser evocado, principalmente com relação à necessidade de garantia e efetividade de direitos civis e direitos humanos de grupos historicamente vulnerabilizados.

A segurança jurídica, em simples termos, trata amplamente da estabilidade das relações jurídicas a partir do que já está previsto e normatizado pelo campo jurídico, tendo como elemento central no Brasil a Constituição de 1988. Enquanto princípio derivado do Estado Democrático de Direito, precisa ser definida e afirmada para a efetividade de qualquer ação dos poderes executivo, legislativo ou judiciário. Segundo publicação do defensor público federal Falconi (2011), o princípio da segurança jurídica está relacionado à certeza do Direito, possuindo duas dimensões: uma objetiva, outra subjetiva.

Sua dimensão objetiva traz a perspectiva da estabilidade das relações jurídicas. Essa estabilidade se efetiva pela proteção de três elementos: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a partir da definição do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988. Já a dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica, para Falconi (2011), trata do princípio da proteção à confiança, levando-se em conta a boa-fé que a cidadã ou cidadão deposita na licitude do Poder Público, tanto a pessoa interessada no processo quanto terceiros que porventura possam ser afetados pela decisão em questão.

Como princípio fundamental para se efetivar a manutenção do Estado de Direito e, portanto, um processo de julgamento, a segurança jurídica é analisada quando a petição inicial é acatada pelo juiz, tornando-se processo judicial, e os pedidos dos processos entram em análise e

juízo¹⁵. A segurança jurídica, como princípio, opera no sentido de legitimar a petição inicial como processo julgável, a partir do cumprimento de princípios constitucionais. Em algumas situações, quando não se aplica a segurança jurídica, ou seja, há declaração de insegurança jurídica, esse fato se relaciona ao indeferimento dos pedidos dos processos, ou seja, há o indeferimento da alteração de nome, da declaração de sexo/gênero ou de ambos.

O conflito que se instala entre o direito constitucional da dignidade da pessoa humana e o princípio da segurança jurídica, materializado na questão da retificação do registro civil de pessoas trans no estado do Rio de Janeiro, sinaliza o quanto ainda é necessário discutirmos sobre nossas noções de “dignidade”, de “pessoa humana” e com que perspectiva de “segurança” estamos lidando. Com a análise de decisões judiciais e do acompanhamento de movimentos sociais que pautam a questão, pôde-se perceber que o argumento da insegurança jurídica se afirma a partir das seguintes fundamentações: há insegurança jurídica quando a pessoa interessada tem registro de antecedentes criminais; há insegurança jurídica quando a pessoa está em situação de dívida; e, por fim, há insegurança jurídica visando à preservação de terceiros de boa-fé, argumento por vezes anunciado também pelo Ministério Público para alegar a insegurança jurídica (como, por exemplo, no argumento da possibilidade de uma pessoa trans poder “enganar” alguém com seu registro retificado, como no caso de um suposto casamento heterossexual entre uma pessoa cis que não sabe que estaria casando com uma pessoa trans)¹⁶. Temos como exemplo

¹⁵ Nessa situação específica, por exemplo, os pedidos dos processos são: retificação de nome no registro civil e retificação de declaração de sexo/gênero no registro civil. Os pedidos são julgados separadamente.

¹⁶ Importante mencionar, nesse momento, que o Cadastro de Pessoa Física – CPF e o número do Registro Geral – RG permanecem os mesmos. Essas argumentações têm, em sua base, ques-

a seguinte sentença:

Sentença de improcedência, com fundamento na estabilidade das relações jurídicas, na ausência de transformação do autor em mulher, e na preservação de terceiros de boa-fé (Julgado de segunda instância, 2009).

Com relação ao deferimento e indeferimento dos processos e suas respectivas instâncias de julgamento, dentre todos, apenas quatro processos foram julgados procedentes e a decisão foi tomada em primeira instância, ou seja, deferida pelo juiz ou juíza de direito para alteração de nome e declaração de sexo/gênero. A improcedência ocorre quando o juiz indefere algum dos pedidos do processo ou ambos, alegando impossibilidade jurídica pela via de uma suposta inconstitucionalidade ou insegurança jurídica, pelas fundamentações mencionadas anteriormente.

Como já mencionamos, os quatro processos deferidos e julgados em primeira instância autorizaram modificação do nome e da declaração de sexo/gênero no registro civil. Os demais processos, 12 no total, foram inicialmente julgados improcedentes ou parcialmente procedentes em primeira instância. A parcialidade da procedência se deu justamente pela autorização em se alterar somente o nome, negando a modificação do registro de sexo/gênero. Dentre os 12 processos julgados em segunda instância, três foram julgados improcedentes pelos juízes em primeira instância.

Em um desses processos, o julgamento em segunda instância autorizou somente a alteração do nome, suspendendo o julgamento com relação ao sexo/gênero para que se esperasse a efetivação da cirurgia de

redesignação genital. Na decisão em questão, quando retomado o processo após a efetivação da cirurgia, sendo julgado por outro desembargador (não o mesmo que suspendeu o processo devido à necessidade de cirurgia, mas outra pessoa), o julgamento em segunda instância manteve somente a alteração do nome, sob o argumento de que a pessoa ainda possuía o genótipo XY¹⁷, apesar de o fenótipo se apresentar como sendo do “sexo oposto” (como mencionado na decisão). Os outros dois processos, dentre os três mencionados improcedentes em primeira instância, tiveram como resolução de segunda instância a alteração de nome e declaração de sexo/gênero.

Dentre os nove processos restantes julgados em segunda instância, três deles não mencionam se a decisão provida inicialmente pelos juízes foi de indeferimento ou deferimento parcial. Dos seis que mencionam, todos foram parcialmente providos em primeira instância, pois foram autorizadas somente as mudanças de nome, mas não de sexo/gênero. Dentre eles, apenas em um manteve a decisão de não alterar a declaração de sexo/gênero, em julgamento em segunda instância. Seguem duas tabelas que expõem o andamento e o resultado dos processos:

Decisões Judiciais – Primeira Instância (Tabela 1)

Resultados	Total
Providos e julgados (nome e sexo/gênero)	4
Parcialmente providos (somente nome)	6
Improcedentes	3
Não consta decisão	3
Total	16

¹⁷ Não há menção na decisão em questão da efetivação de um estudo genético a respeito da procedência efetiva de genes sexuais XY da pessoa em questão.

Decisões Judiciais – Segunda Instância (Tabela 2)

Resultados	Total
Providos e julgados (nome e sexo/gênero)	10
Parcialmente providos (somente nome)	2
Total	12

Ou seja, dentre os 16 julgados colocados em análise, apenas dois não autorizaram a retificação do registro civil das pessoas interessadas ao final, pois foram providos parcialmente (somente a retificação do nome). Possivelmente, se houve recurso das pessoas interessadas, são casos realocados para o Supremo Tribunal Federal – STF.

Para análise, os documentos foram inseridos, na íntegra, em um programa que realiza uma análise da frequência das palavras que são grafadas nos textos, produzindo um gráfico em forma de imagem. O programa, disponibilizado gratuitamente na internet pelo sistema Tagul¹⁸, proporciona uma perspectiva de análise de argumentos centrais e de palavras orientadoras dos documentos, a partir da imagem que disponibiliza. Dessa forma, compreendendo que o uso de determinadas palavras em detrimento de outras, por mais que não correspondam necessariamente a uma escolha reflexiva e consciente de cada magistrado, pode nos indicar versões que o Sistema Judiciário utiliza para compreender não somente a questão da retificação do registro civil, como também as diferentes formas de se entender sobre a transexualidade, as relações de sexo/gênero e os processos de produção de subjetividades.

Segue uma imagem, do tipo nuvem de palavras, produzida a partir dos argumentos centrais utilizados nas decisões judiciais, a partir da perspectiva das palavras que mais se repetem:

¹⁸ <https://tagul.com/show/>.

da sentença. A predominância de uma categoria de “sexo” como categoria mais mencionada nas decisões judiciais nos indica a possibilidade de uma maior amplitude de versões interpretativas relacionadas à determinada noção de sexo, que nos indica a separação, de concepções diferenciadas entre sexo e gênero.

As segundas categorias mais mencionadas, de proporção similar entre si, conferem a “transexualismo”, “mudança”, “identidade” e “dignidade” posições importantes nas argumentações em análise. Assim, a compreensão de que a matéria se trata de perspectivas identitárias, relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, é um importante analisador para visualizarmos a controvérsia que se instala à medida que tais concepções entram em choque com a predominância de certa noção sobre o “sexo”, mencionada anteriormente. Torna-se mais complexa ainda a questão quando a palavra “transexualismo”, definição já ultrapassada pelo uso de perspectiva psicopatológica do sufixo *-ismo*, aparece como uma categoria mencionada na mesma proporção que “mudança”, “identidade” e “dignidade” nas decisões judiciais. Indica-nos que talvez o Sistema Judiciário ainda não tenha abarcado essa discussão, tão cara aos movimentos sociais desde a década de 1970.

Dentre as categorias mais mencionadas após as mencionadas anteriormente, “humana” e “gênero” aparecem em terceiro lugar. Tais palavras indiciam possíveis relações estabelecidas entre a dignidade da pessoa humana e concepções relacionadas às questões contemporâneas de gênero, como a noção de identidade de gênero. Em quarto lugar em termos de proporção, uma rede maior de categorias surge na imagem: “desconforto”, “corpo”, “natureza”, “angústia”, “dualidade”, “cirurgia”, “pessoa”, “direito”, “penal” e “nome” estão entre as palavras presentes nas

decisões judiciais, indicando-nos algumas possíveis vias do argumento propriamente dito para conceder de forma total ou parcial a sentença de retificação do registro civil.

Torna-se visível, a partir da leitura dos textos das decisões judiciais, que a argumentação central dos operadores do direito se dá pelas vias de patologização da transexualidade e da naturalização de certa concepção de corpo, pela via da morfologia e do suposto “sexo biológico”. Nessa perspectiva, a categoria “cirurgia” aparece com uma frequência considerável nas decisões judiciais, já que é uma medida terapêutica recomendável para lidar com tal dualidade e incoerência dos indivíduos. Tal medida quando transformada em argumento jurídico exclui muitas pessoas trans que não desejam efetivar procedimentos cirúrgicos e/ou não efetivaram tais procedimentos.

Voltando à análise dos verbetes, as demais palavras dessas categorias em análise, “direito” e “penal” surgem como resquícios e vestígios da concepção penalista advinda da interpretação já superada da questão da cirurgia de redesignação: por muito tempo, até 1997, a norma penal brasileira entendeu o procedimento cirúrgico de redesignação genital como mutilação e, portanto, possível de interpretação de crime de lesão corporal cometido pelo médico. Como já citado anteriormente em trecho de decisão, o julgamento proferido em segunda instância menciona discordância com o julgamento de primeira instância, já que o juiz inicialmente indeferiu o pedido devido à segurança das relações jurídicas e fez menção a crime de lesão corporal pela pessoa já ter realizado a cirurgia de redesignação. O julgamento em segunda instância em questão deferiu e autorizou o pedido de retificação do registro civil da pessoa interessada.

Com relação às outras categorias, com menor frequência de repetição,

elas também nos indicam algumas questões importantes. A palavra “batismo”, relacionada a “nome de batismo”, surge para designar o nome que consta no registro civil, o que nos indica uma nomenclatura visivelmente de cunho religioso, de base judaico-cristã, em plena estrutura judiciária. Tal fato nos remete a duas decisões judiciais, cujos argumentos de cunho criacionista me chamaram atenção. Em ambas as decisões, há a menção à existência de um Deus que provê a tudo, mesmo a transexualidade.

Uma delas, relacionada a um julgado de primeira instância e mencionada em segunda instância, a título de questionamento do desembargador, sugere que a transexualidade seria “uma interpretação de anomalia da criação”. Em outra, justificando a procedência da alteração do registro civil, menciona a aprovação do Ministério Público, a partir do mesmo argumento em sentido oposto, argumentando-se a via dignidade da pessoa humana para que a solicitação seja acatada:

(...) de uma ideia de metamorfose, nasce uma nova criatura do corpo redesignado, digna de respeito como qualquer obra do Criador (Decisão de primeira instância, 2012).

Palavras como “descompasso”, “sofrimento”, “zombaria”, “repulsa” e “deboche” surgem como argumentos para a defesa da dignidade da pessoa humana. Termos relacionados à incriminação e criminalização da experiência de pessoas trans, como “crime” e “lesão corporal” também aparecem. Essas palavras nos trazem indicativos que já tratamos aqui, elementos orientadores da racionalidade médico-jurídica em questão, presentes nos processos de produção das decisões judiciais: palavras que atestam uma lógica de base moral e dualista dos argumentos.

Para dar andamento aos processos julgados procedentes, é necessária

a obtenção de provas, baseadas na noção de verdade real da norma jurídica, como mencionada na seguinte decisão:

Dessa forma, para o transexual, ter vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, de molde a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade (Julgado de segunda instância, 2014).

A verificação da suposta verdade real da experiência transexual se dá por diferentes meios, a partir da solicitação de provas documentais, como fotografias e registros de sua vida, da análise de antecedentes criminais, da confirmação de especialistas e peritos, do testemunho de terceiros. A primeira verificação solicitada pelo juiz ou pelo Ministério Público a ser realizada é a análise de antecedentes criminais das pessoas interessadas, com finalidade de verificação da segurança jurídica. Para o Sistema Judiciário, somente quando não há registro criminal, ou seja, quando a pessoa já esteve ou está em dívida com a sociedade, é possível modificar seu registro civil.

Em todas as decisões judiciais, com exceção da decisão citada anteriormente, os argumentos centrais mencionados pelos laudos, pareceres e/ou estudos correspondem à afirmação de uma verdade relacionada à experiência de sexo/gênero da pessoa interessada. Tal verdade, a verdade do “sexo psicológico” está intimamente aliada aos estereótipos pautados pelo binarismo de gênero, a partir da afirmação das ditas aparências femininas ou masculinas das pessoas julgadas. Além disso, a verdade do “sexo psicológico” só se efetiva totalmente se corresponder à expectativa de heterossexualidade compulsória, por mais que questões relativas à orientação sexual não envolvam a matéria julgada, como vemos a seguir:

Com base na análise biopsicossocial do caso, biologicamente por efeito da testosterona o organismo do paciente é masculino, está sujeito como qualquer homem à calvície, possui tendência às doenças cardiovasculares, a obesidade androide (barriga), e a menor expectativa de vida e etc, quando comparado ao organismo feminino, ou seja, seu organismo comporta-se como o de um homem; psicologicamente sua mente é masculina e esse é um estado imutável (...). O paciente possui uma mente normal de homem e um corpo que já foi feminino e estava discordante com a sua mente (Estudo psicológico transcrito em julgado de segunda instância, 2014).

(...) Entendemos que a autora desde cedo sentiu a clara percepção e sensação de que pertencia a um sexo que estava em desacordo com seu sexo biológico, havendo uma total discordância entre sua identidade sexual e corpórea. (...) Pelas indicações observadas como roupa, corte de cabelo, barba, tom de voz, atitudes predominantemente ativas e masculinas durante o transcrever das entrevistas, atração por mulheres e manutenção de relacionamentos com mulheres por períodos duráveis, por seu papel de principal provedor da família, pelo que percebemos de seus vizinhos em relação ao casal, por todo o processo difícil e doloroso (...), “sem arrependimento”, consideramos que a autora nasceu do sexo feminino, mas identifica-se como homem, sentindo-se atraída por mulheres e, assim sendo, identificando-se como heterossexual (Estudo social transcrito em julgado de primeira instância, 2009).

Os estudos psicológicos trazem algumas particularidades de análise. Para uma afirmação sobre a experiência identitária da pessoa em julgamento, uma série de elementos, considerações e juízos de valor surgem à tona, como seguem:

XXXX é uma pessoa com a aparência do sexo masculino, adulto jovem, branco, discretamente obeso, asseado, mas sem sinais de excesso, vestido de forma adequada para a situação de entrevista e sempre mantendo contato visual direto... (Estudo psicológico transcrito em julgado de

primeira instância, 2009). *Alega sentir-se muito constrangida quando é chamada em algum lugar público pelo nome de batismo (sic) (...). Interação com a imagem feminina. Veste-se como mulher, age como mulher, é bonita, feminina e muito educada, possui um bom nível de aspiração com relação à vida pessoal e profissional. Informação Relevante Demonstra segurança com relação a determinadas decisões pertinentes a este assunto, é muito tranquila e só mostra ansiedade em relação a demora da decisão(...)* (Estudo psicológico transcrito em julgado de primeira instância, 2014).

As avaliações periciais são baseadas em instrumentos e procedimentos específicos a cada especialidade, sendo que cada profissional tem autonomia para eleger seus procedimentos. A realização de entrevistas é o único procedimento de cunho obrigatório para profissionais da psicologia¹⁹. Por meio da análise de decisões judiciais, percebeu-se que o uso de testes psicológicos e a análise de documentos e fotografias são procedimentos comuns para a obtenção dos documentos psicológicos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, verificamos a complexidade a partir da qual a questão se apresenta em nosso contexto. No Brasil, a complexidade dos processos de retificação do registro civil de pessoas trans se apresenta por diferentes fatores. Primeiramente, pela complexidade do próprio Sistema Judiciário. O Sistema Judiciário brasileiro, cuja figura central se

¹⁹ Sobre a questão, é imprescindível o embasamento e respaldo ético de toda e qualquer prática psicológica relacionada à elaboração de documentos. Tal embasamento é disponibilizado pela Resolução 007/2003 do Conselho Federal de Psicologia, disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2003/06/resolucao2003_7.pdf>.

representa pela figura do juiz é responsável pela resolução de conflitos em cumprimento da Constituição Federal. Ou seja, segundo a Constituição de 1988 (dos arts. 92 a 126), o poder judiciário tem como função a solução jurisdicional de conflitos, baseado nos princípios da administração pública: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência (BRASIL, 1988, Cap. VII, Art. 37). Há uma série de atribuições, hierarquias e estabelecimentos de território para ação do Sistema Judiciário, o que o torna uma rede institucional complexa por si só.

Em segundo lugar, a complexidade dos processos de retificação do registro civil de pessoas trans está aliada a uma questão fundamental: não há legislação prevista para essa situação, de forma específica, no Brasil. Baseados no Código Civil e no Código de Processo Civil, em legislação internacional e direito comparado, os caminhos da hermenêutica jurídica e de interpretação dos juízes sobre a temática do registro civil de pessoas trans são múltiplos, salvaguardando-se o princípio da segurança jurídica, o qual permite que a matéria seja julgada. Percebe-se aí a necessidade de uma formação mais contundente e crítica em termos de sexo/gênero voltada à magistratura para que esses processos não estejam tão à mercê de concepções comuns e estereotipadas, enquanto ainda forem judicializados.

Em terceiro lugar, uma série de recursos são acionados pelo juiz, em detrimento da necessidade de tomar uma decisão e dar uma resposta sobre o pedido de alteração de registro civil. Em nenhum processo analisado para a presente pesquisa, os juízes decidiram apenas pelo argumento da petição inicial e do estudo psicossocial obrigatório anexado. Especialistas são convocados para a verificação de antecedentes criminais da pessoa interessada, para sua avaliação psiquiátrica e confirmação de diagnóstico e, por fim, para a realização de estudos sociais e psicológicos. Ou seja, o que

é algo que parte de uma relação singular²⁰ de uma pessoa com sua própria história de vida percorre diversos caminhos, especialistas e interpretações.

Todas essas controvérsias aparecem exatamente devido à dissidência da norma cisgênera que os processos de retificação do registro civil de pessoas trans escancaram para o Sistema Judiciário, o qual é convocado a dar uma resposta. São experiências dissidentes à norma que, primeiramente, são nomeadas como outro “anormal” e que, em segundo lugar, passam por investidas de saberes e poderes para uma suposta readequação, baseada em certa noção de verdade. Surge aí uma das questões levantadas pela problemática e que precisamos refletir: não é necessariamente pela dissidência das normas sociais que a problemática se efetiva, mas justamente no reconhecimento, mesmo implícito, que o Sistema Judiciário parece dar à norma cisgênera como única possibilidade de existência.

A ativista Hailey Kaas (2011), em um texto inaugural sobre a cisgeneridade no blog brasileiro “Transfeminismo”²¹, coloca que o objetivo de afirmar a utilização da palavra é a desnaturalização da condição cisgênera. Uma norma que até então nomeava o outro, a transexualidade, sem haver seu contraponto. Quando pessoas trans solicitam alterar seus registros civis, seja o prenome, a declaração de sexo/gênero ou ambos na certidão de nascimento, elas passam a afirmar outra experiência que não a cisgeneridade. E isso diz respeito a todas e todos nós, inclusive nos campos da psicologia, do serviço social, da medicina e do direito, quando inferimos na experiência de outras pessoas a partir do nosso trabalho e de concepções pré-estabelecidas de sujeito.

20 Guattari, no texto “Subjetividade e História” (GUATTARI, ROLNIK, 1996), traz que as singularidades e processos de singularização são as raízes produtoras da subjetividade em sua dimensão plural.

21 Link: <http://transfeminismo.com>

Quando, em um Estado democrático de Direito, o direito é tido como o campo responsável pela produção de saberes, práticas, regulações e serviços relacionados à produção e efetivação de leis, ele se materializa efetivamente em instituições cuja historiografia milenar produz efeitos intensivos e extensivos de afirmação de verdades e de produção de subjetividades em múltiplas dimensões de nossa realidade. É o direito que é tido como elemento regulador máximo dos aspectos da democracia de um Estado Democrático de Direito. Uma instituição tão múltipla e enraizada, de tamanha força e importância, precisa se haver com as questões de seu próprio tempo, que é o nosso tempo, das pessoas que vivem, circulam, encontram-se, que buscam o direito como via resolutive de conflitos, de garantia de direitos; pessoas que efetivam reivindicações e soluções próprias, produzindo efeitos de disputas e recriações do próprio direito.

Se não nos atualizamos com relação ao nosso próprio tempo, não temos como nos haver com as questões e demandas sociais que surgem e nos atravessam. É por causa de um nome que, porventura, pode se efetivar o assassinato de uma pessoa trans. Todas essas histórias, memórias, intensidades também são vivenciadas pelas pessoas trans. Alterar seu registro não é um processo automatizado, livre de afetos em circulação. Empreende-se um complexo processo, especialmente repleto de tensionamentos, ao se efetivar uma transgressão das normas cisgêneras. Pessoas cisgêneras, por vezes, nem pensam nisso (e me incluo nessa perspectiva). Ao chegarmos a qualquer serviço, como a um centro de saúde, ao aeroporto, ao local de votação durante as eleições, apresentamos nosso documento de maneira simples. Porém, esse ato não é simples na experiência de todas as pessoas. Assim, podemos desnaturalizar nossas concepções para que, a partir desse ato de estranhamento com a diferença,

tracemos estratégias e fugas em conjunto, no sentido de que todas as experiências sejam livres.

REFERÊNCIAS

BARROS, R. B. *Grupo: A afirmação de um simulacro*. Porto Alegre: Sulina, 2009.

BENTO, B. Nome social para pessoas trans: Cidadania precária e gambiarra legal. *Contemporânea*, v. 4, n. 1, 2014, pp. 165-182, 2014. Disponível em: <<http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/197/101>>. Acesso em: 05/01/2015.

BRASIL. *Anais da 2ª Conferência Nacional de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais – LGBT*. Brasília: 2011. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/conferencias/anais-2a-conferencia-nacional-lgbt-1>>. Acesso em: 08/04/2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10/06/2015.

_____. *Decreto No 592/92*. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 10/06/2015.

_____. *Decreto No 678/92*. Convenção Americana de Direitos Humanos

– Pacto de São José da Costa Rica de 1969. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 05/02/2015.

_____. *Decreto N 4.316/2002*. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm>. Acesso em 10/06/2015.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA*. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 10/06/2015.

_____. *Lei N° 6.015/1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em 10/06/2015.

_____. Ministério da Saúde. *Brasil sem homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e de promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Conselho Nacional de Combate à Discriminação, 2004. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em 12/04/2015.

_____. *Plano Nacional de Enfrentamento da Epidemia de AIDS e das DST entre gays, homens que fazem sexo com homens*. Brasília: 2007. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_enfrentamento_epidemia_aids_hsh.pdf>. Acesso em 12/04/2015.

_____. *Política Nacional de Humanização*. Brasília: 2006. Disponível

em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_humanizacao_pnh_folheto.pdf>. Acesso em 12/04/2015.

_____. *Portaria 1.707/2008*. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Brasília: 2008. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html>. Acesso em: 12/04/2015.

_____. Presidência da República. *Código penal de 1940*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 10/06/2015.

_____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Anais da Conferência Nacional de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais – GLBT*. Brasília: 2008. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/conferencias/anais-1a-conferencia-nacional-lgbt-2>>. Acesso em 08/04/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *PGR pede que Supremo reconheça direito de transexuais a mudar de nome*. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=111026>>. Acesso em: 20/12/2013.

BUTLER, J. *Linguaje, poder e identidad*. Madrid: Síntesis, 1997.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 1.909-A/1979*. Acrescenta parágrafo ao art. 129 do Código Penal, instituído pelo Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF. Disponível em: <<http://>>

www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0081677DB89F9A3CC8992B412E27868E.node2?codteor=1180106&filena me=Avulso+-PL+1909/1979>. Acesso em 18/11/2015.

_____. *Projeto de Lei 3.349/1992*. Altera o artigo 58 da Lei 6015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências proibindo a alteração do prenome nos casos de indivíduos que sofrerem intervenção cirúrgica para mudança de sexo. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=211915>>. Acesso em 15/11/2015.

_____. *Projeto de Lei 70/1995*. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>>. Acesso em: 18/11/2016.

_____. *Projeto de Lei 2.976/2008*. Acrescenta o art. 58-A ao texto da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências, criando a possibilidade das pessoas que possuem orientação de gênero travesti, masculino ou feminino, utilizarem ao lado do nome e prenome oficial, um nome social. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386164>>. Acesso em: 18/11/2016.

_____. *Projeto de Lei 4.211/2012*. Regulamenta a atividade dos profissionais do sexo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em: 10/08/2015.

_____. *Projeto de Lei 5.002/13*. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 19/07/2013.

CHAZAN, L. K. *“Meio quilo de gente”*: um estudo antropológico sobre ultrassom obstétrico. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.

CIDADE, M. L. R. *Nomes (im)próprios*: Registro civil, norma cisgênera e racionalidades do Sistema Judiciário. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. *Resolução CFM Nº 1.482/97*. Brasília: 1997. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 19/07/2013.

_____. *Resolução CFM Nº 1995/2010*. Brasília: 2010. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 19/07/2013.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP). *Processo transexualizador*: CFP disponibiliza nota técnica para consulta pública. Brasília: 2013. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/processo-transexualizador/>>. Acesso em: 22/01/2014.

_____. *Resolução Nº 007/2003*. Brasília: 2003. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2003/06/resolucao2003_7.pdf>. Acesso em: 22/01/2014.

DELEUZE, G.; GUATTARI, F. *Mil platôs: Capitalismo e esquizofrenia*. Volume 1. São Paulo: Editora 34, 1995.

FALCONI, F. *Os princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança*. Online. 2011. Disponível em: <<https://franciscofalconi.wordpress.com/2011/01/23/principios-da-seguranca-juridica-boa-fe-e-protecao-a-confianca/>>. Acesso em: 15/01/2016.

FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2013.

_____. *Ditos e Escritos IV: Ética, Sexualidade, Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FREIRE, L. Certificações de sexo e gênero: A produção de verdade nos pedidos judiciais de requalificação civil de pessoas transexuais. *Mediações*, v. 20, n. 1, pp. 89-107, 2015. Acesso em 15/01/2016.

GUATTARI, F.; ROLNIK, S. *Micropolítica: Cartografias do desejo*. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

KAAS, H. *O que cissexismo?*. Texto de blog. 2011. Disponível em: <<http://transfeminismo.com/o-que-e-cissexismo/>>. Acesso em: 10/11/2014.

KOYAMA, E. *Manifesto transfeminista*. 2001. Disponível em: <<https://bookblocrda.files.wordpress.com/2014/06/manifesto-transfeminista.pdf>>. Acesso em: 20/08/2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal*

dos Direitos Humanos. Paris: 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>.

_____. *Conferência de Direitos Humanos*. Viena: 1993. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>.

_____. *Princípios de Yogyakarta*. Genebra: 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 07/02/2016.

PASSOS, E.; KASTRUP, V.; ESCÓSSIA, L. *Pistas do método da cartografia*. Porto Alegre: Sulina, 2012a.

SERANO, J. *Whipping girl: A transexual woman on sexism and the scapegoating of feminity*. Berkeley: Seal Press, 2007.

SWIECH, O. *O sexo e o nome das pessoas trans: Com que corpo se passa pela norma jurídica?*. Monografia. (Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito). Bacharelado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2014.

VIEIRA, T. R.. *Nome e sexo: Mudanças no registro civil*. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

Recebido em 19/02/2017 – Aprovado em 21/08/2017

DA NECESSIDADE DE EFETUAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER, À LUZ DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424/DF.

THE NEED TO EFFECT THE VICTIM'S REPRESENTATION IN CRIMES OF DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE LIGHT OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY 4.424 / DF.

Ozana Rodrigues Boritza¹

Larissa Renata Padilha Barbosa Mazzo²

¹ Mestre em Administração pela Faculdade de Estudos Administrativos (FEAD) Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade de Rolim de Moura (FAROL). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Professora na Universidade Federal de Rondônia (UNIR) - Campus de Cacoal. E-mail: ozanarb@gmail.com

² Pós-graduanda em Direito Penal e Direito Processual Penal pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Advogada. E-mail: lary_mazzo@hotmail.com

RESUMO: Este trabalho possui a finalidade de discutir acerca da necessidade de efetuação da representação criminal da vítima, em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, sob o enfoque da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF. Procurar-se-á demonstrar quão antiga é a condição de submissão da mulher, através de um estudo das sociedades ao longo da história, abordando suas características, a fim de identificar a herança deixada por estas para a sociedade atual. Será apreciada a Lei 11.340/06 (Maria da Penha), destacando as razões de sua criação, seus objetivos, fins sociais e as modificações que efetuou no ordenamento jurídico nacional ao entrar em vigor. Buscar-se-á entender no que consiste a violência doméstica e familiar contra a mulher, suas formas de expressão, as peculiaridades presentes em tal situação, vislumbrando elencar também os motivos que impedem muitas vítimas de denunciar seus agressores.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Processual Penal. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF.

ABSTRACT: The purpose of this study is to discuss the need to carry out the criminal representation of the victim in cases of domestic and family violence against women, under the focus of the decision handed down by the Federal Supreme Court in the judgment of the Action direct of Unconstitutionality 4,424 / DF. It will be tried to demonstrate how old is the condition of submission of the woman, through a study of the societies throughout history, addressing its characteristics, in order to identify the

inheritance left by these to the current society. The Law 11.340 / 06 (Maria da Penha) will be appreciated, highlighting the reasons for its creation, its objectives, social purposes and the modifications that it made in the national legal system upon coming into force. It will seek to understand what constitutes domestic and family violence against women, their forms of expression, the peculiarities present in such a situation, envisioning also the reasons that prevent many victims from denouncing their aggressors.

KEYWORDS: Criminal Procedural Law. Human rights. Fundamental rights. Domestic and Family Violence against Women. Direct Action of Unconstitutionality 4,424 / DF.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto de estudo o instituto da representação criminal da vítima no caso de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, sob o enfoque da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.424/DF.

Abordando um panorama histórico cultural acerca do papel da mulher nas sociedades e civilizações antigas, enfatizando seus aspectos e suas características. Dando ênfase ao caso de Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica cearense que, como tantas outras mulheres, foi vítima de violência doméstica. Demonstrando que Maria da Penha representou um símbolo de luta por igualdade de direitos, levando sua história ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através de formalização de denúncia, sendo o Brasil condenado a pagar uma

indenização a mesma e recomendado a adotar medidas que buscassem, principalmente, a redução da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Realiza-se ainda, uma abordagem a respeito dos direitos humanos e fundamentais inerentes a mulher e a maneira com que por anos foram violados, em virtude do descaso com que era tratada, a violência de gênero no país. Analisando a Lei Maria da Penha, e apresentando a importância do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF, que declarou a constitucionalidade da Lei nº 11.340/06 e afastou a aplicabilidade da Lei nº 9.099/95, pacificando assim o conflito aparente, em virtude da vigência de ambos diplomas legais.

O método utilizado no presente trabalho foi o dedutivo e a investigação foi desenvolvida mediante pesquisa bibliográfica.

Antes de adentrar ao tema em si, faz-se necessário realizar um panorama histórico, a fim de constatar a forma com que vivia a mulher desde os primórdios, bem como de sua relação com a sociedade nas antigas civilizações, conforme se segue.

1.1 Antiguidade Clássica

A Antiguidade Clássica tem início, aproximadamente, no século VIII a.C, findando-se no século V d.C. Dentre os povos daquela época, os gregos e os romanos foram as civilizações mais importantes, em razão de seu desenvolvimento e forma de organização da sociedade. Neste período, verifica-se que a violência já era praticada contra a mulher, as quais eram consideradas propriedade do homem, seja ele pai, irmão ou marido.

Nas palavras de Melani (2006, p. 150): “O termo Antiguidade Clássica refere-se a um longo período da História da Europa que se estende aproximadamente do século VIII a.C., com o surgimento da poesia grega

de Homero, à queda do Império romano do ocidente no século V d.C., mais precisamente no ano 476. No eixo condutor desta época, que a diferencia de outras anteriores ou posteriores, estão os fatores culturais das suas civilizações mais marcantes, a Grécia e a Roma antigas”.

A Grécia compreendia uma região localizada na atual Europa, sendo composta por cidades-Estado, das quais, Atenas e Esparta, destacaram-se pela maneira divergente em tratar as mulheres (FIGUEIRA, 2005, p. 37-45).

Em Atenas, as mulheres não tinham direito à cidadania, somente os homens, desde que adultos e filhos de pais atenienses, é que detinham direito à participação política, à cidadania e à magistratura. As mulheres se submetiam às vontades do marido, restringiam-se às atividades domésticas e serviam, principalmente, para gerarem filhos. Apenas as mulheres pobres e as escravas podiam sair às ruas, pois as ricas viviam reclusas em uma área de suas casas denominada gineceu, local em que somente homens com um grau de parentesco podiam adentrar. Dos homens não se era exigido fidelidade às suas esposas, abusando de escravas e prostitutas, entretanto as mulheres adúlteras e estéreis poderiam ser devolvidas às suas famílias.

Em Esparta, apesar das mulheres não possuírem direitos políticos iguais aos dos homens, estas gozavam de maior liberdade quando se comparado com as mulheres atenienses. A principal obrigação da mulher espartana era gerar filhos saudáveis, motivo pelo qual eram obrigadas a praticar esportes, como ginástica e luta. Homens e mulheres eram criados juntos.

Nas palavras de Figueira (2005, p. 43): “O principal dever das mulheres era dar à luz filhos vigorosos. Embora fossem obrigadas a praticar ginástica, tinham bastante liberdade. Em virtude da prolongada ausência a que estavam sujeitos os homens, cabia às mulheres a administração dos interesses da casa. A elas, e não aos homens, era concedido o direito de praticar o comércio”.

Assim, em que pese a mulher espartana gozasse um pouco mais de liberdade com relação às demais, a mesma era exercida de forma acentuada somente quando a figura do homem se afastava do seio da família.

Desta forma, observa-se que a mulher era vista, principalmente, como geradora de filhos, era destituída de qualquer tipo de ação e decisão dentro da instituição familiar, pois o homem era quem pensava por ela, devendo esta obediência a ele.

1.2 Idade Média

A Idade Média teve início no século V, perdurando até o século XV. Esta época ficou marcada pelo pleno domínio político da Igreja Católica.

Nas palavras de Figueira (2005, p. 67): “Para facilitar o estudo, costuma-se dividir a Idade Média em dois grandes períodos: *Alta Idade Média* (século V a IX) e *Baixa Idade Média* (século IX a XV)”.

Neste período, a igreja difundiu a ideia de manutenção da virgindade das mulheres, baseada no exemplo da Virgem Maria, tornando assim a castidade feminina altamente valorizada.

Desta forma, os pais detinham a guarda das filhas, a qual era transferida ao marido com o casamento, devendo estas se casarem virgens. A perda da virgindade e o adultério eram punidos com a morte. Na condição de “propriedade”, forma como eram vistas à época, as mulheres tinham a obrigação de serem “puras”, pois tal qualidade era transmitida por meio da linhagem para as futuras gerações. Muraro (1995, p. 100).

No final deste período, teve início a caça às bruxas, que consistia em uma perseguição religiosa e social às mulheres que detinham conhecimento sobre ervas medicinais capazes de tratar de doenças e moléstias que acometiam as pessoas, prática totalmente mal vista pela igreja.

Nas palavras de Santos (2013, não paginado): “As mulheres durante a Idade Média que possuíam domínio de ervas medicinais para a cura de enfermidades eram julgadas como hereges e pecadoras, pois, na concepção católica, elas tentavam enganar as leis divinas com rituais que iam contra os preceitos da Igreja Católica. Por isso, várias mulheres foram perseguidas e acusadas de feitiçaria ou bruxaria e, conseqüentemente, foram assassinadas pela prática de suas credences e cultura. Na Idade Média, as bruxas eram acusadas de falsear o controle divino, manipulando ervas e curando doenças, pois ninguém poderia mudar o curso divino das coisas se não fosse Deus. Juntamente com essa acusação, as bruxas eram acusadas de fazerem pactos demoníacos e realizarem coisas sobrenaturais, como voar pelos ares. Foi com esse imaginário simbólico que acusações foram legitimadas e várias mulheres foram mortas em diversas cidades da Europa até a chegada do Iluminismo”.

Posteriormente, em diversos países, às mulheres foram tolhidos os direitos à educação, à herança, dentre outros, sendo estas rebaixadas jurídica e politicamente. As mulheres eram senhoras do silêncio, do mistério, da submissão, da aceitação, da imobilidade, do acolhimento.

Desta forma, o pouco que foi conquistado pelas mulheres ao longo da história, foi praticamente destruído pelo pensamento defendido e imposto pela igreja. Diferentemente da concepção trazida por Jesus com o Cristianismo, a Igreja Católica, na Era Medieval, transfigurou o ensinamento igualitário de Cristo, inferiorizando de forma absurda a mulher, colocando-a como algo possivelmente maléfico.

1.3 Idade Moderna E Idade Contemporânea

A Idade Moderna teve início no século XV e término no século

XVIII. Esta época foi marcada pela decadência do feudalismo e a ascensão do capitalismo, por meio do mercantilismo. Surgiram novas relações políticas, científicas, econômicas, sociais, culturais e artísticas. O movimento Renascentista, nascido na época, foi fundamental para inserção do sistema capitalista.

Dentro desse contexto, Figueira (2005, p. 95): “Tradicionalmente, considera-se que a Idade Média chegou ao fim em 1453, ano em que desapareceu o Império Bizantino, [...] Na verdade, a passagem da Idade Média para a Idade Moderna não resultou de um único acontecimento, mas de uma série de transformações, que mudaram de maneira profunda o mundo ocidental”.

Distintamente da Antiguidade Clássica, criou-se na Idade Moderna novas regras e comportamentos destinados às mulheres. Ainda que submetida aos desejos do homem, consagrou-se aqui a figura da mulher “dona-de-casa”, mãe zelosa e dedicada à família e aos afazeres domésticos, ainda sendo vista também como geradora de filhos.

Já a Idade Contemporânea se iniciou, aproximadamente, no fim do século XVIII e início do XIX. Este período foi marcado pelo surgimento do Iluminismo, movimento que pregava o exercício da razão. Percebe-se que, a partir desta época, a ciência passou a ter cada vez mais importância, levando a humanidade a evoluir ano após ano.

Nas palavras de Figueira (2005, p. 237): “ sociedade que começou a surgir com a Revolução Industrial na Inglaterra, em meados do século XVIII, alcançou seu pleno amadurecimento no decorrer do século XIX. Chamada de sociedade industrial por alguns autores, ou de sociedade capitalista por outros, ela se caracterizou pela liberdade de mercado, pela mudança do pólo dinâmico da economia – que passou do comércio para a indústria -, pela

propriedade burguesa dos meios de produção e pelo trabalho assalariado”.

Com a invenção da máquina a vapor e o advento da Revolução Industrial, surgiram as primeiras fábricas e minas de carvão, locais em que os trabalhadores eram muito explorados. Verifica-se que nessa época, as mulheres começam a sair de seus lares para exercerem atividades fora do ambiente doméstico.

Em que pese as mulheres trabalhem nos mesmos locais que os homens, estas possuíam carga horária mais elevada e salários bem mais baixos, quando comparado aos masculinos, sendo considerada mão de obra barata, juntamente com as crianças, que também foram exploradas nessa época, fundamentando, erroneamente, a ideia de que a mulher era o sexo frágil.

1.4 A Sociedade, a mulher e a violência na história do Brasil

A abolição da escravatura no final do século XIX resultou na intensa migração de europeus e asiáticos para o Brasil. Às mulheres foi permitido o trabalho fora do ambiente doméstico, mas eram exploradas, vez que possuíam carga horária de trabalho elevada e recebiam salários baixíssimos quando comparados aos masculinos.

Diante dessa situação, as mulheres começaram a se questionar acerca do papel delas na sociedade, surgindo assim os primeiros movimentos feministas no Brasil, por volta do século XX.

Nessa época, o feminismo possuía duas vertentes. A primeira correspondia àquelas mulheres que reivindicavam direito à cidadania, sem questionar, porém, as demais atividades submissas que assumiam. Já a segunda, condizia àquelas que clamavam por mais abertura na vida pública, bem como defendiam o movimento dos trabalhadores e o fortalecimento

de princípios de luta comunistas. (Sousa 2008, não paginado).

Com o passar dos anos as reivindicações das mulheres foram se adequando ao cenário político nacional. Lutou-se pelo direito ao voto e, posteriormente, com a instituição das ditaduras, pleiteou-se pela liberdade de expressão e igualdade de direitos.

Assim, após a redemocratização do país, os movimentos feministas alcançaram importantes avanços. É notório, com a análise da história nacional, a influência exercida pelos povos que aqui colonizaram, pois a forma de tratar a mulher brasileira em muito se assemelha com a maneira empregada na Europa.

2. O CASO MARIA DA PENHA

O caso Maria da Penha representou um marco no cenário jurídico brasileiro, sendo considerado, graças à forte pressão internacional, o início de importantes mudanças legislativas ocorridas no Brasil.

A história de Maria da Penha relata o drama vivido por uma brasileira comum que estudou, casou-se, constituiu família e padeceu com a agressividade de seu companheiro durante o matrimônio.

Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica cearense, cursava um mestrado na Universidade de São Paulo (USP), quando conheceu seu futuro marido e agressor, o professor universitário e economista Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano de origem e naturalizado brasileiro, que também possuía uma bolsa de estudos na universidade, o qual, aos poucos, passou a fazer parte de seu grupo de amizade.

Entretanto, após quatro anos de casados, Marco começou a demonstrar

ser uma pessoa agressiva e de temperamento violento. A relação se tornou tumultuada, repleta de ameaças e agressões praticadas pelo marido contra a esposa e as filhas do casal.

Conforme ela relata em entrevista concedida a equipe do Jornal O Povo no ano de 2008, no dia 29 de maio de 1983, na cidade de Fortaleza/CE, após chegar de uma visita à residência de alguns amigos, Maria da Penha foi se deitar, quando, passado certo tempo, acordou em razão de ser atingida por um tiro de espingarda nas costas.

Em um primeiro momento, a mesma desconfiou do marido, porém foi convencida que havia sido vítima de um assalto, versão apresentada pelo economista, que foi encontrado sentado na cozinha, com o pijama rasgado e uma corda enrolada em seu pescoço, afirmando que os quatro assaltantes que enfrentara queriam enforcá-lo.

O crime foi premeditado, conforme relata Cunha e Pinto (2012, p. 25): “O ato foi marcado pela premeditação. Tanto que seu autor, dias antes, tentou convencer a esposa a celebrar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário. Ademais, cinco dias antes da agressão, ela assinara, em branco, um recibo de venda de veículo de sua propriedade, a pedido do marido”.

Em razão do tiro que levava, a vítima permaneceu internada durante quatro meses em um hospital e acabou paraplégica, pois a bala atingiu sua coluna, destruindo duas vértebras. Após uma semana em casa, o colombiano tentou contra sua vida novamente, conforme ela mesma relata em entrevista concedida ao jornal POVO no ano de 2008, segundo ela depois que eu voltei do hospital – fiquei internada por quatro meses – cheguei do aeroporto, ele me levou para casa e fui mantida em cárcere privado. Nesse período, acho que uma semana depois de ter chegado em casa, ele me levou pra tomar banho. Quando ele me conduziu ao banheiro, eu primeiro pedi para ele abrir

o chuveiro e coloquei a mão para sentir a temperatura da água, para saber se estava quente ou não. Eu tinha que tomar banho com a água mais ou menos morna, porque eu tinha muita contração. Minhas pernas começam a dar espasticidade (aumento do tônus muscular e exacerbação dos reflexos profundos). Aí a água tinha que ter uma temperatura razoável. Quando botei a mão, eu senti que estava dando choque. Me segurei no boxe, me puxei para trás. Gritei pelas meninas que estavam em casa comigo e elas já estavam sob aviso de que era pra ficar perto de mim quando ele estivesse em casa. Porque eu estava tratando já da documentação judicial para eu sair de casa. Eu já estava temendo pela minha vida. E eu não queria sair de casa, porque poderia ser considerado abandono de lar e eu perderia a guarda das minhas filhas. [...] Eu não dormia à noite. Sempre quando ele saía de manhã, era a hora que eu dormia.

Após Maria da Penha efetuar denúncia a respeito das agressões que sofrera, as investigações iniciaram em junho de 1983. Apesar de negar a autoria do primeiro atentado, as provas produzidas em sede de inquérito policial não deixaram dúvidas de sua autoria e bastavam para fundamentar a denúncia, a qual foi ofertada pelo Ministério Público perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE, no final de setembro de 1984.

Pronunciado em 31 de outubro de 1986, o colombiano foi levado a júri e condenado, em 04 de maio de 1991, a uma pena de oito anos de prisão. A defesa apelou contra a decisão, teve seu recurso acolhido, sendo o réu submetido a novo julgamento.

Em 15 de março de 1996, o economista foi novamente condenado, porém a uma pena de dez anos e seis meses de prisão. Novos recursos foram interpostos, até mesmo aos tribunais superiores, e somente em setembro de 2002, ou seja, 19 anos e 6 meses depois da prática delitiva, o algoz de

Maria da Penha foi preso. Marco Antônio Heredia Viveiros foi liberado após cumprir dois anos de prisão.

Assim sendo, diante da história de vida de Maria da Penha, ficou evidenciado como o sistema penal brasileiro era frágil, quando se comparado a força, a fúria e a dominação masculina, bem como violador de direitos básicos inerentes a pessoa humana ao punir tão brandamente inúmeros agressores de mulheres ao longo da história.

2.1 Denúncia à comissão interamericana de direito humanos e a condenação do Brasil

O caso Maria da Penha repercutiu de tal forma que chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão pertencente à Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, nos Estados Unidos, através de denúncia formalizada pela própria vítima, em conjunto com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

De acordo com Cunha e Pinto (2012, p. 26-7), a referida comissão possui o dever de examinar as petições apresentadas que denunciam violações aos direitos humanos, assim considerados segundo a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, tendo legitimidade para tal a vítima da violação, terceira pessoa, com ou sem o consentimento desta, bem como qualquer indivíduo, grupo ou Organização Não Governamental (ONG) legalmente reconhecida por ao menos um Estado-Membro da OEA.

Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia e, em 16 de abril de 2001, foi publicado o Relatório 54/2001. As conclusões constaram no item 60 do mesmo (OEA,

2001): “60. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes conclusões: 1. Que tem competência para conhecer deste caso e que a petição é admissível em conformidade com os artigos 46.2,c e 47 da Convenção Americana e com o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará, com respeito a violações dos direitos e deveres estabelecidos nos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos, 8 (Garantias judiciais), 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. 2. Que, com fundamento nos fatos não controvertidos e na análise acima exposta, a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil. 3. Que o Estado tomou algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas ainda não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher. 4. Que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida”.

Como observado, a Comissão Interamericana efetuou minucioso

estudo acerca do caso Maria da Penha e identificou todas as falhas em que incorreu o Estado brasileiro, o qual, como parte da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e da Convenção de Belém do Pará, ratificadas pelo Brasil nos anos de 1994 e 1995, respectivamente, não poderia tê-las violado, tendo em vista ter se comprometido a cumpri-las internacionalmente.

Neste sentido, em seguida, a Comissão Interamericana elaborou diversas recomendações ao Estado brasileiro e solicitou seu cumprimento, conforme descrito no item 61 do referido relatório (OEA, 2001): 61. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.

2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.

3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica

contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;

b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais. e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana”.

Por conseguinte, a Comissão Interamericana requereu ao Estado brasileiro que tomasse medidas diretamente ligadas ao caso Maria da Penha, a fim de precisar as responsabilidades pelas irregularidades perpetradas, que impediram a rápida resolução processual, e efetuar a reparação à vítima, bem como adotar medidas e realizar reformas na legislação, com o intuito de

acabar com a tolerância e a discriminação no tocante a violência doméstica.

Vale ressaltar outra falha cometida pelo Estado brasileiro, que, injustificadamente, não prestou informações sobre o caso Maria da Penha, quando indagado pela Comissão Interamericana, dando ensejo à presunção dos fatos como verdadeiros e a condenação do Brasil, consequentemente.

Dentro desse contexto, Dias (2012, p. 16) resume: “Apesar de, por quatro vezes, a Comissão ter solicitado informações ao governo brasileiro, nunca recebeu nenhuma resposta. O Brasil foi condenado internacionalmente, em 2001. O Relatório n. 54 da OEA, além de impor o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares, em favor de Maria da Penha, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão frente à violência doméstica, *recomendando* a adoção de várias medidas, entre elas “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual”. A indenização, no valor de 60 mil reais, foi paga a Maria da Penha, em julho de 2008, pelo governo do Estado do Ceará, em uma solenidade pública, com pedido de desculpas”.

Desta forma, após a responsabilização e condenação internacional, o Brasil passou a adotar providências visando cumprir as determinações estabelecidas no relatório, bem como objetivando obedecer aos compromissos assumidos sobrevivendo das ratificações das mencionadas convenções.

Posteriormente, em 7 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei nº 11.340, que criou mecanismos para reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher, entrando em vigor em 22 de setembro do mesmo ano.

2.2 Violação aos direitos humanos e direitos fundamentais

Com a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945

(OLIVEIRA, 2013, p. 24), foram firmados diversos tratados e convenções de direitos humanos, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, objetivando principalmente a promoção da paz e do diálogo entre os países, tendo em vista a constante violação de direitos inerentes à pessoa humana percebida ao longo das duas grandes guerras mundiais.

Neste sentido, vale lembrar o entendimento de Cavalcanti (2005, não paginado): “Uma das principais preocupações desse movimento foi converter os direitos humanos em tema de legítimo interesse da comunidade internacional. Diante da crescente consolidação do positivismo concernente aos direitos humanos, pode-se afirmar que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos invocam, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que celebram o consenso internacional acerca de temas centrais à dignidade humana”.

As primeiras movimentações para a constituição da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher iniciaram em 1974. Em dezembro de 1979 a convenção foi aprovada pela Assembleia-Geral da ONU e entrou em vigor em setembro de 1981, impondo as obrigações de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade das mulheres aos Estados-Membros. O Brasil a ratificou em 1984, porém com algumas reservas, ratificando-a integralmente somente em 1994 em atenção aos direitos consagrados e positivados na Constituição Federal de 1988 (CUNHA; PINTO, 2012, p. 247).

O Brasil também ratificou outros tratados relacionados à proteção dos direitos humanos, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, denominado de “Pacto de San José da Costa Rica, em janeiro de 1992, bem como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e

Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, em novembro de 1995.

Dentro desse contexto, analisando a trajetória percorrida pela humanidade, levando-se em consideração os principais e mais marcantes acontecimentos mundiais, a subjugação e dominação verificada dentre os povos, bem como a inferiorização e discriminação de tantos outros grupos, observa-se que os direitos humanos acabaram por serem divididos em três gerações, conforme o entendimento de Dias (2012, p.38-9): “O primeiro é o direito à liberdade, concebido pela tradição liberal como um direito individual, um direito natural que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Surgido em oposição ao absolutismo monárquico, trata-se de um direito frente ao Estado, a favorecer a hegemonia burguesa, o avanço das relações capitalistas e o livre mercado. A segunda geração de direitos humanos consagra o direito à igualdade. Tem origem no movimento operário e busca o reconhecimento de direitos econômicos-sociais e culturais perante a coletividade. Cobra uma atitude ativa do Estado em prol de quem não desfruta de iguais direitos. O reconhecimento da existência de segmentos socialmente vulneráveis – chamados hipossuficientes – impõe tratamento diferenciado por meio de ações afirmativas. A hipossuficiência não é identificada somente pelo viés econômico, a posição fragilizada de determinados indivíduos, fruto da discriminação e do preconceito, dá origem a categorias sociais que exigem tratamento especial. A solidariedade, que era chamada de fraternidade, corresponde à terceira geração e compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas de forma genérica e difusa, condicionando a realização da condição humana”.

Ainda, entende-se que a violência doméstica também viola os direitos

de segunda e terceira geração, ou seja, direitos à igualdade e solidariedade, ao observar que, historicamente, o homem centralizava o poder físico, econômico, social e psicológico sobre a mulher e a família.

Registre-se que somente na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em 1993, a violência contra a mulher foi reconhecida formalmente como violação aos direitos humanos, sendo proclamado, em 1994, pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica. Percebe-se aqui como tal reconhecimento internacional exerceu influência direta na Lei Maria da Penha, podendo ser verificada expressamente em seu art. 6º: “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui umas das formas de violação dos direitos humanos”. (Dias 2012, p. 34).

Dentre os Direitos Fundamentais consagrados, no tocante à violência doméstica, vale destacar os seguintes dispositivos constitucionais constantes no art. 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 1998): “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Neste sentido, verifica-se que, da mesma maneira que a violência doméstica e familiar contra a mulher viola direitos humanos, conforme já explanado acima, fere também direitos fundamentais, restando demonstrada

a importância de proteger tal grupo, uma vez que, apesar de estar expresso na Constituição que todos somos iguais, o princípio da isonomia, dentre outros princípios, na verdade, não é praticado nos diversos níveis da sociedade, de forma que a condição de inferioridade histórica feminina ainda persiste nos dias de hoje.

3. LEI Nº 11.340/06: LEI COM NOME DE MULHER

Antes do surgimento da Lei Maria da Penha e sua entrada em vigor, a violência doméstica e familiar contra a mulher não era regulada por uma legislação específica. Os crimes mais recorrentes quando se fala em violência doméstica, previstos no Código Penal Brasileiro e na Lei de Contravenções Penais, sempre possuíram penas baixas, gerando assim certo “desconforto” às vítimas. Contudo, com o surgimento dos Juizados Especiais Criminais, criados a partir da Lei nº 9.099/95, a sensação de impunidade percebida pelas vítimas era muito significativa e os números da violência doméstica e familiar contra a mulher cada vez mais aumentaram.

De acordo com Souza (2013, p. 228), a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais surgiu em 1995 para, além de aprimorar a antiga “Lei dos Juizados de Pequenas Causas”, a qual julgava de ações de natureza cível, dar cumprimento à ordem constitucional estabelecida no art. 98, I, da Constituição Federal (BRASIL, 1998): “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações

penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Assim, foi instituída no país uma justiça penal consensual, que tinha como foco principal a redução da burocracia, vislumbrando obter um sistema jurídico mais prático que facilitasse a efetivação do princípio da eficiência, previsto no art. 37 da CF.

No caso da violência doméstica, em razão da maioria de seus delitos, em sua origem, possuem penas classificadas como de menor potencial ofensivo, antes do advento da Lei nº 11.340/06 os crimes praticados com violência contra a mulher eram julgados pela Lei de Juizados Especiais, motivo pelo qual a sensação de impunidade do agressor era gigantesca, tendo em vista o alto índice de arquivamentos de processos nas audiências de conciliação e o baixo número de condenações, banalizando assim a violência doméstica e desestimulando as vítimas a denunciar seus agressores.

Certo é que as mudanças trazidas pela Lei nº 10.455/02, que acrescentou o parágrafo único ao art. 69 da Lei nº 9.099/95, instituindo medida cautelar de afastamento do agressor, e pela Lei nº 10.886/04, que adicionou o §9º ao art. 129 do Código Penal, estabelecendo um subtipo de lesão corporal leve resultante de violência doméstica, não reduziram as nefastas estatísticas, ficando as alterações legislativas tidas como inofensivas.

Desta forma, em atenção a referida recomendação, às convenções e aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, foi sancionada a Lei nº 11.340, em 7 de agosto de 2006, fruto de um projeto iniciado em 2002, logo após a condenação brasileira, o qual foi elaborado através de um consórcio de cinco organizações não governamentais – ONGs que trabalhavam com violência doméstica, sob a coordenação da Secretaria Especial de Políticas

para as Mulheres, sendo enviado ao Congresso Nacional em novembro de 2004. A Lei Maria da Penha entrou em vigor em 22 de setembro de 2006, com o objetivo de, pelo menos, diminuir os alarmantes números de violência doméstica e, conseqüentemente, proporcionar uma melhor e mais digna condição de vida à mulher brasileira.

3.1 Formas de violência e seus atores

O Direito Penal é regido por diversos princípios, dentre eles, os princípios da legalidade e da taxatividade, pelos quais não se aceitam abstratas concepções. Desse modo, verifica-se que o legislador ao delimitar a violência doméstica e familiar, preocupou-se em individualizar suas formas.

Assim, a lei Maria da Penha em seu art. 7º, BRASIL 2006,: “Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez,

ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”.

Primeiramente, tem-se a violência física, a qual é caracterizada pelo emprego da força. Este tipo de violência é externalizada por meio de socos, empurrões, tapas, pontapés, bem como pela utilização de objetos que ofendam a integridade física da vítima. Nesta espécie se enquadram os crimes de lesão corporal leve, grave e gravíssima, abrangendo também a contravenção penal de vias de fato.

Observa-se, porém, que a violência do tipo física não engloba apenas a integridade física da mulher, mas também sua saúde corporal.

Muitas vezes a agressão não provoca marcas pelo corpo da vítima, mas o estresse crônico experimentado por ela, em virtude da violência, pode acarretar sintomas físicos como dor de cabeça, distúrbios no sono, depressão, entre outros.

O segundo tipo de violência tipificado na Lei é a psicológica. Este tipo de violência, dentre diversas formas, pode ser externalizada por meio da agressão emocional exercida através de ameaça, constrangimento, chantagem, discriminação da vítima, causando assim danos a sua autoestima. Dentre os crimes que se enquadram nesta modalidade, encontram-se a ameaça e o constrangimento ilegal.

A violência psicológica tem como característica o prazer e satisfação

demonstrados pelo agressor em presenciar a vítima se sentir amedrontada, inferiorizada e diminuída. (Cunha e Pinto 2012, p. 63).

O terceiro tipo de violência abarcada pela Lei é a sexual. Este tipo de violência se refere a formas de impedimento do exercício da liberdade da sexualidade da mulher, podendo ser externalizada através de uma conduta do agressor que obrigue a vítima a presenciar, manter ou participar de relação sexual indesejada, por meio de ameaça ou coação, por exemplo, bem como ao proibir o uso de algum método contraceptivo. Nesta espécie se enquadram os crimes de estupro, estupro de vulnerável, violação sexual mediante fraude, satisfação da lascívia, entre outros.

O exercício da sexualidade sempre foi visto como um dever do casamento e um direito do marido. Assim, o cumprimento da “obrigação”, muitas vezes, é exigido mediante violência.

A quarta espécie de violência tipificada na Lei é a patrimonial. Este tipo de violência resta caracterizado quando o agressor retém, subtrai ou destrói os objetos e documentos pessoais e de trabalho da vítima, bem como seus recursos financeiros. Nesta modalidade se enquadram os crimes de furto, dano, apropriação indébita, dentre outros.

Por último, a quinta modalidade de violência tipificada é a moral. Esta se caracteriza quando o homem agride verbalmente a honra da vítima, em virtude de vínculo familiar ou afetivo, podendo praticá-la ao imputar fato criminoso sabidamente falso, fato desonroso, ou ao atribuir qualidade negativa à ela. Nesta espécie se enquadram os crimes de calúnia, difamação e injúria.

A violência moral é considerada uma ofensa à autoestima e ao reconhecimento social da vítima, manifestando-se na forma de desqualificação, inferiorização ou ridicularização, sendo esta perpetrada

simultaneamente à violência psicológica.

Ao examinar as formas de violência, pode-se observar que, em geral, elas não são praticadas de maneira individual, mas sim em conjunto, pois em qualquer de suas configurações, seja ela física, moral, sexual ou patrimonial, todas irão afetar a saúde psicológica da vítima, constituindo, assim, em violência psicológica também, em razão de sua complexidade.

3.2 Mudanças trazidas pelo julgamento da ADI 4.424/DF

Após a Lei Maria da Penha entrar em vigor, em 22 de setembro de 2006, surgiram alguns questionamentos acerca do seu art. 41 que assim dispõe (BRASIL, 2006): “Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

A dúvida que pairava era se a ação penal a ser utilizada para processamento, no caso das lesões corporais praticada com violência de gênero, tratava-se da pública incondicionada ou da pública condicionada à representação.

O conflito se originou em virtude dos crimes previstos no Código Penal, em sua maioria, serem processados por meio de ação penal pública incondicionada, sendo efetuados de forma diferente apenas quando a lei exigisse expressamente. No caso das lesões corporais, o referido código nada mencionou, motivo pelo qual o crime de lesão corporal leve era processado e julgado através de ação penal pública incondicionada.

Ocorre que, com a criação da Lei nº 9.099/95, que trouxe mecanismos despenalizadores, o crime de lesão corporal leve e culposa passou a ser processado por ação penal pública condicionada, em razão de sua pena cominada se enquadrar como crime de menor potencial ofensivo, fazendo

com que seu processamento se desse mediante a representação e fosse julgado pelo Juizado Especial Criminal (JECRIM).

Contudo, conforme visualizado, o art. 41 da Lei Maria da Penha afastou a aplicabilidade da Lei de Juizados Especiais, quando o crime e a contravenção penal fossem praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com a vigência de ambos os diplomas legais e em razão de nenhum deles ter efetuado alteração no Código Penal, nasceu o conflito. A doutrina começou a divergir e os tribunais estaduais e federais passaram a entender e decidir de formas completamente diferentes.

Como exemplo, tem-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Inicialmente, o referido tribunal entendia que não era necessário a exigência da representação da ofendida como condição de procedibilidade para ajuizamento das ações penais de lesão corporal leve. Neste sentido, emitiu a seguinte decisão (HC nº 91540/MS): 1 – Esta Corte, interpretando o art. 41 da Lei nº 11.340/06, que dispõe não serem aplicáveis aos crimes nela previstos a Lei dos Juizados Especiais, já resolveu que a averiguação da lesão corporal de natureza leve praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher independe de representação. Para esse delito, a Ação Penal é incondicionada (REsp. 1.050.276/DF, Rel. Min. JANE SILVA, DJU 24.11.08). 2. Se está na Lei 9.099/95, que regula os Juizados Especiais, a previsão de que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais e lesões culposas (art. 88) e a Lei Maria da Penha afasta a incidência desse diploma despenalizante, inviável a pretensão de aplicação daquela regra aos crimes cometidos sob a égide desta Lei.

Todavia, o STJ, em decisões posteriores, modificou seu entendimento, passando a entender pela exigência da representação como condição de

procedibilidade, conforme se observa (HC nº 113608/MG e HC nº 137620/DF): “1 – O art. 16 da Lei nº 11.340/06 é claro ao autorizar a retratação, mas somente perante o juiz. Isto significa que a ação penal, na espécie, é dependente de representação. 2. Outro entendimento contraria a nova filosofia que inspira o direito penal, baseado em princípios de conciliação e transação, com o objetivo de humanizar a pena e buscar harmonizar os sujeitos ativo e passivo do crime. I – A intenção do legislador ao afastar a aplicação da Lei nº 9.099/95, por intermédio do art. 41, da Lei Maria da Penha, restringiu-se, tão somente, a aplicação de seus institutos específicos despenalizadores – acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo. II – A ação penal, no crime de lesão corporal leve, ainda que praticado contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, continua sujeita a representação da ofendida, que poderá se retratar nos termos e condições estabelecidas no art. 16 da Lei nº 11.340/06 (Precedentes)”.

Diante dessa situação, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.424), a qual, em fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, declarando a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha.

Desta forma, decidiu, por conseguinte, que nos casos de lesões corporais praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher a representação criminal não se fazia necessária, podendo o Ministério Público promover a ação penal pública incondicionada.

4. A DESNECESSIDADE DA REPRESENTAÇÃO CRIMINAL

Após o advento da Lei nº 11.340/06 e sua vigência concomitante com a Lei nº 9.099/95, muitos questionamentos surgiram em torno de três dispositivos da Lei Maria Penha, levando doutrinadores e tribunais a divergirem entre si, entendendo cada qual de forma diferente, motivo pelo qual o Supremo Tribunal de Federal (STF), ao ser provocado, proferiu decisão e pacificou a matéria.

Quanto aos argumentos que acreditam que a ação penal pública deve ser a condicionada, Maurício e Marcelo Saliba (*apud* DIAS, 2012, p. 88) entendem que a conciliação civil que havia anteriormente no âmbito da Lei de Juizados Especiais, oportunizava o diálogo entre agressor e vítima, com intermédio dos conciliadores, para que dessa forma encontrassem um meio que liquidasse os conflitos doméstico e familiar existentes no lar, sendo este o melhor caminho para enfrentar a violência de gênero, concluindo ser a Lei Maria da Penha uma verdadeira regressão.

Assim, na hipótese acima levantada, as probabilidades de solução dos conflitos seriam maiores em audiência, pois a possibilidade conferida à vítima de representar o agressor consistiria em meio de negociação, ensejando o equilíbrio entre os envolvidos, vez que o “futuro” do homem se encontraria nas mãos da ofendida. Desse modo, a instauração de ação penal seria inviável, pois, uma vez acertados os problemas existentes, perderia a vítima o interesse no prosseguimento da mesma.

Neste sentido entendem Dias (2012, p. 92), afirmando que teria a vítima o “poder de barganha”, induzindo o infrator a aceitar a separação nos termos propostos, caso assim ela quisesse, e Porto (2006, não paginado), concluindo

ser esta pressão mais eficiente do que a diminuição do patrimônio em sede de processo de execução.

Da mesma forma, porém seguindo outra linha de raciocínio, Jesus (2006, p. 88) afirma ser incoerente defender que a ação penal é pública incondicionada, conforme o art. 41 da Lei nº 11.340/06, enquanto o art. 16 do mesmo diploma legal dispõe sobre a renúncia e a retratação, prosseguindo o assim Jesus (2006, p. 89): “Não pretendeu a lei transformar em pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal cometido contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contrariaria a tendência brasileira da admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar. [...] Considerar a ação penal por vias de fato e lesão corporal comum pública incondicionada, consistiria em retrocesso legislativo inaceitável”.

Assim, de acordo com o pensamento desses autores, a Lei Maria da Penha, além de defender duas situações contraditórias, quando confrontados os artigos 16 e 41, levando a desarmonia dos mesmos, violaria princípio norteador do próprio Direito Penal, alegando ainda que o art. 41 da Lei apenas impede a concessão das vantagens trazidas pela Lei nº 9.099/95.

Na contramão de todas as ideias apresentadas, tem-se os argumentos que coadunam com o posicionamento adotado pelo STF, o qual foi proferido no julgamento da ADI 4.424/DF. Cabette (2006, não paginado) afirma: “[...] parece irretorquível que a partir da vigência da Lei 11.340/06 retornou a ação penal a ser pública incondicionada, mesmo nos casos de lesões leves, desde que perpetradas no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso porque não é no Código Penal que se vai encontrar o dispositivo que determina a ação penal pública condicionada para as lesões leves em geral, e sim no artigo 88 da Lei 9.099/95. O raciocínio é simples: se a Lei

9.099/95 não se aplica mais aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, inexistindo qualquer ressalva, conclui-se que não se aplica por inteiro, inclusive o seu artigo 88, de forma que no silêncio do Código Penal, reintegra-se a regência do artigo 100, CP, que impõe a ação penal pública incondicionada”.

No mesmo sentido se encontra o pensamento de doutrinadores como, por exemplo, Maria Berenice Dias, entendendo que a ação penal responsável pelo processamento e julgamento dos crimes de lesão corporal leve com violência contra a mulher voltou a ser pública incondicionada.

Tal ideia é sustentada com base no acréscimo do § 9º ao art. 129, do Código Penal, efetuado pela Lei Maria da Penha, o qual agravou a pena cominada de seis meses a um ano (art. 129, *caput*) para três meses a três anos, não se enquadrando mais na classificação de crime de menor potencial ofensivo.

Enumerados os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis, cumpre examinar também os argumentos que embasaram a decisão proferida pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.424/DF, presentes no voto do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, da qual foi o relator.

Aduziu inicialmente o Ministro que para se analisar o caso, fazia-se necessário se atentar a realidade recorrente no dia a dia das brasileiras. Afirmou que os dados de violência doméstica eram alarmantes, lembrando na ocasião os altos índices de renúncia à representação que chegavam em torno de 90% (noventa por cento) dos casos, em razão das vítimas preferirem cogitar a melhora do comportamento do companheiro, acabando por decepcionadas, voltando, assim, às delegacias por sofrerem ações mais violentas.

Também, pontuou que, em suma, as agressões e ameaças dirigidas a mulher são proferidas em casa e não nas ruas. Da mesma maneira, acentuou que os homicídios de mulheres, em sua maioria, são cometidos por seus parceiros ou por ex-companheiros.

Por último, Marco Aurélio reafirmou seu posicionamento, esclarecendo que o caso não passou de um conflito aparente, e relembrou julgados anteriores proferidos pelo STF que já afastavam a aplicabilidade da Lei nº 9.099/95, bem como declaravam a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/06, norma posterior à Lei de Juizados Especiais.

Consubstanciando com os argumentos que fundamentaram a decisão proferida no julgamento da ADI 4.424/DF, tem-se os dados de pesquisas recentes que merecem destaque.

Segundo o Mapa da Violência (2012, p. 08-25), entre os anos de 1980 e 2010 foram mortas 92 mil mulheres no Brasil, dentre as quais, 43,7 mil foram assassinadas somente na última década (2000-2010), totalizando um aumento correspondente a 230% (duzentos e trinta por cento), levando o país a ocupar a sétima colocação, dentre 84 (oitenta e quatro) países do mundo analisados.

No tocante ao instrumento utilizado nas referidas execuções, a arma de fogo vem à frente com 49,2% (quarenta e nove vírgula dois por cento), seguido pelos objetos cortantes ou penetrantes que correspondem a 25% (vinte e cinco por cento), pelos objetos contundentes, correspondentes a 8,5% (oito vírgula cinco por cento) e por estrangulamento, equivalente a 5,7% (cinco vírgula sete por cento).

A pesquisa concluiu que os homicídios de mulheres ocorrem normalmente em âmbito doméstico, vez que 68,8% (sessenta e oito vírgula oito por cento) dos atendimentos realizados a mulheres vítimas de

violência, a agressão aconteceu em casa; e em pouco menos da metade dos casos, ou seja, 42,5% (quarenta e dois vírgula cinco por cento), o autor é o companheiro ou ex-companheiro da vítima.

Já a pesquisa efetuada pelo DataSenado sobre a violência contra a mulher (2013, p. 1-8), detectou que uma a cada cinco brasileiras alegaram já terem sofrido violência doméstica ou familiar efetuada por um homem, apontando que a violência de gênero está presente nos diversos níveis da sociedade.

O DataSenado (2013, p. 1-8) concluiu que o tipo de violência mais frequente sofrido pelas brasileiras é a física, que corresponde a 62% (sessenta e dois por cento), vindo em seguida a violência moral e a psicológica, correspondente a 39% (trinta e nove por cento) e 38% (trinta e oito por cento), respectivamente. A violência sexual atingiu 12% (doze por cento) das vítimas.

Concluiu-se, ainda, que dentre as mulheres vítimas de violência, 65% (sessenta e cinco por cento) foram agredidas pelo marido, companheiro ou namorado; enquanto ex-maridos, ex-companheiros e ex-namorados foram responsáveis por 13% (treze por cento) das agressões. Dentre as razões das agressões, o ciúme e o uso do álcool são as principais, correspondendo a 28% (vinte e oito por cento) e 25% (vinte e cinco por cento), respectivamente (DATASENADO, 2013, p. 1-8).

Quanto aos motivos que obstaculiza a efetuação de denúncias, o medo do agressor é o principal deles, correspondendo a 74% (setenta e quatro por cento), seguido pela dependência financeira, 34% (trinta e quatro por cento), a preocupação com a criação dos filhos, 34% (trinta e quatro por cento), a vergonha da agressão, 26% (vinte e seis por cento), e, 22% (vinte e dois por cento), por acreditar que seria a última vez (DATASENADO, 2013, p. 1-8).

Ressalte-se que, de acordo com o DataSenado a vergonha da agressão é o motivo mais recorrente conforme cresce a escolaridade e a renda das mulheres, dentre os fatores impeditivos da formalização da denúncia.

Assim, considerando os tipos de violência mais frequentes, os motivos destacados como empecilho à efetuação da denúncia, o local em que ocorrem as agressões e seus autores, observa-se que não existem dúvidas de como são elevados os índices de violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, revelando a importância da decisão proferida pelo STF, que afastou a aplicação da Lei nº 9.099/95, pacificando o entendimento de que nos crimes de lesão corporal leve, a ação penal é a pública incondicionada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica e familiar contra a mulher esteve sempre presente na sociedade. Desde as primeiras civilizações, a mulher é subjugada e inferiorizada, sendo considerada uma propriedade ou parte do homem. Não possuíam qualquer tipo de direito, cabendo a elas somente deveres, os quais se resumiam em se dedicar as atividades domésticas, gerar filhos saudáveis, ser boa mãe e esposa, submetendo-se às vontades e desejos do marido.

Contudo, em que pese a sociedade muito tenha evoluído, é fácil identificar fortes resquícios de uma sociedade machista e amplamente sexista na atualidade. As relações hierárquicas de poder ainda persistem e são um fértil terreno para a prática da violência de gênero, motivo pelo qual a violência doméstica e familiar contra a mulher totaliza índices alarmantes.

Entretanto, após entrar em vigor, a Lei Maria da Penha foi alvo de diversas críticas em torno de três de seus dispositivos, os quais, com a

vigência concomitante da Lei nº 9.099/95 (Lei de Juizados Especiais), ocasionaram um conflito que chegou aos tribunais do país, os quais, em virtude de entendimento divergente, passaram a proferir decisões discrepantes, fazendo-se necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF).

O Supremo Tribunal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, conferindo interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 12, 16 e 41 da Lei nº 11.340/06, declarando assim sua constitucionalidade e afastando a incidência da Lei nº 9.099/95 no âmbito das ações penais de crimes de lesão corporal leve.

Desta forma, o STF pacificou a matéria, firmando posicionamento de que no caso de crimes de lesão corporal leve com violência contra a mulher, a ação penal a ser utilizada era a pública incondicionada, permitindo ao Ministério Público ajuizar a ação independente de representação da vítima.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 11.340/2006. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 91540/MS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, decisão unânime, julgado em 19 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 113608/MG, rel. Min. Og Fernandes, rel. para acórdão Min. Celso Limongi, decisão por

maioria, julgado em 05 set. 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha Comentada Artigo por Artigo*. 4ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SILVA, Larissa Ribeiro da. *Lei Maria da Penha, violência, medo e amor: da denúncia ao perdão*. Disponível em: jus.com.br/artigos/25829/lei-maria-da-penha-violencia-medo-e-amor. Acesso em: 20 fev. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha Na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/06 de combater à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História: série novo ensino médio*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2005.

MELANI, Maria Raquel Apolinário. *Projeto Araribá: História – 5ª Série*. 1ª ed. São Paulo: Moderna, 2006.

MURARO, Rose Marie. *A Mulher No Terceiro Milênio*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1995.

SANTOS, Fabrício. *Bruxas e o Poder Simbólico*. Disponível em: www.brasilescola.com/historia/bruxas.html. Acesso em: 11 mar. 2014.

SOUSA, Rainer. *Feminismo no Brasil*. Disponível em: www.brasilescola.com/historiab/feminismo.html. Acesso em: 07 mar. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório Anual 2000. Disponível em: www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relatn.pdf. Acesso em: 18 mar. 2014.

SENADO FEDERAL. Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Brasília: DataSenado, 2013. Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf. Acesso em: 20 mar. 2014.

Recebido em 14/02/2016 – Aprovado em 21/08/2017

O DIÁLOGO ENQUANTO CATEGORIA DE APROXIMAÇÃO ENTRE PAULO FREIRE E O PARADIGMA RESTAURATIVO DE JUSTIÇA

DIALOGUE AS A CATEGORY APPROACH BETWEEN PAULO FREIRE AND THE PARADIGM OF RESTORATIVE JUSTICE

Rômulo Rhemo Palitot Braga¹

Tâmisa Rúbia Santos do Nascimento Silva²

Raíssa Maria Falcão Costa³

1 Doutor em Direito Penal pela Universitat de València - Espanha. Mestre em Direito Penal pela Universitat de València - Espanha. Professor da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogado. E-mail: romulo.palitot@uv.es

2 Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogada. E-mail: tamisain@hotmail.com

3 Mestranda em Direitos Humanos na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogada. E-mail: raissamariafalcao@gmail.com

RESUMO: O presente ensaio tem como tema a análise acerca da interseção entre a proposta dialógica da educação libertadora de Paulo Freire e o novo modelo de justiça, denominado de Justiça Restaurativa, que surge como alternativa ao paradigma punitivo Retributivo. Ao constatarmos que a educação libertadora trabalhada por Freire em suas obras como instrumento viabilizador da libertação dos oprimidos tem como principal fundamento o diálogo entre esses indivíduos, passamos a considerar que oprimidos são todos aqueles cujo direito de pronúncia do mundo é negado pela realidade opressora. Considerando que na relação processual criminal vítima e ofensor encaixam-se no conceito de oprimido, pois têm o seu direito de pronúncia do mundo negado quando da relativização do seu papel na busca pela solução do conflito, analisamos de que maneira o paradigma Restaurativo restitui aos sujeitos do conflito criminal a titularidade do direito de solucionar pacificamente e de forma eficaz a problemática do crime.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo. Educação. Crime. Justiça Restaurativa.

ABSTRACT: This paper has as its theme the analysis about the intersection between the dialogic proposal of liberating education of Paulo Freire and the new justice model, called Restorative Justice, which's an alternative to the punitive retributive paradigm. Knowing that the liberating education of Freire is an instrument of the liberation of the oppressed and it's based in the promotion of dialogue between these individuals, we should consider that the oppressed are all those whose right pronounciation of the world is denied by oppressive reality. Considering that in criminal proceedings victim and offender fit the concept of the oppressed, because they have the

pronunciation of the world denied when the relativization of its role in the search for the conflict solution, we analyze how the Restorative paradigm restores to the subjects of the criminal conflict the ownership of the right to search for peaceful responds to the problem of crime.

KEYWORDS: Dialogue. Education. Crime. Restorative Justice.

1. INTRODUÇÃO

A perspectiva freiriana de uma educação capaz de empreender o diálogo entre sujeitos oprimidos na busca por sua libertação conjunta transformou completamente nossa concepção acerca da importância da comunicação no processo de aprendizagem.

Comprometido com a percepção da verdadeira realidade, Freire nos deixou um vasto legado de conhecimento, dentre eles, a seguinte compreensão: o ser humano tem uma vocação de ser mais, que lhe é negada pela ordem social injusta, responsável por sua desumanização e que lhe impede de participar da construção do mundo. Entretanto, em razão dessa vocação, a desumanização não é destino determinado para os indivíduos oprimidos, mas fruto da ação humana no processo de construção histórica.

A partir dessa análise da realidade, Freire acredita que a educação de caráter libertador tem o condão de desalienar os oprimidos, de lhes tornar conscientes de sua situação e, a partir disto, permitir-lhes lutar pela recuperação da sua humanidade roubada e do seu direito de pronúncia do mundo subtraído pelo (s) opressor (es).

A educação libertadora tem, entretanto, fundamentos muito diferentes

da educação tradicional - que se baseia na perspectiva de alienação para manutenção da realidade opressora – tendo como sua principal característica o fato de estar fundamentada no diálogo entre os próprios oprimidos. O diálogo, conforme afirma Freire é o instrumento que os possibilita compartilhar experiências e a expressarem a sua palavra, pois os leva a descobrir em conjunto a realidade e o seu papel na transformação do mundo.

A educação libertadora, fundada na pedagogia dialógica, tem nessa compreensão, um forte caráter político, vez que claramente objetiva à conscientização dos oprimidos para sua luta contra a opressão. Entende-se, portanto, que o diálogo é um importante instrumento de encontro dos homens na busca por seu direito de pronúncia do mundo e que esse aprendizado conjunto poderá - e deverá - ocorrer em qualquer ambiente no qual exista interação humana, não estando restrito ao espaço da sala de aula.

A partir da constatação acerca da relevância do diálogo no processo de libertação dos oprimidos, através do modelo de educação freiriana, pretendemos neste ensaio estabelecer a conexão desta concepção com as práticas de Justiça Restaurativa.

Enquanto paradigma cultural alternativo para o tratamento das questões penais, o modelo Restaurativo surge como uma nova proposta que se contrapõe ao paradigma Retributivo adotado por grande parte dos países ocidentais, dentre eles o Brasil.

Conforme afirma Howard Zehr⁴ (2008), enquanto o modelo Retributivo de Justiça nos ensina que o crime caracteriza-se como uma ofensa à norma estabelecida pelo Estado e, portanto, ao próprio Estado e que a experiência

4 Reconhecido mundialmente como um dos pioneiros no estudo da Justiça Restaurativa, escreveu a importante obra sobre o tema *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa.*

de justiça envolve necessariamente a punição e a retribuição, a Justiça Restaurativa compreende o crime como uma violação de pessoas e de relacionamentos que provoca uma lesão, de modo que o papel da justiça é atuar no sentido de reparação dessa lesão e na reconstrução da confiança nas relações com o outro.

Todo o processo Restaurativo é pautado na promoção de diálogos mediados entre os atores diretamente envolvidos no conflito criminal – vítima e ofensor - para possibilitar-lhes encontrar a forma mais eficaz de solucioná-lo. Como consequência da dialogicidade do processo, as práticas Restaurativas restabelecem os papéis centrais desses atores, retirando do Estado o monopólio do poder-dever de punição.

Diante do exposto é possível inferir que o diálogo é a categoria fundamental de intersecção entre o paradigma de Justiça Restaurativa e a concepção freiriana de libertação dos oprimidos através da educação.

Compreendendo os atores envolvidos no conflito criminal enquanto oprimidos – vez que estes têm o seu direito de pronúncia do mundo negado no processo retributivo de resolução de conflitos – entendemos que a estes é devido o direito de reaver o seu papel central no processo, retirando do Estado o caráter de principal ofendido com a prática do crime e, portanto, detentor do poder de punir.

A construção da solução ao conflito, por sua vez, será determinada, por meio das práticas Restaurativas, através do diálogo estabelecido entre vítima e ofensor e, quando necessário, a comunidade.

Dessa maneira, ao restituir aos sujeitos do conflito criminal a titularidade do direito de solucionar pacificamente e da maneira que lhes pareça mais eficaz a problemática, o paradigma Restaurativo revela uma forma não violenta de resolução dos conflitos, pois que se desenvolve com

a utilização do diálogo e, conseqüentemente devolve aos oprimidos em questão o seu direito de pronúncia do mundo, possibilitando-lhes dizer a sua palavra na construção de uma nova realidade de solução dos conflitos criminais.

2. DA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR COMO ANÁLISE TOTAL DA REALIDADE INVESTIGADA

O estudo interdisciplinar dos fenômenos consiste na integração dos diversos saberes com o intuito de compreender a realidade cognoscível em suas múltiplas dimensões, superando a fragmentação e o caráter de especialização do conhecimento.

Com advento da ciência moderna, marcada por uma epistemologia de caráter positivista e empirista, a ciência foi dividida em diversos ramos e as fronteiras entre as disciplinas se ampliaram para facilitar a compreensão dos fatos e garantir o progresso do conhecimento científico (GADOTTI, 2006). Em contrapartida a essa tendência, surge, no final do século passado a investigação interdisciplinar, cuja proposta é de restabelecer a dialogicidade e a conexão entre os ramos da ciência para reconstruir o estudo do conhecimento enquanto totalidade.

Entretanto, adotar uma investigação interdisciplinar do objeto de estudo não se caracteriza como simples método de investigação ou técnica didática, mas como imperativo na produção e na socialização do conhecimento (FRIGOTTO, 2014).

Explica Frigotto (2014, p.13) que o ser humano ao produzir-se

socialmente, buscando satisfazer suas necessidades históricas e temporais, estabelece relações e práticas sociais “enquanto uma unidade que engendra dimensões biológicas, psíquicas, intelectuais, culturais, estéticas, etc”. O conhecimento social que produzimos a partir dessas relações tem caráter unitário e, portanto, os fenômenos sociais não podem ser compreendidos a partir da análise individualizada de suas dimensões; é imprescindível considerar a multiplicidade de fatores que o constitui e a relação entre eles.

Não se trata, porém, de negar a necessidade de delimitação do objeto a ser perquirido por cada ramo da ciência, tendo em vista que a especificação nesse caso tem por intuito viabilizar sua investigação, entretanto, é imprescindível que não se proceda à fragmentação do conhecimento, que em nada contribui para a compreensão da essência do fenômeno.

Nesse sentido, ao investigarmos no presente estudo o diálogo enquanto categoria de aproximação entre a teoria da educação libertadora de Freire e as práticas da Justiça Restaurativa, é indispensável à realização da análise interdisciplinar.

Encontrar-se-á, por exemplo, a interdisciplinaridade quando da análise do paradigma de Justiça Restaurativa, cujas práticas estão fundamentadas no diálogo entre os sujeitos do conflito criminal, pois será necessário considerarmos o discurso da teoria criminológica da criminalidade (SANTOS, 2012), que entende o crime enquanto expressão do conflito social, econômico, político e cultural próprio do sistema capitalista – portanto, a partir da compreensão totalizadora do conhecimento - e não como um fenômeno isolado, característico da natureza de determinados indivíduos e de seus comportamentos nocivos às normas penais, discurso típico da tradicional teoria jurídica do crime.

Finalmente, empreenderemos o estudo interdisciplinar no presente

ensaio quando da necessidade de relacionar a teoria da educação dialógica e libertadora de Freire e a dialogicidade do processo de resolução dos conflitos criminais entre vítima e ofensor, proposto pelo paradigma Restaurativo de Justiça, pois será realizada a análise política, filosófica e sociológica desses objetos e da sua interação.

3. DO DIÁLOGO COMO CATEGORIA DO PENSAMENTO FREIRIANO

Conforme assevera Kosick (2002, p.13) tratando acerca do objeto de estudo do pensamento dialético, a compreensão das coisas e da realidade não se apresenta de imediato aos seres humanos, tendo em vista que se encontra encoberta por suas representações do mundo. Para alcançar a verdadeira estrutura da realidade faz-se necessário a superação da superficialidade apresentada pelo mundo da aparência e, assim, desvendar o mundo real, criado e transformado pelo ser humano.

Inseridos na pseudoconcreticidade⁵ os seres humanos não são capazes de objetivar a si e à realidade, analisá-las teoricamente, utilizando-se tão somente da práxis utilitária - que os coloca “em condições de orientar-se no mundo, de familiarizar-se com as coisas e manejá-las, mas não proporcionam a compreensão das coisas e da realidade” (KOSICK, 2012, p.13) - para alcançar suas diversas necessidades e realizar seus interesses. Por meio desta atividade criam o pensamento comum e constroem suas

⁵ Caracteriza-se, segundo Kosick, pelo mundo das representações criado pelos indivíduos no trato prático-utilitário com as coisas.

representações das coisas, que correspondem apenas ao aspecto fenomênico da realidade.

Sem a condição de perceberem-se imersos na pseudoconcreticidade, os indivíduos naturalizam essas representações fetichizadas do mundo, passando a compreender a vida comum e cotidiana do ser humano como estática e determinada, não como resultado da sua própria atividade enquanto sujeito da história e passível de transformação (KOSICK, 2012).

A ausência de consciência acerca de sua atuação na produção do mundo cognoscível, por sua vez, implica em uma relevante consequência. Por não se identificarem como agentes que constroem a realidade, se restringindo ao simples exercício da práxis utilitária no trato com a natureza e com os demais seres humanos, tornam-se vulneráveis à dominação daqueles que detém os meios de produção e determinam as condições sociais. De acordo com os ensinamentos de Marx (2008, Prefácio), “[...] o modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e espiritual em geral. Não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas, pelo contrário, o seu ser social é que determina a sua consciência [...]”, ou seja, o modo de produção constitui a base do regime social e determina além da forma de organização da sociedade, a própria consciência humana.

Nesse sentido, a percepção da realidade social como produto da práxis humana, revela a condição do ser humano enquanto sujeito capaz de produzi-la e transformá-la. Mas, de que maneira é possível conhecer a verdadeira realidade e modificá-la?

Acerca dessa questão debruçou-se um dos principais educadores e pensadores comprometidos com a compreensão da realidade e da existência

humana: Paulo Freire⁶.

Paulo Freire, importante teórico e, notoriamente, o mais célebre educador brasileiro desenvolveu uma filosofia educacional voltada à conscientização e à mobilização das massas oprimidas na busca por sua libertação conjunta. Conhecido principalmente pela disseminação do seu método de educação, que recebeu o nome de “Método Paulo Freire”, o autor foi o responsável por desenvolver um pensamento pedagógico de caráter político, pois ao trabalhar a importância da leitura, Freire se referiu não apenas ao ato de ler, mas de conhecer a si mesmo e ao mundo, para que seja possível sua transformação. Em razão disso seu método dialógico e problematizador da educação, muito além de mera técnica pedagógica atua como uma práxis que propõe a libertação da situação de opressão social.

Ao compreender o mundo como algo que se encontra em constante transformação, Freire defendeu que não existe um futuro a priori, afirmando que “o mundo não é, o mundo está sendo (FREIRE, 1996, p.76,). Isso implica dizer que ao contrário de muitos intelectuais esquerdistas, que defendiam que a emancipação das classes ocorreria de forma inevitável, Freire acreditava na necessidade de efetiva atuação dos indivíduos – nesse caso, dos oprimidos- para a (re) construção da realidade opressora na qual estão inseridos e que o ser humano é um ser histórico e inacabado e, portanto, sempre capaz de aprender.

Embora ao longo de sua trajetória de pesquisa Freire tenha se debruçado sobre diversas problemáticas, o traço comum entre elas, como

⁶ Freire é considerado um dos mais célebres teóricos brasileiros. Buscou ao longo de sua pesquisa compreender a verdadeira realidade e tornou-se referência internacional principalmente em razão da sua concepção de educação para libertação dos oprimidos e pelo seu método de alfabetização de adultos.

afirma Moacir Gadotti (2006), é “a sua preocupação ética, seu compromisso com os “condenados da Terra” (em *Pedagogia do oprimido*), com os “excluídos” (em *Pedagogia da Autonomia*)”, o que torna o seu pensamento extremamente atual diante da realidade de opressão que persiste em nossa realidade. Dessa maneira, o objeto central de sua pesquisa, que originou toda a produção de sua vida acadêmica, permaneceu o mesmo: desvendar o papel essencial da educação como instrumento de libertação – objeto esse que já se fez presente desde o seu primeiro livro, *Educação e atualidade brasileira* (GADOTTI, 2006).

Freire afirmou em suas obras que a educação libertadora tem um caráter eminentemente político, levando os indivíduos socialmente oprimidos⁷ a reconhecerem a sua condição no mundo e a se perceberem como agentes criadores e transformadores da realidade, sendo capaz de promover o rompimento da conjuntura de dominação a qual estão submetidos e gerar a sua libertação. Conforme Freire, através da reflexão que a educação libertadora propõe, os oprimidos tornam-se capazes de atuar, de fato, na construção de uma nova realidade, de dizerem “sua palavra” (FREIRE, 1982), transformar o mundo. Nesse sentido, Gadotti (2007, p.88-90) estabelece que:

O poder da obra de Paulo Freire não está tanto na sua teoria do conhecimento, mas no fato de ter insistido na ideia de que é possível, urgente e necessário mudar a ordem das coisas. Ele não apenas convenceu muitas pessoas em muitas partes do mundo pelas suas teorias e práticas, mas, também, despertou neles a capacidade de sonhar um mundo “mais humano, menos feio e mais justo”. Ele foi uma espécie de guardião da utopia. Esse é o legado que ele nos deixou. Esse legado é, acima de tudo, um legado de esperança. (...) Paulo Freire nos fez

⁷ Segundo Freire, oprimidos são todos aqueles indivíduos que têm seu direito de pronúncia do mundo negado em razão da opressão social.

sonhar porque falava a partir de um ponto de vista que é o ponto de vista do oprimido, do excluído, a partir do qual podemos pensar um novo paradigma humanitário, civilizatório, o sonho de um outro mundo possível, necessário e melhor.

Entretanto, como bem assevera o autor “ninguém liberta ninguém, ninguém se liberta sozinho: os homens se libertam em comunhão” (FREIRE, 2014, p.71), o que significa que o processo de conscientização através da educação como prática libertadora não acontece de forma isolada para cada indivíduo, mas a partir do diálogo crítico estabelecido entre os próprios oprimidos. Esse constante esforço de reflexão alvitado pela teoria da ação dialógica de Freire propõe que haja a inserção na realidade, ou seja, o convencimento acerca de sua condição histórica de oprimido seja alcançado através da troca de conhecimentos - práticas e reflexões- que possibilite aos oprimidos a apropriação do mundo como sujeitos que o produzem e o despertar para a transformação da realidade.

Freire afirma que para existir humanamente, os indivíduos precisam pronunciar o mundo, que significa refletir e agir para participar verdadeiramente da sua (re) construção; essa pronúncia será realizada através do diálogo. Sobre a questão, Freire ressalta em *Educação como prática da liberdade* (1994) que:

E que é o diálogo? É uma relação horizontal de A com B. Nasce de uma matriz crítica e gera criticidade (Jaspers). Nutre-se do amor, da humildade, da esperança, da fé, da confiança. Por isso, só o diálogo comunica. E quando os dois pólos do diálogo se ligam assim, com amor, com esperança, com fé um no outro, se fazem críticos na busca de algo. Instala-se então, uma relação de simpatia entre ambos. Só aí há comunicação (FREIRE, 1994, p.115).

Afirma Freire que a verdadeira dialogicidade é aquela que possibilita aos oprimidos a aprenderem na troca de experiências e no respeito às diferenças (FREIRE,1996). Entretanto, embora a pronuncia do mundo seja um direito de todos os seres humanos, apenas aqueles que detêm o domínio econômico são os que têm o privilégio de exercê-lo, o que implica em um sério prejuízo para o desenvolvimento de diálogos críticos que, de fato, conduzam à conscientização e à apropriação do mundo.

Desse modo, para que o diálogo funcione como meio de transformação é necessário, inicialmente, que ele seja estabelecido entre aqueles que desejam reaver o seu direito de pronunciar o mundo, não sendo possível partir dos próprios dominadores, pois estes, por negarem aos demais o direito de pronúncia, utilizariam o diálogo como meio para conquista do outro e não como forma de apropriação do mundo pelos sujeitos; em razão disso, a autossuficiência é incompatível com o diálogo, sendo imprescindível a humildade daqueles que se propõe a atuar em conjunto com os demais, de tal modo que a relação não seja mais de dominação de um sujeito sobre o outro, mas de compartilhamento de experiências.

Além da necessidade de humildade dos interlocutores, o diálogo pressupõe, dentre outros, a necessidade de ter fé nos seres humanos, que significa nada mais do que fé na capacidade dos indivíduos de serem mais, de criarem e reconstruírem a realidade. Conforme Freire, o ser humano dialógico tem fé nos demais seres humanos, antes mesmo de travar com eles o diálogo e a certeza “de que este poder de fazer e transformar, mesmo negado em situações concretas, tende a renascer. Pode renascer. Pode constituir-se. Não gratuitamente, mas na e pela luta por sua libertação” (FREIRE, 2014, p.112 e 113).

Destacam-se ainda como elementos fundantes e como consequências,

respectivamente, da dialogicidade no processo de humanização do mundo, o amor, a confiança, a esperança e o pensar crítico entre os homens.

O amor, como elemento fundante, remete-se ao compromisso em transformar o mundo para além dos interesses de cada indivíduo, firmado no compromisso com todos os seres humanos. É esse amor pelo mundo que atua como instrumento de emancipação dos indivíduos que são chamados a atuar como sujeitos da história na (re) construção da realidade e que possibilita o desenvolvimento do diálogo entre eles.

No que se refere à esperança como pressuposto para o diálogo, Freire ressalta que ela pode ser encontrada na própria essência dos seres humanos, que conscientes do seu caráter de inacabado, sempre buscam um ser mais. Em sendo o diálogo um encontro de seres humanos que objetivam a transformação do mundo, se faz necessário que eles nutram a esperança de que é possível superar as injustiças da ordem posta, através da sua atuação conjunta na pronúncia do mundo; sem esperança, o diálogo já inicia sem vida, não trazendo consigo o forte viés transformador.

Entretanto, não se trata da esperança vã, pois como afirma Freire, “não há esperança na pura espera” (FREIRE, 1992, p.11). Este tipo de esperança imobiliza os sujeitos, os torna incapazes de atuar no sentido de busca da sua libertação e, é em razão disso, Freire defende que a esperança deve se apoiar na prática.

É essencial ainda para o diálogo a existência de um pensar crítico. Trata-se de conseguir enxergar a realidade não como um fato estático, como algo normal, mas como resultado da ação do próprio ser humano e, portanto, passível de modificação. É o pensar que não se contenta, como diz Freire, em aceitar “a dicotomia mundo-homens, mas reconhece entre eles uma inquebrável solidariedade” (FREIRE, 2014, p. 114)”. O diálogo não apenas

pressupõe o pensar crítico, mas também é capaz de gerar essa criticidade ao fazer com que os indivíduos consigam objetivar a si mesmos e ao mundo.

Finalmente, quanto à confiança, Freire nos afirma que se trata de uma consequência lógica alcançada entre os indivíduos em razão do diálogo crítico, fundado em amor, humildade, esperança e fé que estabelecem. Essa confiança faz com que os sujeitos dialógicos tornem-se cada vez mais companheiros na pronúncia do mundo e busquem alcançar a coerência entre o que falam e sua prática.

Importante destacar ainda que o diálogo proposto por Freire como instrumento para a libertação conjunta dos oprimidos, não tem por objetivo manter-se meramente no plano do discurso. É imprescindível aliar reflexão e prática para que o diálogo seja capaz de alcançar o propósito de transformação da realidade, pois como nos ensina Freire é através da palavra autêntica, constituída pela ação e pela reflexão, ou seja, pela práxis, que se denuncia o mundo e se transforma a realidade; a reflexão dissociada da ação é mero verbalismo e a ação, afastada da dimensão de reflexão transforma-se em mero ativismo.

Frente ao exposto, é inegável a importância atribuída por Paulo Freire ao diálogo para a apropriação pelos indivíduos de sua condição de oprimido e que é em decorrência dessa atuação conjunta, que se torna possível aos sujeitos oprimidos “dizerem a sua palavra” na construção de uma nova realidade.

Mas, diante da amplitude de grupos excluídos que podem ser abarcados dentro do conceito de oprimido, tendo em vista que para se encaixar no perfil traçado por Freire faz-se necessário que estes indivíduos tenham sido privados do seu direito de pronunciar o mundo, podemos facilmente incluir nessa categoria os envolvidos no conflito ocasionado em razão da prática

de um crime - vítima, ofensor e comunidade.

Partindo da concepção freiriana de oprimido, portanto, não podemos ignorar que os atores diretamente envolvidos na problemática do crime têm o seu direito de pronúncia do mundo negado quando da busca pela solução do conflito, pois o modelo de justiça que adotamos no Brasil, de Retribuição, atribui ao Estado o poder-dever de solucionar o conflito, impossibilitando a vítima, o ofensor e a comunidade de atuarem com autonomia na determinação do melhor caminho para a solução do ocorrido.

Diante dessa constatação, passamos então a refletir acerca de outro modelo de justiça – a Justiça Restaurativa- que, estando sedimentada sobre o pilar do diálogo, permite que esses oprimidos envolvidos na problemática do crime possam reaver o seu poder de pronúncia do mundo, através da participação efetiva na busca por soluções dos conflitos que lhes dizem respeito.

4. JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA NÃO-VIOLENTA DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Deparamo-nos, ao longo da história humana, com a preocupação acerca da resposta cabível àqueles que transgredissem as regras a todos impostas para garantir a convivência social harmoniosa.

Com a evolução do pensamento criminológico ao longo da história verificou-se a adoção do paradigma de justiça Retributivo no Brasil e em grande parte dos países ocidentais, como resposta à questão do crime (ANITUA, 2008). Tal paradigma compreende o crime como a infração de

uma norma penal imposta a todos pelo Estado e que este, legitimado pelo seu poder-dever de punir, deverá aplicar a sanção cabível ao transgressor e impedir que os demais membros daquela comunidade pratiquem a mesma conduta.

Todavia, as novas teorias que perpetraram a seara de estudo do crime a partir da década de 70, ensejaram o surgimento da criminologia crítica, que considera imprescindível analisar o crime diante do contexto social, econômico, político e cultural, de modo que possamos encará-lo, primeiramente, como uma expressão do conflito social próprio do sistema capitalista (SILVA, 2013). Destarte, na perspectiva da criminologia crítica, a criminalidade não deve ser considerada como um fenômeno isolado, característico da natureza de determinados indivíduos e de seus comportamentos nocivos às normas penais, mas sim a partir da seleção dos bens protegidos penalmente, dos comportamentos ofensivos relativos a esses bens e dos indivíduos estigmatizados (XAVIER, 2008).

Com efeito, a partir dessas novas teorias, o fenômeno do crime passou a ser compreendido de maneira diferente, suscitando a indagação quanto à eficácia do modelo de Justiça Retributivo frente à problemática do crime.

Aliado a esse fator, o cenário atual do país - que demonstra a ineficiência dos meios punitivos, a descredibilização das instituições oficiais de controle perante o senso comum e o crescimento dos índices da criminalidade e da insegurança pública - também contribui para a formulação de críticas ao atual paradigma de justiça brasileiro.

Contudo, em razão da temática que pretendemos abordar nesse ensaio, nos deteremos especialmente na crítica ao modelo Retributivo quanto à questão da relativização do papel primordial da vítima e do ofensor no processo penal. A temática é de salutar importância, pois essa estrutura

fomenta a negação do direito daqueles que estão diretamente envolvidos na problemática do crime de escolherem a melhor forma de solucionar o conflito, afastando-os, de sua prerrogativa de “pronunciar o mundo e dizer a sua palavra” sobre aquilo que lhes cabe.

Ao considerar o Estado como o principal ofendido pelo crime e, portanto, titular absoluto do direito de punir, a estrutura processual utilizada pelo modelo Retributivo negligencia as necessidades da vítima e o seu papel fundamental no processo de busca por soluções ao conflito, não alcançando, muitas vezes, a verdadeira reparação do prejuízo causado em decorrência do crime. A experiência de justiça, tão essencial no processo de recuperação da vítima, é reduzida à mera vingança pública (NOBRE, 2009).

Em razão destes fatores, passamos a refletir acerca de paradigmas alternativos de justiça que possam restabelecer à vítima e ao ofensor o seu lugar primordial na busca pela solução do conflito, devolvendo-lhes o seu direito de pronunciar o mundo e (re) construir a realidade.

Neste diapasão, destaca-se a proposta do modelo de Justiça Restaurativa, ou processo restaurativo, surge como alternativa à solução dos conflitos a partir da década de 70 nos Estados Unidos e na Europa, pautada nas práticas de mediação e diálogos pacificadores estabelecidos pelas culturas africanas e pelas primeiras nações da Nova Zelândia e do Canadá (ALMEIDA, 2014).

A consagração no âmbito internacional da regulamentação do modelo restaurativo, entretanto, somente vai ocorrer através das Resoluções 1999/26, de julho de 1999, 2000/14, de julho de 2000 e 2002/12, de 2002, da Organização das Nações Unidas (ONU), que trataram, respectivamente acerca do “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e de Justiça Restaurativa na Justiça Criminal” e define os princípios que norteiam o Programa de Justiça Restaurativa (AGUIAR, 2009).

No contexto da justiça penal brasileira, segundo Brandão (2014, p. 12), “tradicionalmente marcada pela imposição unilateral e verticalizada da norma positiva, impregnada de formalismo”, a inserção de práticas alternativas pautadas no diálogo e na cooperação dos envolvidos vem tentando ganhar espaço.

Podemos afirmar, no entanto, que embora a legislação brasileira não traga dispositivos com práticas totalmente restaurativas, abrange diplomas legais que podem ser utilizados para sua implementação, tal qual a Lei 9099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pois prevê a possibilidade de nas ações penais privadas, nas quais vigora o princípio da oportunidade e que atribui ao ofendido o direito de acionar o judiciário para buscar a prestação jurisdicional, os envolvidos optarem pelas práticas restaurativas e não levarem a demanda ao judiciário.

Na mesma premissa segue o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, SINASE (Lei 12.594/2012), que se caracteriza por ser um conjunto de princípios e critérios que estabelecem a aplicação das medidas socioeducativas reguladas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta Lei traz em seu artigo 35, III, a prioridade de instauração das práticas restaurativas e o atendimento às necessidades da vítima na execução das medidas socioeducativas.

A resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ trouxe, por sua vez, como inovação, o estímulo aos órgãos judiciais a oferecerem mecanismos de solução de conflitos, por meio das chamadas vias consensuais. Como desdobramento disso, o CNJ firmou em agosto de 2014, o Protocolo de Cooperação para Difusão da Justiça Restaurativa com a Associação de Magistrados do Brasil – AMB, que foi responsável por articular vinte instituições federais, agências da Organização das

Nações Unidas (ONU) e Organizações Não Governamentais (ONGs) para desencadear um movimento nacional voltado para a difusão da Justiça Restaurativa.

Já no primeiro semestre de 2015 o CNJ lançou a campanha nacional “Justiça Restaurativa do Brasil”, em parceria com a AMB. O projeto tem como principais objetivos a pacificação de conflitos, a difusão de práticas restaurativas e a diminuição da violência.

Até o mês de maio de 2015 o CNJ constatou que quinze estados do Brasil já adotaram as práticas restaurativas. Rio Grande do Sul, São Paulo e Brasília foram os pioneiros na implementação das práticas e já desenvolvem projetos de cunho Restaurativo que encontram apoio da Secretaria de Reforma do Judiciário e do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). No Distrito Federal o projeto é desenvolvido no âmbito do Juizado especial Criminal para crimes de menor potencial ofensivo em que a pena máxima é de um ano; em Porto Alegre o projeto de Justiça Restaurativa desenvolvida na 3ª Vara de Execuções de Medidas Socioeducativas da Infância e da Juventude, que alcançou caráter definitivo em 2010 (BRANDÃO, 2014) e em São Caetano do Sul/SP o projeto é desenvolvido no âmbito da Infância e da Juventude (NOBRE, 2009).

Na estrutura processual adotada pelo modelo Retributivo, no qual o Estado é o principal ofendido com a prática do crime, a participação da vítima é relativizada, pois esta somente receberá atenção quando necessário o seu testemunho dos fatos e, frequentemente, não são chamadas a acompanhar o desenrolar e o desfecho do caso.

Do mesmo modo, o ofensor, compreendido pela justiça Retributiva como aquele que transgrediu a norma penal preestabelecida, será apenas atribuída a culpa pela prática do ato e fixada sua pena. Salvo o interrogatório, nenhuma

participação lhe é concedida no decorrer do processo penal. Vítima e infrator são, portanto, no contexto Retributivo, meros coadjuvantes (ZEHR, 2008).

A proposta Restaurativa, entretanto, considera o crime não como uma infração à norma penal, mas como o responsável pelo rompimento das relações interpessoais entre os sujeitos, compreendendo que a justiça deve atentar-se à reparação da lesão sofrida e à reconstrução dessas relações, envolvendo nesse processo a vítima, o ofensor e a comunidade (ZEHR, 2008), que através do diálogo orientado, buscarão alcançar a melhor forma de solucionar o conflito.

Quanto ao ofensor e a vítima, estes são considerados partes essenciais do processo, pois é o diálogo entre eles que permitirá que o processo restaurativo se desenvolva.

Nesse sentido, é possível apreender que o modelo Restaurativo de Justiça oferece um olhar diferenciado e inovador acerca das questões penais e, principalmente, sobre os sujeitos envolvidos na violação, proporcionando não apenas a solução do conflito, mas principalmente o encontro de vítima e infrator e, por vezes também a comunidade, em um espaço de diálogo, que lhes permita alcançar juntos, por meio dessa troca de experiências, a melhor maneira de reparar a lesão sofrida e restabelecer as relações rompidas.

5. DA DIALOGICIDADE COMO INTERSEÇÃO ENTRE PAULO FREIRE E O PARADIGMA RESTAURATIVO DE JUSTIÇA

Conforme afirma Walter Benjamin, em *O Anjo da História*, (2013, p. 71) “[...] existe uma esfera da não violência na convivência humana

que é totalmente inacessível à violência: a esfera propriamente dita do “entendimento”, a linguagem”. O autor, assim revela que a possibilidade de resolução pacífica dos conflitos interpessoais, sem o uso da violência, torna-se possível através do diálogo, compreendido como uma técnica de entendimento civilizado (BENJAMIM, 2013) cuja utilização como instrumento para viabilizar a pronúncia do mundo pelos oprimidos fora tão defendida por Freire.

Diante desse entendimento, passemos a analisar a quem podemos chamar de oprimidos, segundo a concepção de Freire e o que lhes é devido em razão dessa condição.

A expressão *oprimidos* utilizada por Freire engloba os grupos de pessoas, os quais, o direito de pronúncia do mundo foi/é negado, sobre os quais se impõe a força alienante do opressor que determina como o mundo e as relações sociais devem funcionar, de acordo com os seus interesses. Impedidos de participar do processo de construção da realidade que os cerca, lhes é negada a vocação humana de ser mais.

Entretanto, conforme o autor, é através da educação de caráter libertador, que os oprimidos tornam-se capazes de perceber sua desumanização que, embora seja uma distorção concreta na história, “não é um destino dado, mas resultado de uma ordem injusta que gera a violência dos opressores e esta, o ser menos” (FREIRE, 2014, p.41). Uma vez compreendido como fruto da construção humana, o mundo passa a ser considerado como algo passível de ser transformado.

A visão freiriana de uma educação política e transformadora nos faz compreender que ele se refere a uma forma de educar que ultrapassa o simples espaço da sala de aula, indo muito além do aprendizado das palavras. É possível inferir, na verdade, que onde existe interação humana,

existe aprendizado e que os seres humanos constroem a si e ao mundo a partir da troca de experiências.

Nesse sentido, ao percebermos que o paradigma justiça brasileiro - fundamentado na concepção de que o Estado é o único legitimado a responder à prática de um crime e de que a pena deve ter o caráter retributivo - negligencia o papel dos sujeitos envolvidos no conflito criminal e priva-os do seu direito de dialogar para encontrar a melhor forma de resolução da questão. Podemos afirmar que vítima e infrator também podem ser considerados como oprimidos e que a eles é igualmente necessário devolver o poder de pronuncia do mundo, quando da solução do conflito que lhes diz respeito.

Frente ao exposto, torna-se necessária a busca por uma alternativa de justiça que ofereça outra resposta à problemática do crime e que devolva aos oprimidos envolvidos no conflito criminal o seu direito de participar de fato da sua resolução.

Dentre as alternativas ao paradigma Retributivo encontra-se a proposta Restaurativa de justiça, que propõe uma forma inovadora de desenvolvimento do processo de solução dos conflitos interpessoais e transforma a nossa concepção sobre o crime e a justiça.

Em contraposição ao procedimento Retributivo, o processo Restaurativo não possui um rito formal e pré-estabelecido em lei, ao contrário, cada procedimento será especificamente determinado de acordo com o contexto de cada país no qual esteja inserido. Entretanto, apresenta como características básicas a voluntariedade das partes, a informalidade relativa e o fato de ser sempre pautado no encontro e na cooperação.

A voluntariedade apresenta-se em razão da necessidade das partes envolvidas, primordialmente vítima e ofensor, escolherem se desejam adotar

o procedimento restaurativo como forma de resolução do conflito, não lhes sendo imposta tal alternativa.

Quanto à informalidade, verifica-se no fato de que o procedimento adotado para solução do conflito possuir variações de acordo com o caso em concreto, caracterizando-se como um procedimento multidimensional (COSTA, 2014).

Entretanto, o modelo Restaurativo objetiva principalmente fomentar o encontro e a cooperação das partes envolvidas no processo para buscar a melhor forma de resolução do conflito instaurado. Neste ponto, é essencial a promoção do diálogo entre os atores envolvidos acerca dos fatos que ocorreram, das necessidades surgidas à vítima e à comunidade em razão da situação conflituosa e a compreensão acerca das causas e das implicações do crime para o ofensor. Participa desse processo, também, um terceiro imparcial, um facilitador, que não necessariamente necessita ser uma autoridade judiciária, basta que seja alguém escolhido em consenso pelos envolvidos para mediar o diálogo.

Com a celebração do acordo, será realizada a verificação judicial do seu cumprimento para assegurar a reparação do dano, sendo necessário asseverar que esta reparação não necessariamente perpassa a ideia de restituição material. É possível que a reparação tenha caráter simbólico, como um abraço e um pedido de desculpas, ou que se caracterize pela restituição do trauma ético ou na restituição material, dependendo em cada caso da escolha dos próprios envolvidos no diálogo (COSTA, 2014).

Diante do observado, é incontroversa a estreita relação encontrada entre a pedagogia dialógica de Freire e as práticas de Justiça Restaurativa. Aquela objetiva educar os oprimidos para sua libertação e para a possibilidade de pronúncia do mundo que os cerca a partir do diálogo; estas oferecem uma

forma não violenta de resolução dos conflitos interpessoais que concede à vítima e ofensor - e à comunidade, quando necessário - o direito de dialogarem e decidirem de que forma preferem resolver o impasse.

Se consideramos, portanto, vítima e ofensor como oprimidos por não participarem de fato da busca pela solução do conflito criminal que os envolve e, por outro lado, entendermos que a proposta Restaurativa pautase no diálogo entre esses atores para alcançar a melhor forma de resolução do impasse será possível inferir que o diálogo travado entre os sujeitos do conflito criminal cria, em verdade, um espaço de aprendizagem. Através dele, da troca de experiências tão díspares, porém oriundas do mesmo fenômeno, que este possibilita que sejam compartilhadas, é que será encontrada a resposta que melhor atende aos dois polos.

Ao escolherem a solução, entretanto, esses sujeitos não estão apenas resolvendo um conflito criminal, mas principalmente construindo a realidade, dizendo a sua palavra. Dessa maneira, por meio do espaço de diálogo se educam e se descobrindo enquanto seres capazes de participar do mundo, não deixando a cargo do Estado o desempenho do papel que lhes é cabível por direito, pois a quem mais poderia interessar a solução daquele conflito do que aos próprios envolvidos nele?

As experiências de Justiça Restaurativa representam muito mais do que uma forma alternativa de resolução de conflitos de interesse, caracteriza-se, na verdade, como uma nova compreensão acerca das questões penais, que promove a ressignificação do papel a ser desempenhado por aqueles que estão envolvidos no conflito criminal.

Por esta razão, o novo paradigma demanda a construção de outra cultura, a qual não mais concede ao Estado a exclusividade do poder de punir e que não negligencia o direito da vítima e do ofensor de decidirem

como solucionar o conflito. A construção de uma nova cultura é, em verdade, a construção de um novo mundo e, para tanto, é essencial a participação de todos aqueles que têm o seu direito de pronúncia negado em razão da opressão social à qual se encontram submetidos.

Compreendemos, portanto, que a principal forma – se não a única forma – dos oprimidos conseguirem a almejada liberdade e a tão sonhada participação no mundo é por meio da educação em conjunto, do diálogo que os conduza à conscientização em relação à sua situação de opressão. Se vítima e ofensor são os oprimidos do conflito criminal, cabe a eles decidirem como solucioná-lo, pronunciando o mundo, educando-se para alcançar a libertação, e as práticas Restaurativas de justiça oferecem esse essencial espaço de diálogo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio buscou demonstrar de que maneira é possível relacionarmos a concepção freiriana de educação dialógica libertadora com a proposta do paradigma Restaurativo de justiça.

Partindo do pressuposto que vítima e ofensor podem ser considerados a partir da concepção freiriana de oprimidos no contexto do paradigma Retributivo de justiça, visto que têm o seu direito de pronúncia do mundo negado quando da busca pela melhor forma de resolução do conflito criminal – em razão do monopólio do poder punitivo do Estado – concluímos que a eles é devida à restauração dos seus papéis essenciais no processo criminal.

Diante do exposto e em razão das múltiplas críticas elaboradas ao paradigma Retributivo de Justiça, que há muito não responde de forma

satisfatória ao problema criminal, analisamos o paradigma alternativo de justiça, o modelo Restaurativo, que ao trazer um novo olhar acerca do fenômeno do crime e da experiência de justiça redefine os papéis da vítima e do ofensor no processo de solução do conflito.

Como consequência concluímos que além de criar uma forma inovadora de tratar as questões penais, o paradigma Restaurativo ainda restitui aos oprimidos da relação criminal o seu direito de pronúncia do mundo e de decisão acerca do desfecho do conflito criminal que os envolve.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALMEIDA, Gelson. O Sistema Prisional no Rio de Janeiro. Disponível em: <museucarcereuerj.blogspot.com.br/p/sistema-prisional.html> Acesso em 20 ago. 2014.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BENJAMIN, Walter. O anjo da história. Organização e tradução de João Barrento, 2ª edição. Belo Horizonte. Autêntica Editora, 2013.

BRANDÃO, Delano Câncio. Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos.

2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946. Acesso em 22 jul. 2015.

COSTA, Natassia Medeiros. A construção da Justiça Restaurativa no Brasil como um impacto positivo no sistema de justiça criminal. 2014. Disponível em < www.scielo.br/?lng=pt>. Acesso em 10 set. 2014.

FREIRE, Paulo. Ação Cultural para a liberdade. 8ª edição. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1982.

_____. Pedagogia do Oprimido. 56ª edição. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 2014.

_____. Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa. 25ª edição. São Paulo. Paz e Terra, 1996.

_____. Pedagogia da Esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1992.

_____. Educação como prática da liberdade. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1994.

_____. Educação e atualidade brasileira. 3ª edição. Cortez Editora, 2001.

FRIGOTTO, Gaudêncio. A Interdisciplinaridade como necessidade e como problema nas Ciências Sociais, 2014. Disponível em: < http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/sem_pedagogica/fev_2014/NRE/2interdisciplinaridade_necessidade.pdf>. Acesso em 10 ago. 2015.

GADOTTI, M. Por que devemos continuar estudando Freire? In: SCOCUGLIA, A.C. A história das ideias de Paulo Freire e a atual crise de paradigmas. João Pessoa. Editora Universitária UFPB, 2006.

_____. Interdisciplinaridade: Atitude e Método. Disponível em: <ftp://ftp-acd.puccampinas.edu.br/pub/professores/CCHSA/lucianeoliveira/Planejamento%20de%20Ensino/Tema%202%20-%20Interdisciplinaridade/Texto%202%20-%20Interdisciplinaridade.pdf>. Acesso em 15 ago. 2015.

KOSICK, K. A Dialética do Concreto. Capítulo 1. São Paulo, Paz e Terra, 7ª Ed. 2002.

MARX, Karl. Prefácio à Contribuição à Crítica da Economia Política, 2008. Disponível em: http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_fontes/acer_marx/tme_15.pdf. Acesso em 15 ago. 2015.

NOBRE, Maria Coeli. Justiça da Proximidade: Instrumento de proteção e defesa dos Direitos Humanos para a vítima. Curitiba. Juruá, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Os discursos sobre crime e criminalidade, 2012. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf. Acesso em 5 ago. 2015.

SILVA, Mazukyevicz Ramon Santos do Nascimento. Punição e desenvolvimento no Brasil do século XXI. IN Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013.

XAVIER, Arnaldo. A construção do conceito de criminoso na sociedade capitalista: um debate para o Serviço Social. IN. Revista Katálysis. Vol. 11. Nº 2, Florianópolis. Jul/Dez 2008.

ZEHR, Howard. Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça – Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Recebido em 30/12/2016 – Aprovado em 27/09/2017

IUS CONNUBII: DIMENSÃO CANÔNICA

IUS CONNUBII: CANONICAL DIMENSION

Silma Mendes Berti¹

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Matrimonial Canônico pelo Instituto Santo Tomás de Aquino (ISTA). Professora aposentada na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro do Tribunal Eclesiástico da Arquidiocese de Belo Horizonte. E-mail: silmaberti@gmail.com

RESUMO: O Código de Direito Canônico, disciplinando, no Cân. 1058, o *ius connubii*, dispõe: “Podem contrair matrimônio todos os que não são proibidos pelo direito”. O dispositivo, aparentemente simples, reserva um amplo e profundo conjunto de implicações, de questionamentos e de possibilidades de investigação, especialmente por envolver relações de extrema delicadeza. Combinação perfeita de direito e sacramento, o *ius connubii*, em sua estreita relação com a constituição da família, santuário do Amor, é importante problema que se impõe ao legislador, tanto na legislação do Estado, especificamente em Direito Civil, quanto na legislação da Igreja. Como princípio geral do sistema matrimonial canônico, o *ius connubii* é fonte de interpretação de todas as normas referentes ao matrimônio, especialmente quanto à distinção entre a realidade sacramental e a celebração litúrgica. É esta constatação que está na origem de nossas reflexões.

PALAVRAS-CHAVE: *Ius connubii*. Matrimônio canônico. Direito. Sacramento. Família.

SUMMARY: Canon Law, in regulating under Can.1058 the “*ius connubii*”, lays down that: “All those who are not prohibited from doing so by law may contract matrimony.” This disposition, although apparently simple, has a wide and deep range of implications, questionings and possibilities for investigation, especially as it involves an extremely delicate relationship. A perfect combination of law and sacrament, the “*ius connubii*”, in its close relationship with the constitution of the family, which is the sanctuary of Love, is an important problem, which faces the legislator, both in the legislation of the State, specifically in Civil Law, and in that of the Church. As

the general principle of the canonical matrimonial system, “*ius connubii*” is the source of interpretation of all rules concerning matrimony, especially when it comes to the distinction between sacramental reality and liturgical ceremony. This is the fact, which is the basis of our reflections.

KEYWORDS: *Ius connubii*. Canonical matrimonial law. Sacrament. Family.

“Le mariage, vers lequel deux amoureux descendent la main dans la main, est la consécration suprême de la fusion des âmes.”

(LEGOUVÉ, 1848)

1. INTRODUÇÃO

O *ius connubii*, expressão originária do direito romano, protege o direito natural de toda pessoa e o direito fundamental de todo fiel de, livremente, contrair matrimônio.

A doutrina cristã sobre o matrimônio remonta a fontes do Antigo Testamento. O registro do Gênesis: “Por isso deixará o homem o pai e a mãe e se unirá à sua mulher e eles serão uma só carne” (Gn 2, 24), evidencia a certeza de que o matrimônio nasceu no coração de Deus, em momento anterior à existência de legisladores e de lei humana, tendo o Senhor observado também: “não é bom que o homem esteja só. Vou dar-lhe uma auxiliar semelhante a ele” (Gn 2,18).

Trata-se, pois, de matrimônio como realidade natural, por Jesus transformado em sacramento, fonte de graça e de santificação. No casamento, segundo o plano original de Deus, a união pelo matrimônio

precisa ser mostrada, a aliança mantida e o amor cultivado.

No sistema atualmente em vigor na Igreja Latina o tratamento jurídico do *ius connubii* é explicitamente estatuído no Cân. 1058 do Código de Direito Canônico, CIC (1983): “Podem contrair matrimônio todos os que não são proibidos pelo direito”.

Inserido entre as disposições introdutórias da parte matrimonial, o dispositivo exalta a centralidade deste direito e o princípio da complementariedade entre o homem e a mulher que se impõe a todos os ordenamentos jurídicos, como síntese de outros direitos mais específicos de conteúdo eclesiástico, bem como do Direito Canônico e do Direito de Estado.

Os termos “podem todos” evidenciam o conteúdo do cânon: garantir a todos o direito ao matrimônio, direito inato e reconhecido pela normativa canônica a todos que integram a família humana.

Embora reconhecendo o princípio do *ius connubii*, o direito canônico se reserva a possibilidade de proibir o matrimônio a algumas categorias de pessoas consideradas inaptas, por razões diversas, *e.g.*, pela falta de discernimento, no que tange à higidez mental, ou à pouca idade. Tal proibição consta dos chamados impedimentos, restrições legais cujo fundamento figura no Cân. 1058, *in fine* “...proibidos pelo direito”.

Não se trata de proibir ou controlar a liberdade matrimonial, princípio básico da formação do matrimônio, mas de assegurar que o acesso ao matrimônio ocorra em perfeita harmonia com as condições mínimas à concretização de uma autêntica união sacramental.

A união matrimonial é uma instituição vital para todo ser humano e para toda sociedade, ao possibilitar ao homem e à mulher a plenitude de sua humanidade. É, pois, sob este ângulo que será, no presente trabalho,

explorado o *ius connubii*, em dimensão canônica.

2. O MATRIMÔNIO E DIREITO AO MATRIMÔNIO

2.1 As dimensões essenciais do matrimônio

O matrimônio é vocação divina, caminho grande e maravilhoso que faz parte da trajetória de vida do casal (ESCRIVÁ, 1987, p. 93). Celebrado entre pessoas batizadas, o matrimônio tem profunda significação simbólica, não apenas em virtude de sua natureza sacramental, como também por ser o sinal do amor e da aliança de Cristo com a Igreja: o esposo simboliza o Cristo, a esposa simboliza a Igreja. É uma aliança, cujo símbolo é o anel que os esposos trocam no momento da celebração do matrimônio. Toda aliança, diz Sériaux, (1996, p. 558) simboliza doação recíproca, em vista de um objetivo que é a instauração de uma comunidade de vida entre cônjuges.

O vínculo que une os esposos é, então, a expressão da união e do amor do Cristo e da Igreja à qual cabe receber a força desta comunidade de vida conjugal (Ef 5, 23-32). Porém, o mais importante é a certeza de que a origem do casamento deriva de Deus: é Ele que realiza este projeto divino (Gn 1, 27; Gn 2, 18; Gn 2, 22).

O homem se entrega inteiramente à mulher como marido, e também a mulher se entrega ao marido, como esposa. Por este dom total e irrevogável se tece um vínculo programado que os une de forma complementar, a fim de que, permanecendo duas pessoas distintas formam uma só carne, *una caro*² “... deixará o homem pai e a mãe e se unirá à sua mulher, e eles serão

² A expressão *una caro* do Gênesis deve ser entendida como uma união na natureza.

só carne” (Gn 2, 24). Trata-se, pois, como diz claramente o texto, de uma unidade que não suprime a dualidade. O homem e a mulher continuam a dirigir seu próprio ser com liberdade e responsabilidade (SCHOUPE, 1991, p. 154).

Deve-se de início ressaltar que o princípio fundamental que governa as condições à formação do matrimônio é a liberdade matrimonial, nosso primeiro tópico de reflexão.

2.2 Liberdade matrimonial

Existe um direito ao matrimônio, fundado na liberdade matrimonial. Falar de liberdade matrimonial requer prévio entendimento do sentido de liberdade, princípio de valor universal, expresso no art. 4.º da Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, o primeiro documento a reclamar igual dignidade para todos os homens, redigido pela Assembleia Nacional Constituinte (França), concluído a 26 de agosto de 1789, institucionalizando, dentre outros, o princípio à liberdade individual como um direito natural, inviolável e imprescritível, consagrado na máxima “todos os homens nascem e permanecem livres” (VOILIARD, 1964, p. 9).

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos, de fazer tudo o que as leis permitem.

No matrimônio, a liberdade é antes de tudo a consagração de um princípio universal, perfeitamente enquadrável na convivência matrimonial, permitindo a cada pessoa dar ao outro lugar especial em sua vida. É ainda a consagração da igualdade conjugal, voltada não apenas para escolha do cônjuge, mas também para a decisão de com ele viver e se envolver na busca da

paz e da harmonia do casal e da família, configurando um trabalho de uma vida inteira, ‘até que a morte os separe’. Daí a razão de a liberdade implicar maturidade psicológica, social e moral para assumir os seus próprios atos. “Uma real liberdade matrimonial, segundo Montesquieu, assemelha-se a uma propriedade desfrutando de outros bens”, (LAGARDE & MICHARD, 1967, p. 105) ao que se pode acrescentar os dizeres de Tocqueville (1856, p. 217) “quem procura na liberdade outra coisa que não seja a própria liberdade é feito para servir.”

Com efeito, a verdadeira liberdade matrimonial sugere que a escolha do cônjuge se concretize livremente, centrada não só na escolha da pessoa com quem pretende envolver-se em união, como também na qualidade da vida a dois que se quer partilhar para sempre. Requer um equilíbrio delicado, um cuidado mútuo, paciente, exercido por um sem penalizar o outro, pois *‘la liberté, c’est toujours la liberté de l’autre’* (LUXEMBOURG, 2015).

O direito ao matrimônio permite a cada pessoa ser livre para casar ou para não casar. Trata-se, porém, segundo Frédérique Granet (2006), de uma liberdade limitada, que se exerce em um quadro predefinido juridicamente.

2.3 Condições de formação do matrimônio

Inúmeras são as condições de formação do matrimônio, podendo ser agrupadas em duas categorias sintetizadas em condições de fundo e condições de forma.

2.3.1 Condições de fundo

As condições de fundo pertencem a três categorias diversas, observando-se:

- a) aptidão física do nubente;
- b) o consentimento dos nubentes;
- c) os impedimentos ao casamento, estipulados pelo direito por razões morais ou sociais.
- d) Condições fisiológicas: casamento e procriação.

Em todas as épocas foi tecido um vínculo entre matrimônio e procriação, considerada esta pelo direito como fenômeno natural daquele.

A legislação civil quis assegurar a capacidade procriativa dos futuros esposos, estabelecendo, para tanto, condições concernentes à aptidão física ao casamento, a saber: sexos diferentes, ser púbere o candidato e, se possível, gozar de boa saúde. Quanto à diversidade de sexo: o casamento só se pode celebrar entre um homem e uma mulher, condição subjacente em dispositivos legais de vários ordenamentos jurídicos (GRANET, 2006, p. 25).

A legislação canônica disciplina a matéria de forma expressa, no Cân. 1055 § 1: [...] “comunhão de vida entre um homem e uma mulher” (CIC, 1983). Também de forma expressa, o Código de Direito Canônico trata a questão da puberdade, ao fixar a idade núbil - 16 anos para o homem e 14 para a mulher, tratada em outra parte deste estudo (CIC, 1983, p. 38).

Segundo Hervada (1998, p. 121) do ponto de vista natural, o matrimônio pode ser considerado como a união jurídica, plena e total, de um homem e de uma mulher na virilidade e feminilidade, de que resulta uma comunidade de vida indivisível, ordenada à geração e educação dos filhos e à ajuda mútua.

a) Condições psicológicas - Sendo um ato jurídico, a vontade expressa dos nubentes, ao consentir no momento da celebração do matrimônio,

constitui uma das condições essenciais, devendo, pois, ser expressa, séria, consciente, livre e esclarecida.

b) Condições sociológicas - Tanto na legislação canônica quanto na civil há tratamento referente às condições visando a impedir certas uniões matrimoniais por razões morais ou sociais, tais como a proibição do incesto, interdição da bigamia, tratados especificamente, em dispositivos concernentes aos Impedimentos matrimoniais.

2.3.2 Condições de forma

Atendidas as condições de fundo, os noivos podem casar-se. A celebração do matrimônio observará forma particular, minuciosamente, determinada pela legislação canônica. O CIC (1983) dedica o capítulo V do Título VII Do Matrimônio “à forma da celebração do matrimônio”, tratando sucessivamente das condições da celebração e de sua constatação.

2.4 As condições da celebração do matrimônio

A celebração do matrimônio cristão é uma ação de graças pelo dom do amor e não apenas uma bonita celebração marcada pela contemplação e até pela emoção. O começo de uma vida a dois, “com” o Senhor, uma Aliança que permite aos nubentes viver e realizar-se no tempo e na história, pois o amor que une um homem a uma mulher, pelo matrimônio, é bênção, a ser recebida com espírito de fé e muito amor.

Embora a cerimônia possa adaptar-se à escolha dos nubentes, permanece a obrigatoriedade de obediência à forma particular regulamentada pela legislação canônica.

2.4.1 A preparação ao matrimônio

O capítulo I do Título VII, consagrado ao matrimônio “Do cuidado Pastoral e do que deve anteceder à celebração do matrimônio,” trata de questões de forma a serem satisfeitas anteriormente à cerimônia, e cujo descumprimento pode motivar iliceidade mais ou menos grave, segundo o caso. Assim é, para que “o estado matrimonial se mantenha no espírito cristão e progrida na perfeição”, como disposto no enunciado básico do Cân. 1063. É para atender a esta finalidade, que a lei canônica prevê, de início, medidas de caráter coletivo, endereçadas ao conjunto de fiéis, especialmente, àqueles em preparação para o matrimônio.

Estabelece o CIC (1983), Cânn. 1063-1064, a obrigação dos pastores de almas de cuidar, segundo competência do Ordinário local, da instrução dos fiéis sobre o “sentido do matrimônio e o papel dos cônjuges e pais cristãos”.

O Cân. 1065 prescreve que “os católicos, que ainda não receberam o sacramento da confirmação, recebam-no antes de serem admitidos ao matrimônio, se isto for possível fazer sem grave incômodo” (§ 1). Acrescenta que para o sacramento do matrimônio ser recebido como fruto, deve-se recomendar insistentemente aos noivos que se aproximem dos sacramentos da penitência e da santíssima Eucaristia (§ 2), dando início às medidas de caráter individual, concernentes exclusivamente aos candidatos ao matrimônio.

Em comentários ao cânon em exame, Jesús Hortal (2012) afirma que “na prática pastoral do Brasil, parece não se dar importância à recepção da confirmação previamente ao matrimônio...”.

Alain Sériaux afirma, no entanto, que a confirmação dos futuros esposos é normalmente uma obrigação, acrescentando em nota:

La formule est impérative: “le recevront”. Le mariage sans confirmation préalable des conjoints baptisés est donc illicite. La règle se justifie par l'idée que la foi du ou des conjoints a besoin, à l'aube de la vie commune, d'être forte. Le grave inconvénient dont il est question au texte peut par exemple exister dans le cas de mariage in extremis ou bien de mariage secret (SÉRIAUX, 1996, p. 566).

Nos termos do Cân. 1066, faz-se necessário assegurar preventivamente a plena validade e a plena liceidade do matrimônio. Para este fim, “a Conferência dos Bispos fixará normas sobre o exame dos noivos, sobre os proclamas matrimoniais e outros meios oportunos para se fazerem as investigações necessárias antes do matrimônio, e assim, tudo cuidadosamente observado, possa o pároco proceder à assistência do matrimônio”, Cân. 1067. É ainda disposto no Cân. 1068 que, na impossibilidade de obtenção de provas e não havendo indícios em contrário, basta a afirmação dos nubentes, sob juramento, de que são batizados e que inexistem impedimentos.

Ressalte-se que além desta situação o exame preliminar se impõe, reforçado pela regra prevista no Cân. 1069, impondo a obrigatoriedade de todos os fiéis de revelar ao pároco ou ao Ordinário local, antes da celebração do matrimônio, os impedimentos de que têm conhecimento.

Enfim, “se outro tiver feito as investigações, e não o pároco a quem compete assistir ao matrimônio, informe quanto antes, por documento autêntico, o resultado ao pároco”, Cân. 1070.

Outra medida preventiva consiste na regulamentação da assistência ao matrimônio, isto é, a presença do Ordinário local competente à celebração.

Dispõe o Cân. 1071 - § 1: “Exceto em caso de necessidade, sem a licença do Ordinário local, ninguém assista...” enumerando sete situações, que requerem a permissão do Ordinário, inclusive a hipótese de matrimônio

por procuração, que o Cân. 1105 regulamenta em detalhes.

Embora respeitando os costumes do país de origem dos nubentes, bem como do país da celebração do matrimônio, a normativa canônica dispõe no Cân. 1072: “Os pastores de almas procurem afastar do matrimônio os jovens antes da idade em que se usa contrair o matrimônio, conforme o costume de cada região”. Registre-se, no entanto, que o CIC dispõe sobre a idade núbil ao tratar dos Impedimentos Dirimentes em especial, o que será examinado em outra parte deste trabalho, à página 38.

Em Legislação complementar ao Código de Direito Canônico, o Texto da CNBB, quanto ao Cân. 1067, estabelece regras sobre a instrução do Processo de habilitação matrimonial, com tríplice finalidade:

- a) recolher os dados pessoais dos nubentes e averiguar claramente a ausência de impedimentos para a celebração válida e lícita do matrimônio;
- b) adquirir certeza moral sobre a liberdade de consentimento;
- c) verificar e, se preciso for, suprir o grau de instrução suficiente dos noivos acerca da doutrina católica sobre o matrimônio, função de competência do pároco, habilitado a assistir ao matrimônio.

A preparação para o matrimônio deve ser precedida de audiência comum dos futuros esposos com o pároco, um sacerdote ou um diácono, seguida de entrevistas preliminares ou complementares com casais cristãos; participação em reuniões de preparação para o matrimônio, sempre em atendimento à orientação e às normativas apresentadas pelas Arquidioceses e Dioceses.

Tais atividades visam a possibilitar o diálogo e a reflexão sobre o matrimônio, o *modus vivendi* de cada casal e de seu projeto de vida a

dois, ponto primordial da vida matrimonial, observando e vivenciando o matrimônio e seu significado para os cristãos.

A Celebração do matrimônio se realizará, atendidas as seguintes condições: pelo menos um dos nubentes deve ser católico, sem vinculação a casamento anterior válido, devendo ambos ser realmente livres e conscientes da indissolubilidade do vínculo matrimonial, do seu dever de perseverar na fidelidade do seu amor por toda a vida e aceitar a responsabilidade de serem pais (Gn 1, 28; Rm 7, 2-3; I Co 7, 39).

Os sacramentos estão ordenados à santificação dos homens, à edificação do Corpo de Cristo e, enfim, a prestar culto a Deus. Como sinais, têm também a função de instruir. Não só supõem a fé, mas também a alimentam, fortificam e exprimem por meio de palavras e coisas, razão pela qual se chamam sacramentos da fé. Conferem a graça, a cuja frutuosa recepção a celebração dos mesmos prepara os fiéis para receber a graça, prestar culto a Deus e a praticar a caridade (DOCUMENTOS DO CONCÍLIO ECUMÊNICO VATICANO II, 1963).

Portanto, todos os sacramentos devem ser celebrados no recinto religioso do templo. O matrimônio religioso, seguindo as normas litúrgicas para um acontecimento tão importante, se celebra na Comunidade paroquial, local onde os noivos receberam o batismo, a Eucaristia, a Crisma. Logo, devem também aí receber o matrimônio.

Amor e Verdade edificam uma aliança matrimonial de santificação, rica em orações, de bênçãos e de graças. Com efeito, a experiência ensina que os jovens bem preparados para a vida familiar, em geral, têm mais êxito do que os demais (JOAO PAULO II, 1981). Portanto, faz-se necessária, hoje mais do que nunca, a promoção de encontros de conscientização dos jovens para o matrimônio e para a vida familiar, cabendo à Igreja efetivá-los, em

processo gradual e contínuo, segundo orientação da *Familiaris Consortio*, equilibrando os diversos aspectos doutrinários, pedagógicos, legais e médicos, bem como os significados de graça e de responsabilidade do matrimônio cristão.

3. FORMA CANÔNICA

O Código de Direito Canônico aborda dois níveis da forma e dedica o capítulo V do Título VII Do Matrimônio à forma ordinária, no Cân. 1108.

Em outros capítulos, disciplina o CIC, as formas extraordinárias: o capítulo VI trata dos matrimônios mistos e o capítulo VII da celebração secreta do matrimônio.

Em capítulo anterior, disciplina o CIC o consentimento matrimonial, requisito externo da manifestação de duas vontades internas *in una unitate duale* (FUMAGALLI CARULLI, 2008, p. 195) evidenciando a relação entre o consentimento e a forma.

Le coeur du droit matrimonial est le consentement, cet acte par lequel les deux parties causent conjointement le mariage (SCHOUPE, 1991, p. 167). De fato, o matrimônio é uma realidade concreta, resultante da manifestação de vontade pela qual um homem e uma mulher se dão e se recebem mutuamente, por aliança irrevogável, para constituir o matrimônio, devendo, pois, assumir uma forma exterior para adquirir relevância jurídica.

3.1 Forma ordinária

Nos termos do Cân. 1108:

somente são válidos os matrimônios contraídos perante o Ordinário local ou o pároco, ou um sacerdote ou diácono delegado por qualquer um dos dois como assistente, e, além disso perante duas testemunhas”. (§ 2) “Considera-se assistente do matrimônio somente aquele que, estando presente, solicita a manifestação do consentimento dos contraentes, e a recebe em nome da Igreja” (CIC, 1983).

Trata-se de competência originária, atribuída ao Ordinário local ou ao pároco, e também *ex officio*, em razão da atribuição que lhe confere a lei.

Conforme a jurisdição das pessoas a competência será territorial ou pessoal:

a) No plano territorial, “o Ordinário local e o pároco, em virtude de seu ofício, dentro dos limites de seu próprio território, assistem validamente aos matrimônios, não só de seus súditos, mas também dos não-súditos, contanto que um deles seja de rito latino” (Cân. 1109).

b) No plano pessoal, “somente quando pelo menos um dos súditos está dentro dos limites de sua jurisdição, o Ordinário ou pároco pessoal, em virtude de seu ofício, assiste validamente a seu matrimônio, “Cân. 1110. Não se trata, porém de uma jurisdição exclusiva, mas de uma jurisdição cumulativa, como afirma Schouppe (1991, p. 191).

O ordinário local e o pároco podem delegar a faculdade, mesmo geral, a sacerdotes e diáconos, expressamente determinados, Cân. 1111. Tal delegação pode ser:

- a) geral, devendo ser dada por escrito;
- b) especial, para matrimônio determinado.

A título excepcional é possível a delegação de competência a leigos. Entretanto, o Cân. 1112 é restritivo, dispondo que “onde faltam sacerdotes e diáconos, o Bispo diocesano, com o prévio voto favorável da Conferência dos Bispos e obtida a licença da Santa Sé, pode delegar leigos para assistirem aos matrimônios” (§ 1). A escolha deve recair sobre um leigo idôneo, capaz de formar os nubentes e de realizar convenientemente a liturgia do matrimônio, (§ 2).

A normativa canônica apresenta ainda uma série de regras relativas à liceidade da celebração do matrimônio, determinando, de início, que antes de conceder uma delegação especial, deve-se providenciar tudo o que o direito estabelece para comprovar o estado livre das partes, Cân. 1113.

O Cân. 1114 enuncia duas exigências relativas à liceidade da assistência ao matrimônio: certeza do estado livre dos contraentes e, em caso de delegação geral, ter, se possível, licença do pároco.

Quanto ao local da celebração, dispõe o Cân. 1115 que “os matrimônios sejam celebrados na paróquia onde uma das partes contraentes tem domicílio, ou quase domicílio ou residência há mais de um mês, ou, tratando-se de vagantes, na paróquia onde na ocasião se encontram; com a licença do próprio Ordinário ou do próprio pároco, podem ser celebrados em outro lugar”.

3.2 Forma extraordinária

Na impossibilidade de se valer da forma ordinária, a celebração do matrimônio observará a forma extraordinária, segundo a qual é suficiente a troca de consentimentos, na presença de testemunhas.

Aplica-se a forma extraordinária na situação prevista no Cân. 1116:

Se não é possível, sem grave incômodo, ter o assistente competente

de acordo com o direito, ou não sendo possível ir a ele, os que pretendem contrair verdadeiro matrimônio podem contrai-lo válida e licitamente só perante as testemunhas:

- a) 1º em perigo de morte;
- b) 2º fora de perigo de morte, contanto que prudentemente se preveja que esse estado de coisas vai durar por um mês. (§ 1)

Em ambos os casos, se houver outro sacerdote ou diácono que possa estar presente, deve ser chamado, e ele deve estar presente à celebração do matrimônio juntamente com as testemunhas, salva a validade do matrimônio só perante as testemunhas. (§ 2)

3.2.1 Matrimônio misto

Afirma Schouppe (1991, p. 193) que o tratamento legal dado ao matrimônio misto, Cân. 1127, aplica-se também aos casos de disparidade de culto, Cân. 1129, de modo que se as partes obtiverem permissão para contrair um matrimônio misto, as prescrições do Cân. 1108 relativas à forma canônica devem, em princípio, ser observadas.

Por misto se entende o matrimônio entre duas pessoas batizadas, das quais uma tenha sido batizada na Igreja católica ou nela recebida depois do batismo, e a outra pertencente a uma Igreja ou comunidade eclesial que não esteja em plena comunhão com a Igreja católica, Cân. 1124. Tal matrimônio não pode ser celebrado sem expressa licença da autoridade competente.

No caso de disparidade de culto permite-se a celebração do matrimônio tanto na igreja paroquial quanto em outra igreja ou oratório com a licença do Ordinário local ou do pároco. Enfim: “*la liturgie de ce sacrement très humain*

qu'est le mariage requiert une plus grande adaptabilité aux circonstances de temps et de lieux que d'autres normes liturgiques" (SÉRIAUX, 1996, p. 594).

3.2.2 Celebração Secreta do Matrimônio

Consagra o CIC, nos Cânn. 1130 a 1133, à disciplina da Celebração Secreta do Matrimônio³, modalidade que observa a forma canônica e requer uma causa grave e urgente, cabendo ao Ordinário local permitir que o ato celebrativo ocorra em segredo, excluída toda publicidade externa.

Dispõe o Cân. 1131, que “a licença de celebrar secretamente o matrimônio implica:

- a) 1º que se façam secretamente as investigações a serem realizadas antes do matrimônio;
- b) 2º que o Ordinário local, o assistente, as testemunhas e os cônjuges guardem segredo a respeito do matrimônio celebrado”.

No entanto, cessa para o Ordinário local a obrigação de guardar segredo, se com sua observância houver perigo iminente de grave escândalo ou de grave injúria contra a santidade do matrimônio; disso se dê conhecimento às partes, antes da celebração do matrimônio, Cân. 1132.

Também o registro do matrimônio deve-se fazer com especial discrição, em livro especial, guardado em arquivo secreto da cúria, Cân. 1133.

3.3 A constatação da celebração do matrimônio

O matrimônio, sacramento social, deve ser levado a registro, para fins

³ Afirma Alain Sériaux que a Igreja admite o matrimônio Secreto, cujo belo exemplo, Romeu e Julieta, figura na literatura do século XVI, no drama de Willian Shakespeare. (Cf. SÉRIAUX, 1996, p. 595).

de publicidade e probatórios.

Conforme dispõe o Cân. 1121, a responsabilidade pelo registro dos matrimônios é do pároco do local da celebração, ou de quem lhe fez as vezes, ainda que nenhum deles tenha assistido ao mesmo. Deve-se inscrever no registro os nomes dos cônjuges, do assistente, das testemunhas, o lugar e a data da celebração do matrimônio, segundo o modo prescrito pela Conferência dos Bispos ou pelo Bispo diocesano, (§ 1).

Em caso de celebração, segundo a forma extraordinária, o sacerdote, ou diácono, se esteve presente à celebração, caso contrário, as testemunhas têm obrigação solidariamente com os contraentes de certificar quanto antes ao pároco ou ao Ordinário local a realização do matrimônio, (§ 2).

Na hipótese da dispensa de uma forma canônica, o Ordinário local que a concedeu cuide para que a dispensa e a celebração sejam inscritas no livro de matrimônios, tanto da cúria quanto da paróquia própria da parte católica, cujo pároco tenha feito as investigações de estado livre; o cônjuge católico tem a obrigação de certificar quanto antes a esse Ordinário e ao pároco a celebração do matrimônio, indicando também o lugar da celebração, bem como a forma pública observada (§ 3).

O livro de registro de batismos tem a finalidade de centralizar todas as informações referentes ao estado religioso dos batizados.

Por disposição do Cân. 1122, o matrimônio contraído seja registrado também nos livros de batizados em que o batismo dos cônjuges está registrado, (§ 1).

No entanto, “se o cônjuge tiver contraído matrimônio não na paróquia em que foi batizado, o pároco do lugar da celebração comunique quanto antes a celebração do matrimônio ao pároco do lugar do batismo” (§ 2).

4. IUS CONNUBII: ELEMENTOS HISTÓRICOS

4.1 Direito Romano

Na linguagem do direito romano *connubium* significa a capacidade de contrair matrimônio produzindo os efeitos das justas núpcias - *justae nuptiae* - ou *MATRIMONIUM*, isto é, um casamento civil. Em linguagem literária, ao contrário, *connubium* quer sempre dizer casamento, sendo que o direito da pessoa, homem e mulher, de se casar é anterior a qualquer formalização jurídico-positiva.

É, pois, no direito romano da antiga Roma que surge a expressão *ius connubii*, concebida para indicar a capacidade jurídica a contrair o legítimo matrimônio romano, ou justas núpcias, prerrogativa de ambos contraentes, reconhecida aos cidadãos romanos e latinos, em período anterior à Constituição Imperial de Antonino Caracalla do ano 212 *d.C.*⁴

O direito canônico acolhe a expressão romana, alterando-lhe, porém, o conteúdo, de modo a compreendê-lo como o direito natural de contrair matrimônio em uma esfera de autonomia pessoal, território de liberdade, ou seja, ato de consentir, não implicando, porém, qualquer dever de exercício.

Quer-se, pois, na linguagem canonista, tratar de um direito da pessoa humana a contrair matrimônio, segundo os Cânn. 1058 e 1075, de larga tradição no magistério eclesiástico. Contudo, a expressão clássica do direito romano significa precisamente que nem todos os homens gozavam do direito

⁴ Registre-se que pela Constituição Antonina - *Constitutio Antoniniana de Civitate* - ou **Édito de Caracala**, de 212, legislação do Império Romano, o imperador Marcus Aurelius Antoninus (186-217), popularmente conhecido como Caracala, concedeu a cidadania romana, então restrita a poucos, a todos os súditos do Império. Em comentário à legislação, teria o jurista Ulpiano afirmado: “*In orbe romano omnes qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt*”. Pela constituição do imperador Antonino todos os que se achavam no orbe romano se tornaram cidadãos romanos (GILISSEN, 1979, p, 94).

ao matrimônio – *nuptiae* - situação honrosa, de convívio conjugal entre um homem e uma mulher, exclusiva de cidadãos romanos livres, de vida digna, e união juridicamente relevante, o *iustum matrimonium*.

Nas hipóteses em que, mesmo havendo aparência social de matrimônio, os cônjuges não gozassem do *ius connubii* - por não serem cidadãos romanos ou em razão de um deles estar abrangido por alguma proibição matrimonial, a união não alcançava a relevância para o direito, configurando *iniustum matrimonium*.

O *ius connubii* aparecia, assim, como uma capacidade jurídica específica ao matrimônio, pois o direito natural ao matrimônio é um direito fundamental de toda pessoa humana, consequência da inclinação natural ao matrimônio, devida à complementaridade homem-mulher, devendo ser entendido, não só como direito à celebração, mas também à proteção e defesa do matrimônio celebrado, objetivo do direito positivo.

Na Igreja, o direito natural ao matrimônio é reforçado pela vocação ao matrimônio da maior parte dos fiéis, devendo ser reconhecido e protegido pela autoridade e comunidade eclesiais.

4.2 O Decreto de Graciano

Já se disse que é a História, muito mais do que a lógica ou a teoria, a única área de conhecimento capaz de explicar as razões da existência das nossas instituições. De fato, é na História que se encontram os mais relevantes fragmentos que explicam as origens do *ius connubii*.

Quer-se, de início, esclarecer que, por não objetivar o presente estudo o aprofundamento da evolução histórica do matrimônio, o desenvolvimento se fará, valendo-se, apenas de elementos esparsos do ponto de vista histórico.

O itinerário histórico-analítico sobre o desenvolvimento doutrinário e

normativo do *ius connubii* convida-nos a examinar o tema, tanto do ponto de vista de sua natureza, quanto do ponto de vista da graça.

Assim, como união de um homem e de uma mulher, o matrimônio encontra seu fundamento no direito natural; como união sacramental entre dois batizados, seu fundamento está na ordem da graça, deixando claro, porém, a certeza de que o casamento é um projeto divino realizado por Deus (Gn I, 27; Gn 2, 18; Gn 2, 22; Gn 2, 24).

Como instituição inserida na ordem da natureza e da graça, o matrimônio deriva da vontade de Deus, autor da fonte primária. Concretiza-se na união conjugal, entre um homem e uma mulher, formado pela troca de consentimento. O matrimônio, sacramento cujo objeto é uma realidade natural, investe a dimensão social, guarda a união entre duas pessoas para constituição de uma família, sendo o fundamento da família mesma. É, pois, o sacramento que santifica a união indissolúvel entre um homem e uma mulher cristãos, e lhes concede a graça de cumprir fielmente os deveres de esposos e de pais.

O estudo das fontes históricas do *ius connubii* evoca a presença de Graciano, um monge italiano, professor de Teologia em Bolonha, que se imortalizou por ter redigido, em meados do século XII, uma das coleções componentes das Codificações do Direito Canônico, - *Concordia discordantium canonum* - título inicial da obra, em seguida, denominada *Decretum*.

Trata-se de texto de natureza religiosa, originado de uma iniciativa privada, concebido em forma sistemática de compilação com o objetivo de comparar **textos canônicos discordantes, propor-lhes uma harmonização**, estabelecer entre eles uma coordenação, comparando e classificando, aproximadamente, 3800 cânones segundo seu valor jurídico (GILISSEN, 1979, p. 147).

Assim agindo, Graciano compila e unifica o conjunto da tradição canônica da Igreja do ocidente.

O Decreto, de elevado valor doutrinário, ganhou grande importância não pela autoridade do autor, mas pela riqueza do material pesquisado, facilmente utilizável, o que lhe valeu ampla recepção nos meios jurídicos. Apesar de ser, inicialmente, obra de cunho privado, alcançou expressivo sucesso, sendo considerado a base do Direito Canônico da Igreja Latina, comparável ao *Corpus Juris* de Justiniano para o Direito Civil, além de tornar-se objeto de estudos e de comentários doutrinários, confirmando, então, a notoriedade de Graciano em estudos jurídicos.⁵

Grande parte do trabalho consiste em escritos elaborados por Graciano, com base em coleções canônicas anteriores, cânones dos conselhos, cartas de papas ou obras dos Padres da Igreja, formando, assim, um corpo que resume a tradição canônica ocidental anterior.

O Decreto de Graciano deu início a uma nova era para a ciência canônica, paralela à Teologia, pois, desde o *Decretum* (1140) até o Concílio de Trento, a ciência canônica foi ganhando forma. A partir de Trento até o Código de 1917 vigorou o período das *Institutiones Canonicae*, iniciando-se, em seguida, o período dos grandes comentários, tendo a jurisprudência canônica contribuído para profunda reflexão pós conciliar acerca da revisão do Código.

Escrito no século XII, quando a Igreja impunha sua competência jurisdicional e legislativa exclusiva em matéria de matrimônio, o Decreto de Graciano mostrava claramente a centralidade do *ius connubii* no sistema matrimonial da Igreja como um princípio sempre presente no pensamento

⁵ A obra de Graciano foi tão importante que Dante o colocou no Paraíso entre os sábios espíritos – (Par. X, 104-105): “l’uno e l’altro aiutò sì, che piace in Paradiso”. (Cf. GIUDICE; GALLO; MARIANI, 2007, p. 4).

do legislador canônico e da autoridade responsável pelo exame da validade do matrimônio que se quer celebrar ou mesmo daquele já celebrado.

Nele não se encontra disposição específica, ou tratamento expresso do *ius connubii* nos termos usados na normativa canônica atual, nem referência ao tema *una caro*. No entanto, há disposições que constituem ostensivos traços concernentes ao *ius connubii*.

Em referência ao matrimônio como realidade de direito natural, as cláusulas 27 a 36 do Decreto formaram um tratado do matrimônio, permitindo ao Direito Canônico elaborar, então, a teoria do matrimônio-sacramento indissolúvel, em termos semelhantes aos hoje estabelecidos na normativa canônica (FRANCESCHI, 2011, p.1).

No primeiro sistema organizado e científico do direito da Igreja, o *ius connubii* aparece não apenas como um princípio do sistema, mas também como razão mesma de sua existência.

No trabalho de Graciano, voltado principalmente para soluções práticas de problemas concretos, o *ius connubii* se mostra como realidade continuamente reconhecida e respeitada por parte da autoridade que, mais que determinar *a priori* quais as pessoas podiam ou não contrair matrimônio, tinha uma atitude muito respeitosa à liberdade dos fiéis, como se sua única missão fosse determinar, no caso concreto, os fiéis ou as pessoas em geral que, segundo sua situação e, tendo em conta a natureza do consentimento e do vínculo matrimonial, tivesse exercido, adequadamente, seu direito de contrair matrimônio (COMBY, 2015).

O *ius connubii* era, então, a premissa da qual partia qualquer decisão relacionada à celebração e ao reconhecimento de um matrimônio. De fato, o sistema matrimonial clássico era substancialmente harmônico, levando em conta os diversos elementos constitutivos do vínculo jurídico-matrimonial.

Nos dizeres atuais de Hervada, o *ius connubii* constitui uma situação jurídica inerente à pessoa (direito natural) como dimensão de justiça originada do fato de o matrimônio ser uma manifestação - a primária - da natureza humana individualizada na pessoa, radicalmente sociável (HERVADA; LOMBARDÍA, 1973, p. 315-316).

Segundo o papa Bento XVI, não existe um matrimônio da vida e outro do direito. Existe apenas um matrimônio, constituído de um vínculo jurídico real entre o homem e a mulher, um vínculo sobre o qual repousa a autêntica dinâmica conjugal de vida e de amor⁶ (BENTO XVI, 2011).

Na visão da doutrina canônica, o matrimônio se prende à realidade natural e salvífica, cuja riqueza dá lugar a uma abordagem sob prismas diversos: a Teologia, a Filosofia, a Antropologia e a Psicologia, tanto quanto a Sociologia, a Economia ou o Direito podem incidir sobre seu estudo, reivindicando para si um enfoque de relevância e guardando sua identidade essencial.

O aspecto jurídico, intrinsecamente ligado à essência mesma do matrimônio, pode ser compreendido à luz de uma noção não positivista do direito, mas considerada na ótica da relacionalidade segundo a justiça.

É nesta perspectiva que deve ser considerado o *ius connubii*. Não se trata, pois, de uma pretensão subjetiva a ser satisfeita por pastores e por meio de puro reconhecimento formal, independentemente do conteúdo efetivo da união. O direito de se casar pressupõe a possibilidade de celebrá-lo na verdade de sua essência, tal como ensinado pela Igreja, na missão de tecer os fios que unem um homem e uma mulher.

⁶ ROME, Lundi 7 février 2011. Comment prévenir les causes de nullité de mariage, titre L'Observatore Romano en langue française du 3 février 2011 qui publie cette traduction intégrale du discours de Benoît XVI à la Rote romaine: le pape a évoqué le rapport entre droit et pastorale.

5. O *IUS CONNUBII* NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A arquitetura da normativa canônica da Igreja latina apresenta o *ius connubii* no Cân. 1058, CIC, 1983, que, reproduzindo o Cân. 1035 do Código de 1917, assim dispõe: “Podem contrair matrimônio todos os que não são proibidos pelo direito”. Na perspectiva do Código de 1917, dava-se maior realce à segunda parte do Cân. 1035: “todos os que não são proibidos pelo direito”, por ser ele o dispositivo de abertura do capítulo Dos Impedimentos, proibições legais que delimitavam o alcance do direito ao matrimônio.

Na visão do legislador de 1983 não se deve reduzir a compreensão e análise do *ius connubii* a um único dispositivo do CIC, o Cân. 1058, pois este, apesar de exprimir um aspecto do *ius connubii*, o direito de todos à celebração matrimonial, não é o único que merece exame mais apurado para esclarecimento do instituto, necessitando conectar-se a outros dispositivos auxiliares à melhor clareza e aplicabilidade do mesmo.

Sendo expressão de um direito natural, o *ius connubii* abrange todo o sistema matrimonial da Igreja, devendo, pois, alicerçar-se em um sistema que o reconheça, o promova e o proteja (FRANCESCHI, 2011, p. 20). E assim fez o legislador canônico, ao disciplinar o *ius connubii*, em dispositivos esparsos: prioritariamente, como um direito fundamental dos fiéis, no Livro IV, Do múnus de santificar da Igreja, Parte I, dos sacramentos, título VII, Cân. 1058.

O conteúdo do dispositivo deixa claro que não se trata tanto de limitar ou de controlar exageradamente a liberdade matrimonial, mas de assegurar o acesso ao matrimônio, desde que inexistam óbices legais, ou seja, desde que haja respeito às condições mínimas à configuração de um autêntico

matrimônio, com evidente observância ao direito positivo oficial, ou seja, os elementos de regulação da união matrimonial, segundo o que se encontra na Revelação Cristã (Mt 5, 31-32; 19, 3-9; Lc 16-18). A estas informações se prende o Direito Canônico positivo, expressão do poder que tem a Igreja de regulamentar as relações humanas concernentes aos batizados, sobretudo em respeito ao seu caráter sacramental (SÉRIAUX, 1996, p. 563).

5.1 O Cânon 1058

O Cân. 1058 atrai para si o Cân. 219, expressão do direito à livre escolha de cada indivíduo ao estado de vida que não constitui apenas um direito dos fiéis, mas verdadeiro enunciado dos direitos humanos.

O direito de escolher o estado conjugal afirma-se, portanto, como direito fundamental do indivíduo, componente da liberdade pessoal, protegida pelos artigos 2 e 4 da Declaração dos direitos do Homem, de 1789.

Seu conteúdo concerne à liberdade, quer para alcançar liberdade clerical⁷, quer para receber as ordens sagradas, aceder à vida consagrada, permanecer na condição de laico, aceder ao matrimônio, direito fundamental de fiel.

A liberdade para contrair matrimônio constitui, pois, uma das liberdades essenciais da pessoa, um direito natural, do qual ninguém pode ser privado absolutamente contra a própria vontade.

Na verdade, o Cân. 1058 não expressa nem acolhe o *ius connubii*, mas comporta uma liberdade inata e *erga omnes* de exercer uma capacidade natural, capacidade subordinada ao consentimento livre da outra parte.

Disciplinando o tratamento inaugural do *ius connubii* - direito

⁷ Na expressão liberdade clerical entrelaçam-se situações envolvendo a graça espiritual, a ordem sagrada realçada pelo caráter sacramental, estável e indelével.

fundamental dos fiéis - no Livro II do povo de Deus, Parte I dos fiéis, título I das obrigações e direitos dos fiéis, situa-se o Cân. 219, em cujos termos se lê que ao escolher um estado de vida, ”todos os fiéis têm o direito de gozar de imunidade de qualquer coerção” (BAÑARES, 1993).

O Cân. 219 expressa o direito à livre escolha de vida, é dispositivo estritamente fundamental e até necessário à configuração do *ius connubii*, direito fundamental ao matrimônio.

Este tratamento conjunto (um direito fundamental) de acesso ao casamento e a outros estados de vida na comunidade eclesial tem a vantagem de aceitar plenamente os ensinamentos do Magistério da Igreja sobre o significado esponsal da pessoa humana e dos seus meios de execução; conecta assim matrimônio com celibato apostólico.

O Cân. 219 do CIC e 22 do CCEO⁸ dispõem ambos sobre a liberdade de responder à própria vocação, deixando claro que não se pode forçar alguém a se casar, ou a não se casar, ou a tornar-se padre ou religioso. Também não se pode forçar alguém com vocação ao casamento a ser celibatário, ou adotar alguma forma de vida consagrada. Vê-se, pois, que a configuração do Cân. 219, embora não seja estritamente necessária à caracterização do *ius connubii*, deve ser examinada como matéria complementar à sua aplicação.

Trafegar de modo mais completo para o exame, ainda que, estritamente de cunho acadêmico, do *ius connubii*, motiva também a apreciação do Cân. 842 - § 1: “Quem não recebeu o batismo não pode ser admitido validamente aos outros sacramentos”, não apenas por configurar tal dispositivo um complemento interessante e implicitamente necessário ao da reflexão, sobre o sacramento do casamento, mas também por esse direito aplicar-se somente aos batizados.

⁸ CCEO (abreviação de Corpus Canonum Ecclesiarum Orientalium) - Código de Direito Canônico para os ritos orientais da Igreja.

Ao dispor que “Os que vivem no estado conjugal, segundo a própria vocação, têm o dever peculiar de trabalhar pelo matrimônio e pela família, na construção do povo de Deus”, o Cân. 226 - § 1 expressa e desenvolve de forma clara a ideia de que o estado de vida conjugal é um dos estados que existem em sua Igreja particular na vida desta função. O dispositivo é reforçado e clarificado, ao mesmo tempo pelos Cânn. 219 e 842, § 1. O primeiro, ao afirmar o direito de cada cristão à livre escolha do estado de vida, incluindo, portanto, ainda que implicitamente, os conteúdos fundamentais do Cân. 1058; o segundo, ao revelar a necessidade do sacramento do batismo anterior ao casamento, já que esse direito se aplica somente aos batizados, como se vê nos termos do Cân. 842 - § 1. Determina o dispositivo que a admissão válida ao sacramento do matrimônio deve ser sempre precedida do sacramento do batismo. E por quê? Porque o batismo é o primeiro sacramento recebido, constitui o ato de entrada na vida eclesial, condicionando o acesso aos demais gestos sacramentários⁹. Nos dizeres de Éric Besson (2004, p. 165) “a função do direito sacramental é então traduzir em termos jurídicos a organização da vida sacramental dos batizados”.

Registre-se ainda o Cân. 1075 - § 1: “Compete exclusivamente à autoridade suprema da Igreja declarar autenticamente em que casos o direito divino proíbe ou dirime o matrimônio”, ressaltando que os impedimentos de direito divino coincidem com aqueles que se opõem à essência do matrimônio. No entanto, nos impedimentos de direito humano há falta de alguma base na natureza do casamento, e não são “simples” caprichos do legislador, tendo, porém, clara relação com o que é razoável em matéria de matrimônio.

⁹ Sacramentário: termo que na religião católica significa antigo livro de cerimônias litúrgicas, especialmente para administração dos sacramentos (HOLANDA, 1986).

6. CARACTERÍSTICAS DO *IUS CONNUBII*

Inexiste unanimidade entre os autores canonistas quanto ao elenco de características do *ius connubii*, identificando-o, prioritariamente, como direito fundamental, atributo inerente à própria essência do instituto, a que se acrescentam, dentre outros, a generalidade, a inalienabilidade e as propriedades essenciais do matrimônio: unidade e indissolubilidade

O *ius connubii* é direito fundamental, seguindo a inclinação do ser humano que, por sua própria natureza, tem tendência à união conjugal, com base na complementaridade entre os sexos, o que abrange a pessoa, em todos os níveis: físico, emocional e espiritual, realidade expressa na Sagrada Escritura: “deixará o homem o pai e a mãe e se unirá à sua mulher e eles serão uma só carne” (Gn 2, 24).

O direito de contrair matrimônio, e de constituir família, como já assinalado, é direito fundamental da pessoa humana, que, necessariamente, deve ser reconhecido pela sociedade civil e pela comunidade eclesial.

Consagrado nos termos do Cân. 1055 - § 2º, o *ius connubii* caracteriza-se por ser direito fundamental dos fiéis, expressão da vocação divina, como afirmado em diversas ocasiões, no Magistério da Igreja, especialmente após o Concílio Vaticano II. É, pois, consequência do direito fundamental à liberdade de escolha do estado de vida, Cân. 219.

A generalidade, como direito fundamental, confere ao *ius connubii* característica de abrangência universal, consistindo em atributo de que toda pessoa humana é dele dotada, o que leva a Igreja a reconhecer os direitos de união, pelo matrimônio, a todos os indivíduos. E mais, como direito determinado pela natureza e conteúdo, tem seus próprios limites, visando a defesa de outros bens: a fé, a vida, a dignidade e o valor da instituição do matrimônio.

O *ius connubii* é indubitavelmente, de direito inalienável, ou indisponível, a título gratuito ou oneroso, embora admita a possibilidade de o seu titular livremente renunciar ao seu exercício, ainda que temporário, escolhendo outra vocação ou simplesmente decidindo não se casar. A possibilidade da liberdade de renúncia constitui um dos fundamentos do direito da Igreja para estabelecer certos impedimentos, como os votos religiosos e ordens sacras, Cânn. 1087 e 1088.

O *ius connubii* é direito extrapatrimonial, por não ter equivalência em dinheiro, devendo ser de ordem exclusivamente moral, faltando-lhe conteúdo econômico, por serem inalienáveis os valores que preserva. Nada impede, porém, que tenha reflexos econômicos, que não invalidam a predominância do interesse moral (FERNANDES, 1977, p. 109).

À unidade e à indissolubilidade na exigência de unidade, Cristo acrescenta uma exigência da indissolubilidade (Mt 19, 6). A unidade, propriedade de origem divina, concerne ao matrimônio monogâmico, proibindo a pessoa de vincular-se, simultaneamente, a duas uniões conjugais: “por isso o homem deixará seu pai e sua mãe para unir-se à mulher (Gn 2, 19-24), [...] “e os dois formarão uma só carne” (Mt 19, 6). Por indissolubilidade se entende o que não pode ser dissolvido ou desatado. É a aliança irrevogável, perpétua, constituída entre um homem e uma mulher, evidenciando a impossibilidade de dissolução do vínculo conjugal, a não ser por morte de um dos cônjuges.

Elevada ao plano sobrenatural ou sacramental, a indissolubilidade decorre da lei natural, inerente, pois, ao conceito de amor autêntico, próprio da união conjugal, inspirado nos dizeres de Jesus Cristo: “Não separe, pois, o homem o que Deus uniu” (Mt 19, 6), alocações que deixam bem claro ser o matrimônio uma realidade para toda a vida.

Pode-se ainda afirmar ser o direito ao matrimônio fundado na fé, aberto à fertilidade, bem como seu reconhecimento pela Igreja e pela sociedade civil.

Com efeito, o *ius connubii* difere de outros direitos fundamentais, mas relaciona-se intimamente com a liberdade religiosa, a liberdade de pensamento e de opinião, a liberdade de consciência e a liberdade à educação pessoal e dos filhos.

7. IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

O matrimônio é antes de tudo a união de duas pessoas de sexos diferentes que se amam, de que decorre um conjunto de direitos e deveres de um esposo em relação ao outro. O *ius connubii* compreende, pois, um conjunto de regras que disciplinam as relações entre esposa e esposo, e faz parte primordial do direito de família.

O **Cân. 1058** precisa que todos podem contrair matrimônio, desde que inexista proibição legal para fazê-lo. Mas há categorias de pessoas às quais o direito canônico apresenta obstáculos à recepção do matrimônio.

Os Cânn. 1075 a 1082 abordam duas importantes questões: aquela da existência de impedimentos e aquela de sua eventual dispensa, apresentando limites regulados pelo ordenamento canônico, que constituem os **impedimentos matrimoniais**, ou seja, qualquer circunstância que impede a celebração do matrimônio de determinada pessoa considerada juridicamente inapta a participar de tão importante ato, **Cân. 1073**.

Ao longo da história foi dada grande variedade de significados ao termo impedimento. O CIC atribuiu-lhe, porém, o sentido de circunstâncias

pessoais do contraente que produzem a invalidade do ato.

Impedimentum é um dos termos jurídicos trazidos do direito romano. A verdadeira noção de impedimento, no sentido atual, é interdição legal à realização do matrimônio, sob pena de nulidade. Trata-se de instituição canônica estranha à ciência canônica do primeiro milênio (GAUDEMET,1987, p. 196)

A teoria dos impedimentos conheceu profunda evolução no curso dos séculos e tem finalidade preventiva, ou seja, visa impedir a celebração de certas uniões matrimoniais que o legislador proíbe por motivos diversos.

O Código Canônico de 1917 apresentava os impedimentos, observando a distinção entre impedimentos dirimentes, aqueles que geravam a invalidade do matrimônio e impedimentos impeditivos, concernentes apenas à sua liceidade, sem atingir o vínculo matrimonial.

Sob o nome de impedimento, o atual CIC trata apenas do impedimento dirimente que “[...] torna a pessoa inábil para contrair validamente o matrimônio”, Cân 1073.

Por impedimento matrimonial se entende, pois, um obstáculo, que, independentemente da capacidade cognitiva e volitiva da pessoa, impede ou obsta a validade, a eficácia ou regularidade do matrimônio.

Tratando o termo, em sentido técnico e estrito, Tarcísio Pedro Vieira¹⁰ (2015, p. 2, informação pessoal) o considera como a proibição legal permanente de contrair matrimônio validamente, fundada em uma qualidade ou circunstância física da pessoa ou em uma relação pessoal ou a natureza mesma do matrimônio ou, então, por bens sociais que dele derivam e que o legislador considerou dignos de tutela.

¹⁰ As informações de Tarcísio Pedro Vieira foram apresentadas na apostila de sua disciplina Direito Matrimonial II; a respeito dos impedimentos matrimoniais.

Do ponto de vista sistemático, a doutrina subdivide os doze impedimentos previstos pelo legislador em três grupos: impedimentos que comprometem a capacidade pessoal do candidato ao matrimônio (idade, impotência, vínculo precedente); derivados de fato delituoso (rapto e conjúncido); impedimentos derivados de laços familiares ou de natureza análoga (parentesco e adoção). Há pois, diferentes classes de impedimentos. Pretende-se aqui examiná-las em quatro séries:

- a) no que concerne à incapacidade física: (idade e impotência);
- b) no que concerne às incompatibilidades jurídicas: (vínculo matrimonial precedente, disparidade de culto, ordem sagrada e voto de castidade);
- c) no que concerne a delitos: (rapto e crime);
- d) no que concerne a parentesco: (consanguinidade, afinidade, honestidade pública e adoção).

Os impedimentos podem ser: absolutos ou relativos, temporários ou perpétuos, públicos ou ocultos. Esta primeira distinção demonstra que um impedimento, visando a proteção do interesse geral, pode valer para qualquer pessoa, *e.g.* em relação àquela comprometida com voto de castidade, ou ainda somente entre duas pessoas determinadas, irmão e irmã.

A segunda distinção leva em conta a possibilidade de o obstáculo visado pela interdição legal desaparecer em certos casos, ou com o decurso do tempo, *e. g.*, quando a pessoa muito jovem atinge a idade núbil.

A terceira distinção trata da prova, considerando público o impedimento que se pode provar “no foro externo”, Cân. 1074.

A origem do impedimento constitui o elemento principal do chamado regime das dispensas, disciplinado no Cân. 85, qualificando-se como im-

pedimento de direito divino, por emanar da lei divina, e impedimento de direito eclesiástico, por emanar de uma disposição humana.

Os impedimentos de direito divino são de aplicação universal, os de direito eclesiástico se impõem apenas aos católicos, Cân 11. Acresce-se que os impedimentos matrimoniais não se presumem; devem ser interpretados estritamente.

Por dispensa em Direito Canônico entende-se “a relaxação de uma lei meramente eclesiástica num caso particular”, Cân 85, podendo ser concedida por quem tem poder executivo, dentro dos limites de sua competência, e por aqueles aos quais compete, explícita ou implicitamente, o poder de dispensar pelo próprio direito ou por legítima delegação, sempre que tal procedimento for considerado benéfico ao bem espiritual dos fiéis, Cân. 85 e 87.

Se se tratar de impedimento de direito divino, inexistente autoridade humana que tenha o poder de conceder a dispensa. Assim, não há que se falar de dispensa de vínculo conjugal precedente ou de impotência.

O Cân. 1078 - § 3 exclui as dispensas de consanguinidade em linha reta ou no segundo grau da linha colateral. No § 2 enumera os impedimentos, cuja dispensa se reserva à Sé Apostólica, indicando-os, de forma expressa: o proveniente de ordens sagradas ou do voto público perpétuo de castidade, num instituto religioso de direito pontifício; e o impedimento de crime mencionado no Cân. 1090. Nos demais casos, será competente, em princípio, o Ordinário local, sendo previstas faculdades especiais em duas hipóteses particulares: em perigo de morte, Cân. 1079 e em caso urgente, Cân. 1080.

Em hipótese de perigo de morte, “atua na Igreja a máxima misericórdia e não o estrito direito” (VIEIRA, 2015, p. 10, informação pessoal), ao permitir que o Ordinário local possa dispensar seus súditos, onde quer que se encontrem, nos termos do Cân. 1079.

Por caso urgente, também denominado caso perplexo, entende-se a situação em que se descobre um impedimento quando já foram feitos todos os preparativos para as núpcias, sendo impossível ou inconveniente adiar a celebração do matrimônio sem risco de grave dano, Cân 1080. Em tais circunstâncias, o Ordinário local tem poder para dispensar de todos os impedimentos de direito eclesiástico, salvo a ordem e o voto de castidade, Cân 1080.

7.1 Dos Impedimentos dirimentes em especial

Impedimento de idade - elemento importante no estado civil das pessoas, a idade exerce decisiva influência no chamado estatuto de qualquer indivíduo. O Cân. 1083 disciplina matéria de idade mínima exigida para o matrimônio canônico, fruto de um delicado e duplo equilíbrio: de um lado entre a normativa universal e a normativa particular, e, de outro, entre requisitos exigidos *ad validatem* e requisitos exigidos *ad liceitatem* (FUMAGALLI CARULLI, 2008, p. 42).

O Cân. 1083 - § 1 requer para validade do matrimônio a idade mínima de 16 anos completos para o homem e 14 também completos para a mulher, o que distoa da idade legal, determinante da maioridade legal indicada no Cân 97 - § 1 do mesmo ordenamento jurídico canônico. “A pessoa que completou dezoito anos é maior, abaixo dessa idade é menor”. Quer-se crer que o Cân. 1083 trata, especificamente da idade núbil, 16 anos para o homem e 14 para a mulher, e o Cân 97 - § 1 disciplina a maioridade civil.

No ordenamento civil brasileiro, tanto o homem quanto a mulher atinge a idade núbil aos dezesseis anos, conforme disposto no art. 1.517 do Código Civil brasileiro (parte inicial): “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar”, admitida a idade núbil antes mesmo de se atingir

a maioria alcançada aos dezoito anos completos, nos termos do art. 5º do mesmo Código Civil (BRASIL, 2014).

Este impedimento concerne, especialmente, à maturidade biológica, à capacidade de discernimento, de fundamental importância para o consentimento matrimonial, Cãn. 1095. Tarcísio Pedro Vieira afirma que no Brasil a CNBB, com o intuito de resguardar a liceidade da celebração do matrimônio canônico, estabeleceu a idade mínima de 16 anos para as mulheres e 18 anos para os homens, determinando que a não observância desta norma exige uma licença do Ordinário do lugar, em razão da diferença de tratamento conferido à matéria entre a legislação civil e a canônica, Cãn. 1071 - § 1, 2 e 6 (VIEIRA, 2015, p. 13, informação pessoal).

Impedimento de impotência - Como previsto no Cãn 1084, a impotência equivale a uma incapacidade de copular [*coeundi*] que pode ser tanto da mulher quanto do homem. O dispositivo deve ser examinado em conexão com o Cãn. 1061 - § 1 que ao tratar da consumação do casamento, define o ato conjugal como aquele “apto por si para geração da prole, ao qual por sua própria natureza se ordena o matrimônio, e pelo qual os cônjuges se tornam uma só carne.”

O Código precisa as exigências legais do impedimento, estabelecendo que a impotência deve ser: 1º. antecedente em relação à realização do matrimônio; 2º. perpétua, o que significa incurável pelos meios terapêuticos ordinários, lícitos, e que não apresentem risco para a saúde; 3º. certo, no sentido da certeza moral suficiente para condicionar toda sentença de nulidade. Se o impedimento da impotência for duvidoso (de direito ou de fato), o impedimento não pode ser invocado (SCHOUPE, 1991, p. 154).

Impedimento de vínculo de matrimônio precedente.- O chamado impedimento por vínculo matrimonial precedente cuida especificamente da

unidade do matrimônio que torna incompatível todo novo ato matrimonial, enquanto subsistir o vínculo matrimonial anterior. Daí a interdição a qualquer pessoa vinculada “a matrimônio anterior, mesmo que este matrimônio não tenha sido consumado”, Cân. 1085; o novo casamento será inválido. Não se trata de incapacidade, mas de incompatibilidade condicionada pela duração do vínculo.

Tal impedimento é de direito divino natural, de alcance universal e, “por isso, aplicável a todo matrimônio existente, tanto de cristãos quanto de não cristãos” (VIEIRA, 2015, p. 17, informação pessoal) não podendo, pois, receber benefício de uma dispensa. Registre-se que para contrair novo matrimônio, validamente, é necessário que tenha havido a dissolução do vínculo anterior. O § 2 do cânon em exame dispõe que, mesmo tendo sido nulo ou dissolvido o matrimônio anterior, por qualquer causa, é ilícito contrair outro, antes que esta nulidade seja estabelecida “legitimamente e com certeza” anteriormente à celebração de um novo matrimônio.

Em se tratando de morte do cônjuge, esta exigência será considerada atendida, se o interessado puder comprová-la, em documento autêntico, tanto eclesiástico quanto civil, Cân. 1141. Não sendo possível comprovar a morte de um dos cônjuges, pode a parte interessada valer-se da declaração de morte presumida pronunciada pelo Bispo diocesano, nos termos do Cân. 1707.

Impedimento de disparidade de culto - O Cân. 1086 - § 1 dispõe: “É inválido o matrimônio entre duas pessoas, das quais uma tenha sido batizada na Igreja Católica ou nela recebida e a outra não é batizada” (BENTO XVI, 2011). Tal impedimento tem sua razão de ser no cuidado de conservar a fé católica e de assegurar uma educação e um batismo católico aos filhos. Além do mais, poder-se-ia descaracterizar a mística sacramental do

matrimônio, que não preencheria os requisitos de verdadeiro sacramento, faltando-lhe, destarte, os auxílios espirituais dele derivantes (VIEIRA, 2015, p. 19, informação pessoal).

Impedimento da ordem sagrada - Apresentado no Cân. 1008, o sacramento da ordem sagrada, de instituição divina, dispõe que certos fiéis são constituídos ministros sagrados pelo caráter indelével com que são assinados, e, são também consagrados e delegados, a fim de exercer a missão de pastores do povo de Deus, devendo cada um, em seu respectivo grau, desempenhar o múnus de ensinar, santificar e governar. Como ocorre em outros sacramentos, a ordem sagrada comporta um efeito jurídico principal, consequência da graça própria do sacramento que é a constituição de ministros sagrados.

A ordem sagrada é, pois, o sacramento que permite a constituição dos pastores dos quais a Igreja necessita.

O principal efeito jurídico se confirma, então, no cargo de ministro e pastor que recebe aquele que é ordenado, Cân. 1008. A ordenação é uma graça espiritual, tendo também o efeito de criar um estado de vida distinto entre os *christifideles*, ou estado clerical, previsto no Cân. 207 - § 1, combinado com o Cân. 266 - § 1. O estado clerical é, pois, a consequência jurídica da consagração resultante da ordenação. A constituição dos ministros sagrados se efetiva segundo diversos graus, que em conformidade com o Cân. 1009 são: o episcopado, o presbiterato e o diaconato.

O estudo sobre a ordem sagrada evoca também seu valor constitutivo, realçado pelo caráter estável e indelével. Logo, o impedimento de ordem sagrada é absoluto e perpétuo. Tem por fundamento o celibato eclesiástico, exigência espiritual, expressa no Cân. 277.

Impedimento de voto de castidade - Dispõe o Cân. 1088: “Tentam in-

validamente o matrimônio os que estão ligados por voto público perpétuo de castidade num instituto religioso”. Não basta ter proferido uma promessa, emitido um voto de castidade para ser alcançado pelo impedimento. Exige mais o texto legal: que a profissão de castidade tenha sido feita, sob a forma de voto público e perpétuo. Preenchidos tais requisitos, o impedimento é também absoluto e perpétuo.

Impedimento de raptó - Consta do Cân. 1089 que não pode existir matrimônio entre um homem e uma mulher arrebatada violentamente ou retida com o intuito de casamento, a não ser que depois a mulher, separada do raptor e colocada em lugar seguro e livre, escolha espontaneamente o matrimônio. Para caracterizar este impedimento é preciso que haja o raptó ou detenção forçada, o que tipifica sempre violência contra a mulher, tolhendo-lhe a liberdade. Pode, entretanto, cessar o impedimento, em desaparecendo a situação delituosa.

Impedimento de crime - O Cân. 1090 dispõe sobre três hipóteses de crime de que resulta a morte do cônjuge como meio utilizado para contrair matrimônio. O impedimento do “conjugicida” ocorre em caso de morte causada: 1^o. Ao próprio cônjuge; 2^o. Ao cônjuge da pessoa com quem quer casar-se; 3^o. Ou ao cônjuge de um dentre eles, por mútua cooperação física ou moral. O impedimento de conjugicida é perpétuo. A matéria é tratada, no âmbito do direito penal, no Cân 1397.

Impedimento de consanguinidade - O Cân. 1091 dá início a um conjunto de impedimentos, cuja base é uma relação de parentesco ou consanguinidade, “vínculo de sangue que liga um grupo de pessoas que procedem, por geração, de um tronco familiar comum” (VIEIRA, 2015, p. 28, informação pessoal).

O mesmo dispositivo considera a consanguinidade impedimento diri-

mente não sujeito à dispensa na linha reta, em todos os graus, ascendentes e descendentes. Na linha colateral é dirimente até o quarto grau, inclusive. Portanto, a consanguinidade dá lugar a quatro impedimentos diferentes, visando, prioritariamente, a proteção da dignidade familiar (SCHOUPE, 1991, p. 160). O Cân. 108 - § 3 apresenta a novidade de ter abandonado o critério tradicional referente à contagem de graus, inspirado no direito germânico, para adotar o critério romano, de modo a assimilar o sistema romano ao civil, e uniformizar, assim, o direito da Igreja latina e da Igreja oriental (FUMAGALLI CARULLI, 2008, p. 12).

Impedimento de afinidade - A afinidade, vínculo que liga um cônjuge aos parentes do outro cônjuge e concerne ao marido e aos consanguíneos da mulher, inversamente, decorre do matrimônio válido, ainda que não consumado. Incide sobre os mesmos motivos dos impedimentos por consanguinidade, exceto os decorrentes de razões biológicas, já que a afinidade decorre de parentesco jurídico e não de sangue.

Nos termos do Cân. 1092, a afinidade não invalida o matrimônio a não ser em linha direta e em todos os graus. Registre-se que uma coisa é a afinidade e outra coisa é o impedimento de afinidade. O impedimento é, pois, de direito eclesiástico e não natural e, portanto, surgirá apenas quando um dos afins que pretende se casar seja católico, Cân. 1059 e Cân. 11. (VIEIRA, 2015, p. 30, informação pessoal).

Impedimento de honestidade pública - O impedimento de pública honestidade, previsto no Cân. 1093, assemelha-se ao impedimento de afinidade e atende a exigência de tutelar a dignidade da família e integridade dos costumes. Origina-se de um matrimônio inválido, após instaurada a vida em comum, ou de uma situação de concubinato notório ou público - convivência em união estável - sob aparência de vida matrimonial. Em

ocorrendo tal hipótese não pode haver matrimônio válido entre o homem e os consanguíneos da mulher ou a mulher e eventuais filhos ou pais do companheiro. É limitado, pois, ao primeiro grau da linha reta.

Impedimento de parentesco legal - Dispõe o Cân. 1094 que “não podem contrair validamente matrimônio entre si os que estão ligados por parentesco legal surgido de adoção, em linha reta ou no segundo grau da linha colateral”.

Diferentemente do que ocorre com o parentesco natural, que tem por origem um vínculo de sangue, o parentesco legal tem por fundamento a adoção. Instituto disciplinado em sede civil, a adoção é doutrinariamente definida como ato jurídico solene pelo qual se estabelece um vínculo de paternidade e filiação entre adotante e adotado, independentemente de qualquer relação natural ou biológica de ambos e se perfaz, a partir de um desejo do adotante em trazer para integrar sua família, na condição de filho, alguém que lhe é estranho. É, pois, uma “filiação do amor”.

O Cân. 110 traz a adoção civil para o âmbito exclusivamente canônico, inserindo-o no rol dos impedimentos de direito eclesiástico, a teor do Cân. 1059, afetando apenas os católicos.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Está assentado que o *ius connubii* é direito fundamental, decorrência do direito natural, sendo toda pessoa humana dele dotada, pelo só fato de ser pessoa.

Poderia seu livre exercício ser restringido por um impedimento, obstáculo legal, logo, lei humana, promanada da vontade do legislador? (VIEIRA,

2015, p. 5, informação pessoal).

Tal é a questão que se pode apresentar ao término deste estudo.

A resposta não é simples, nem pode ser categórica. Veja-se.

O *ius connubii* é explicitamente estatuído no Cân. 1058 do CIC: “Podem contrair matrimônio todos os que não são proibidos pelo direito”. Embora aparentemente contraditório, o dispositivo encontra-se perfeitamente sintonizado em seu conteúdo. O *ius connubii* é direito fundamental, mas não é absoluto, pois só o seria se lhe fosse vedada qualquer limitação. Desta convicção está imbuído o próprio dispositivo em exame, na parte final: “... proibidos pelo direito”.

Apesar de admitir a inserção do *ius connubii* na classe de direito natural, o legislador canônico se reserva a possibilidade de proibir o matrimônio a algumas categorias de pessoas consideradas inaptas, por razões diversas. Tais limites atendem, dentre outras, a necessária subordinação do interesse individual a eventuais exigências de interesse público, suportadas pelo titular de direito em virtude de interesse geral que se sobrepõe ao interesse particular (BERTI, 1993, p. 51-52).

Assim, o legislador pode, afirma Tarcísio Pedro Vieira, intervir em um matrimônio que nasce, não apenas emanando normas que estabelecem o modo como deve ser celebrado, mas também, estabelecendo leis que impedem o livre exercício do direito ao mesmo, o que se dá não somente quanto aos impedimentos, mas a toda e qualquer lei restritiva ao livre exercício dos direitos, objetivando a tutela do bem da comunidade e impedindo injustiça ou dano às partes (VIEIRA, 2015, p. 5, informação pessoal). Logo, o direito pode proibir o exercício do *ius connubii* a determinadas pessoas, em situações específicas, valendo-se do instituto dos impedimentos, Cân. 1073-1074.

REFERÊNCIAS

BAÑARES, Juan Ignacio. El 'ius connubii' ¿derecho fundamental del fiel? *Fidelium Iura*, Pamplona, v. 3, p. 233-261, 1993. Disponível em: <<http://www.unav.es/revistasfee/fid/fid.php>>. Acesso em: 14 maio 2015.

BENTO XVI. Discours à l'occasion de l'Inauguration de l'Année Judiciaire du Tribunal de la Rote Romaine: Comment prévenir les causes de nullité de mariage. 2011. Disponível em: <<http://fr.zenit.org/articles/discours-de-benoit-xvi-a-la-rote-romaine/>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BENTO XVI. Carta Apostólica sob forma de «Motu Proprio» *Omnium in Mentem*, 2009. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/apost_letters/documents/hf_ben-xvi_apl_20091026_codex-iuris-canonici.html>. Acesso em: 25 dez. 2015.

BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BESSION, Éric. *La dimension juridique des sacrements*. Roma: Editrice Pontificia Universita Gregoriana, 2004.

BRASIL. *Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÓDIGO de Direito Canônico: *Codex Iuris Canonici*. São Paulo: Loyola, 1983.

COMBY, Jean-Urbain. Décret de Gratien. *Encyclopædia Universalis* [en ligne]. Disponível em: <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/decret-de>

-gratien/>. Acesso em: 7 maio 2015.

DOCUMENTOS do Concílio Ecumênico Vaticano II: 1962 - 1965. 4. ed. São Paulo: Paulus, 2002.

ESCRIVÁ, José Maria. Entretiens avec Monseigneur Escrivá. Bruxelles: De Boog, 1987.

FERNANDES, Milton. Proteção Civil da Intimidade. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANCESCHI, Héctor. «Ius connubii» y sistema matrimonial” x Congreso Internacional de Derecho Canónico el Matrimonio y su expresión canónica ante el III milênio. In: SCOPONI, Paolo. I divieti matrimoniali in casi singoli. Roma: Editrice Pontificia Universita Gregoriana, 2011.

FUMAGALLI CARULLI, Ombreta. Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici. Milano: Vita e Pensiero, 2008.

GAUDEMET, J. Le mariage en Occident. Paris: Cerf, 1987.

GILISSEN, John. Introduction Historique au Droit - Esquisse d'une histoire universelle du droit. Bruxelles: Établissements Émille Bruylant S.A. 1979.

GIUDICE, F. del; GALLO, S.; MARIANI, F. Diritto Canonico. Napoli: Simone, 2007.

GRANET, Frédérique. Droit de la famille. Grenoble: PUG, 2006.

HERVADA, J. Cuatro Lecciones de Derecho Natural. Parte especial. Navarra: EUNSA, 1998.

HERVADA, J.; LOMBARDÍA, P. El Derecho del Pueblo de Dios. III. Derecho Matrimonial (1). Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S. A, 1973.

HORTAL, Jesús. O que Deus uniu: lições de direito matrimonial canônico. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

HOLANDA, Aurélio Ferreira Buarque de. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

JOÃO PAULO II, Papa. Familiaris Consortio: exortação apostólica de sua santidade sobre a missão da família cristã no mundo de hoje. São Paulo: Loyola, 1981.

LAGARDE, André; MICHARD, Laurent. XVIII SIÈCLE, n. IV. Paris: Éditions Borda, 1967.

LEGOUVÉ, Ernest. Histoire morale des femmes. 1848. Disponível em: <<http://www.mon-poeme.fr/citations-ernest-legouve/>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

LUXEMBOURG, Rosa. Ecrits politiques (1917-1918); La Révolution Russe (1918). Disponível em: <<http://evene.lefigaro.fr/citation/liberte-toujours-liberte-19384.php>>. Acesso em: 9 out. 2015.

PAULO VI, Papa. Sacrosanctum Concilium: Constituição pastoral do Concílio Vaticano II sobre a Sagrada Liturgia. São Paulo: Paulinas. 2007.

SCHOUPE, Jean-Pierre. Le droit canonique. Bruxelles: E. Story-Scientia, 1991.

SÉRIAUX, Alain. Droit Canonique. Paris: PUF, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de. L'ancien régime et la révolution. Paris: Michel Levy Frères, 1856.

VIEIRA, Tarcísio Pedro. Direito Matrimonial II: os impedimentos matrimoniais. Belo Horizonte: ISTA, 2015. (Apostila própria usada em curso).

VOILLIARD. Documents d' Histoire (1766-1850): Paris: A Colin, 1964.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

COMMENTED JURISPRUDENCE

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0628.15.000942-9/001

APELANTE: MARIA DOS SANTOS OLIVEIRA

APELADO: MUNICÍPIO DE COLUNA

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.**

EMENTA DO ACÓRDÃO

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. HABEAS DATA. OBTENÇÃO DE CERTIDÃO PARA CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO À INFORMAÇÃO. ART. 5º, XXXIII, CF. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APELO DESPROVIDO. O habeas data tem como fim precípua assegurar “o conhecimento de informações relativas à própria pessoa do impetrante; e o objetivo é sempre o de conhecer e retificar essas informações, quando errôneas, para evitar o seu uso indevido” (STJ, Resp. 781.969), sendo certo que o acesso a certidões de interesse particular deve ser pleiteado nas vias ordinárias ou por meio do mandado de segurança.

EMENTA DO VOTO-VENCIDO DO RELATOR

DIREITO CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. HABEAS DATA. VIA ADEQUADA. ACESSO À INFORMAÇÃO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO POR TEMPO NÃO RAZOÁVEL. RECURSO PROVIDO.

O Habeas Data, na inteligência do CF, art. 5º, LXXII e do art. 7º da Lei 9.507/97, é o instrumento adequado a exigir da Ad-

ministração Pública a disponibilidade de informações, constantes em seus cadastros, independentemente de justificativa. Inexistindo prova em sentido contrário, não restando atendida a autora quanto ao seu requerimento administrativo, constata-se a pretensão, arguível por meio deste Habeas Data. Cumpridos os requisitos do art. 8º da Lei 9.507/1997. Caso concreto que abarca simples pedido de informação, nada discorrendo sobre eventual pedido de aposentadoria. Recurso provido.

RELATÓRIO

DES. ARMANDO FREIRE (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por MARIA DOS SANTOS OLIVEIRA contra a sentença de f. 25/27 que, em um Habeas Data, impetrado em face do Chefe do Departamento Pessoal/Recursos Humanos do Município de Coluna, julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, por considerar inadequada a via eleita.

Nas razões recursais de f. 29/32, o apelante pleiteia pela reforma da sentença, para que seja concedido o Habeas Data. Afirma que se pretende, exatamente, a concessão de informações junto à administração municipal, o que é plenamente possível pela via do Habeas Data. Sustenta que as informações apresentadas pela administração pública não são atuais, não se revelando o cumprimento do seu pedido.

As contrarrazões não foram apresentadas, conforme certificado à f. 34-verso.

Em parecer, à douta Procuradoria Geral de Justiça, às f. 39/41, opina pelo desprovimento deste recurso.

É o relatório.

VOTO

DES. ARMANDO FREIRE (RELATOR):

Destaco, ab initio, que tendo sido publicada a sentença objurgada em 01/08/2016, aplicam-se as regras do CPC/2015.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Vistos e examinados os autos, decido:

O Habeas Data é uma das ações constitucionais e tem, por essência, a finalidade de salvaguardar o direito à privacidade e o acesso às informações em cadastros públicos. Assim resta disciplinado na Constituição Federal:

CF, art. 5º, LXXII - conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

A Lei 9.507/97 ainda reforça:

Art. 7º Conceder-se-á habeas data:

I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

Desse modo, o Habeas Data é o instrumento adequado a exigir da Administração Pública a disponibilidade de informações, constantes em seus cadastros, independentemente de justificativa. Limita-se, contudo, o pedido do impetrante ao seu próprio direito, não podendo ser objeto desta ação o pedido de informações de terceiros.

Pois bem. Pretende a impetrante, por meio deste habeas data, que o Município de Coluna disponibilize a sua contagem de tempo de serviço. Relata a impetrante que requereu o seu direito, de ter ciência dessas informações, em dois momentos, primeiro verbalmente e em seguida pelo requerimento de f. 10.

Inexistindo prova em sentido contrário, não restando atendida a autora quanto ao seu requerimento administrativo (f. 10), consolidou-se a sua pretensão, argúvel por meio deste Habeas Data, tendo-se cumprido os requisitos do art. 2º e 8 da Lei 9.507/1997. Extrai-se:

Art. 2º O requerimento será apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas.

Parágrafo único. A decisão será comunicada ao requerente em vinte e quatro horas.

Art. 8º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

Aliás, não é essa a hipótese prevista na Súmula 02 do STJ, de não cabimento do Habeas Data, visto que a omissão, por prazo superior ao indicado na Lei 9.507/1997, equipara-se a negativa administrativa. Destaco:

Súmula 02. STJ. “Não cabe o habeas data (cf, art. 5. LXXII, letra “a”) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”

Avançando, insta destacar que ao contrário daquilo afirmado nas informações de f. 14/15, as certidões de f. 18/19 não se referem a uma resposta ao requerimento de f. 10, porquanto o requerimento é de 2015 e as certidões são de 2013. Logo, esse argumento não afasta a constatada omissão da municipalidade quanto à apresentação das informações requeridas, justificando a impetração desta ação, inexistindo, como já mencionado, elementos em sentido contrário.

Lado outro, também registro que não obstante haja uma certa confusão sobre o que pretende a impetrante, em sua petição inicial, isso é esclarecido pelos demais documentos que constam dos autos, concluindo-se que o pedido circunda a possibilidade de concessão das informações sobre o cômputo de tempo de serviço para fins de aposentadoria.

Não se pode confundir, no entanto, que o que pretende a impetrante é a informação de qual é o seu tempo de serviço prestado, nada pleiteando sobre o direito à aposentadoria. Pugna, portanto, apenas pela informação, não discutindo o seu direito, nem sequer afirmando ser detentora do direito

subjetivo à aposentadoria.

Por todos esses argumentos, em dissonância com a sentença objurgada, tenho que a impetrante apenas pretende ter acesso a sua informação funcional, constante do cadastro municipal, o que, constatando-se a negativa e/ou a omissão por tempo não razoável, é passível de objeto de em Habeas Data, sendo assim adequada a via eleita. Em sequencia, acolho as razões da impetrante, entendendo ser prudente conceder este Habeas Data, para que a administração municipal forneça a impetrante as informações sobre o seu tempo de serviço, na forma em que pleiteado à f. 10.

Em sentido semelhante, aresto deste Tribunal:

CONSTITUCIONAL - “HABEAS DATA” - EMISSÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO E INFORMAÇÕES - DADOS DE INTERESSE PESSOAL - SATISFAÇÃO PARCIAL - PROVA DA NEGATIVA -SENTENÇA MANTIDA. - Conceder-se-á “habeas-data” para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Art. 5.º, LXXII, CF. - Considerando-se que a pretensão formulada abrange dois pedidos - de certidão que ateste tempo de serviço e de acesso a informações a respeito de repasse de contribuições previdenciárias descontadas do vencimento do impetrante - atendido apenas um dos pedidos no curso do processo, não há falar em perda do objeto do “writ”. - Comprovados os pedidos de emissão de certidão e acesso a informações, e a negativa por omissão - em afronta ao art. 2.º da Lei n.º 9.507/97 - confirma-se a concessão do “habeas data”. (TJMG - Ap Cível/ Reex Necessário 1.0069.09.027253-0/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Villas Boas, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/08/2011, publicação da súmula em 12/08/2011).

Com tais conclusões e razões de decidir, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO, para reformar a sentença objurgada e conceder o habeas data, nos termos retro expostos.

Sem custas e honorários.

VOTO

DES. ALBERTO VILAS BOAS

Não comungo da argumentação do Relator, data venia.

Com efeito, a pretensão contida neste habeas data é a disponibilização de certidão, pelo Município, acerca da contagem de tempo de serviço da impetrante.

Neste aspecto, cabe ponderar que a questão relativa a eventuais contribuições previdenciárias controversas retrata inovação processual e, ainda, contraria o próprio requerimento da parte feito na via administrativa - e que serviu de fundamento ao pedido inicial -, no qual pleiteou ao Departamento de Pessoal do Município “que me envie minha CONTAGEM DE TEMPO, a todo o tempo trabalhado” (f. 10 - destaque no original).

Outrossim, é contraditória a afirmativa segundo a qual não solicitou certidão, mas “acesso a informação da apelante frente ao arquivo do departamento de pessoal do Município de Coluna/MG” (f. 31), pois a contagem por tempo de serviço pleiteada no requerimento de f. 10 é informada por meio de certidão, sendo desnecessário o acesso ao arquivo do departamento de pessoal, notadamente porque sequer sugerido eventual inconsistência em ditos dados, a tempo e modo processuais adequados.

E, ainda, coaduno do entendimento esposado pelo Ministério Público em ambas as instâncias, bem como pela autoridade judiciária, segundo o qual o Habeas Data tem como fim precípua proteger a esfera íntima do

indivíduo, contra abuso/incorreção/falsidade no registro de dados pessoais, sendo certo que o acesso a certidões de interesse particular deve ser pleiteado nas vias ordinárias ou por meio do mandado de segurança.

Acerca do tema adoto como razões de decidir o entendimento expresso pelo STJ, no julgamento do Resp. nº 781.969, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, verbis:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. HABEAS DATA. CABIMENTO. OBTENÇÃO DE CERTIDÃO JUNTO AO INSTITUTO MILITAR DE ENGENHARIA - IME. CONTAGEM PARA O BENEFÍCIO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO À INFORMAÇÃO. ART. 5º, XXXIII, DA CARTA MAGNA DE 1.988. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PLEITO QUE DEVE SER DEDUZIDO EM SEDE DE WRIT OF MANDAMUS.

1. A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, LXXII que conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

2. A Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1.997, por sua vez, ao disciplinar o habeas data, acrescentou mais uma hipótese de cabimento da medida, além daquelas já previstas constitucionalmente, dispondo, em seu art. 7º, III, verbis: para anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

3. Sob esse enfoque, a ratio essendi do habeas data é assegurar, em favor

da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica que se distingue nos seguintes aspectos: a) direito ao acesso de registro; b) direito de retificação de registro e c) direito de complementação de registros. Portanto, o referido instrumento presta-se a impulsionar a jurisdição constitucional das liberdades, representando no plano institucional a mais eloqüente reação jurídica do Estado às situações que lesem, de forma efetiva ou potencial, os direitos fundamentais do cidadão.

4. Embora o art. 5º, XXXIII, da Carta Magna de 1.988 tutele o direito à informação, de interesse particular ou coletivo, não se pode afirmar que o habeas data o resguarde. Deveras, o direito à informação abrange os mais variados temas, como, in casu, o direito de petição junto a Administração Pública; enquanto que o habeas data visa assegurar o acesso à informações pertinentes a própria pessoa do impetrante e desconhecidas pelo mesmo. Daí, exsurge a possibilidade de retificação, ou mesmo a exclusão, dos dados, obstando o seu uso indevido. Ademais, o habeas data é servil à garantir o acesso a banco de dados mantidos por entidades governamentais, aí incluídas as concessionárias, permissionários, exercentes de atividades autorizadas, órgãos de restrição ao crédito e até mesmo as empresas de colocação de profissionais no mercado de trabalho, tutelando o que parte da doutrina denomina liberdade informática. Nesse sentido é a doutrina administrativista pátria, que oportunamente se traz á baila: Não se pode dizer que ele constitua garantia do direito à informação previsto no artigo 52, inciso XXXIII, segundo o qual “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular; ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Embora o dispositivo assegure o direito à informação de interesse particular ou de interesse coletivo, ele não se confunde com a informação protegida pelo habeas data, que é sempre relativa à pessoa do impetrante, com a particularidade de constar de banco ou registro de dados. O direito à informação, que se exerce na via administrativa, é mais amplo e pode referir-se a assuntos dos mais variados como o conteúdo de um parecer jurídico, de um laudo técnico, de uma informação constante do processo, de uma prova apresentada em concurso público, do depoimento de uma testemunha etc.; não se refere a dados sobre a própria pessoa do requerente; e pode ter por finalidade a defesa de um interesse particular; como, por exemplo, o exercício do direito de petição perante a própria Administração Pública, ou a defesa de um direito individual perante o Judiciário, ou de um interesse coletivo, como a defesa do patrimônio público.

Já o habeas data assegura o conhecimento de informações relativas à própria pessoa do impetrante; e o objetivo é sempre o de conhecer e retificar essas informações, quando errôneas, para evitar o seu uso indevido.

Dessa distinção decorrem importantes conseqüências: 1. o direito à informação de interesse particular ou coletivo (art. 52, XXXIII), se negado pela Administração, deve ser protegido pela via judicial ordinária ou pelo mandado de segurança e não pelo habeas data; 2. o mesmo direito pode ser exercido de forma ampla, com ressalva para as informações “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”; essa restrição não se aplica no caso do habeas data, que protege a própria intimidade da pessoa. Essa conclusão decorre do fato de que o inciso LXXII do artigo 52 não contém a mesma restrição inserida na parte final do inciso XXXIII.

Como diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1989:282), ao comparar este último dispositivo com o referente ao habeas data, “as informações

que se podem obter do Poder Público aqui tratadas são de caráter geral, concernentes às atividades múltiplas dos órgãos governamentais e, portanto, justificam a ressalva imposta. Trata-se do direito à informação tão-somente. Aquelas que se pretendem obter mediante impetração de habeas data dizem respeito a dados relativos à pessoa do requerente que, obviamente, não admitem segredo com relação a ele”.

Esse é também o pensamento de Calmon Passos (1989:139): “no habeas data não se postula a certificação judicial do direito à informação.

Esse direito, no tocante à própria pessoa do interessado, foi deferido constitucionalmente sem possibilidade de contestação ou restrição. Nenhuma exceção lhe foi posta, constitucionalmente. A respeito da própria pessoa, o direito à informação é livre de barreiras, inexistindo exceções que o limitem ou excluam”. (grifamos) (DI PIETRO, Maria, *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, São Paulo, 2001, 13ª Edição, p. 615 e 616).

O habeas data (art. 5º, LXXII) é um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra: (a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.); (c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei.

Firmín Morales Prats emprega a expressão habeas data ao lado de habeas scriptum e habeas mentem. Este último como expressão jurídica da intimidade. Os dois primeiros, mais ou menos como sinônimos no sentido de direito ao controle da circulação de dados pessoais.

As Constituições da Espanha (art. 18) e de Portugal (art. 35) dispõem, respectivamente, sobre o controle do uso da informática e sobre o direito

de conhecer o que constar de registros informáticos a seu respeito, mas nenhuma delas e nenhuma outra criou um meio específico de invocar a jurisdição para fazer valer esses direitos reconhecidos.

A Constituição de 1988 não traz um dispositivo autônomo que contemple o direito de conhecer e de retificar dados pessoais. Usou o mesmo processo que nas Constituições anteriores se reconhecia à liberdade de locomoção: através da previsão de sua garantia. O direito de conhecimento de dados pessoais e de retificá-los é outorgado no mesmo dispositivo que institui o remédio de sua tutela, in verbis: “ Art. 5º, LXXII - conceder-se-á habeas data: “a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; “b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

Vê-se que o direito de conhecer e retificar os dados, assim como o de interpor o habeas data para fazer valer esse direito quando não espontaneamente prestado, é personalíssimo do titular dos dados, do impetrante que, no entanto, pode ser brasileiro ou estrangeiro. Mas uma decisão do ainda Tribunal Federal de Recursos (agora, STJ), em Plenário, admitiu que os herdeiros legítimos do morto ou se cônjuge supérstite poderão impetrar o writ. E uma decisão liberal que supera o entendimento meramente literal do texto, com justiça, pois não seria razoável que se continuasse a fazer uso ilegítimo e indevido dos dados do morto, afrontando sua memória, sem que houvesse meio de corrigenda adequado.

O objeto do habeas data consiste em assegurar: (a) o direito de acesso e conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante/constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais e de entidades

de caráter público; (b) o direito à retificação desses dados, importando isso em atualização, correção e até a supressão, quando incorretos. Em relação ao direito de retificação, o dispositivo constitucional faculta ao impetrante o processo sigiloso, Judicial ou administrativo, dando a entender que, se o processo for sigiloso, não será de habeas data, mas outra ação, o que não tem sentido algum. Nem serão necessários dois habeas datas para que uma mesma pessoa tome conhecimento dos dados e proponha sua retificação. Sustentar o contrário é pretender enquadrar instituto novo em velhos esquemas de um procedimentalismo superado.

O processo do habeas data pode desenvolver-se em duas fases. Na primeira, o Juiz, de plano, manda notificar o impetrado para apresentar os dados do impetrante, constantes de seu registro, no prazo que estipule; Juntados os dados, o impetrante terá ciência deles, devendo manifestar-se em prazo determinado. Se nada tiver a retificar, di-Io-á e se arquivará o processo. Se tiver retificação a fazer, dirá quais são, fundamentadamente, mediante aditamento à inicial, e então o Juiz determinará a citação do impetrado para a contestação, se quiser, prosseguindo-se nos termos do contraditório.

“Entidades governamentais” é uma expressão que abrange órgãos da administração direta ou indireta. Logo, a expressão “entidades de caráter público” não pode referir-se a organismos públicos, mas a instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público, envolvendo-se aí não só concessionários, permissionários ou exercentes de atividades autorizadas, mas também agentes de controle e proteção de situações sociais ou coletivas, como as instituições de cadastramento de dados pessoais para controle ou proteção do crédito ou divulgadoras profissionais de dados pessoais, como as firmas de assessoria

e fornecimento de malas-diretas.

Essa doutrina, que já constava das edições anteriores, foi amplamente acolhida pela Lei 9.507, de 12.11.1997, que regulou o direito de acesso a informações e disciplinou o rito processual do habeas data, quando, no parágrafo único do art. 1º, considera de caráter público “todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”.

O habeas data, instituído como remédio constitucional no Brasil, responde, no plano do direito positivo, ao reclamo de Frosini e ao conteúdo básico, pensado por Firmín Morales Prats Frosini: “A história jurídica da liberdade pessoal no mundo moderno se funda sobre o habeas corpus Act de 1679 [...] oposto à detenção ilegal. Pode-se dizer, com uma paráfrase de caráter metafórico, que na legislação dos Estados modernos se reclame hoje um habeas data, um reconhecimento do direito do cidadão de dispor dos próprios dados pessoais do mesmo modo que tem o direito de dispor livremente do próprio corpo”.

“O habeas data, ou conjunto de direitos que garante o controle da identidade informática [escreve Firmín Morales], implica o reconhecimento do direito de conhecer, do direito de correção, de subtração ou anulação, e de agregação sobre os dados depositados num fichário eletrônico. Esse elenco de faculdades, que derivam do princípio de acesso aos bancos de dados, constitui a denominada ‘liberdade informática’ ou direito ao controle dos dados que respeitam ao próprio indivíduo (biológicos, sanitários, acadêmicos, familiares, sexuais, políticos, sindicais...)”. (DA SILVA, José, Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Malheiros, São Paulo, 2004, 23ª Edição, p. 451 e 455)

5. A pretensão do impetrante, de obter certidão para o cômputo do adicional por tempo de serviço, respeita ao direito de informação, cuja previsão encontra-se no art. 5º, XXXIII, da Carta Magna de 1.988, devendo ser pleiteada via mandado de segurança (precedentes: EDcl no HD 67 - DF, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Seção, DJ de 02 de agosto de 2.004; HD 67 MC - SP, decisão monocrática do Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 18 de novembro de 2.004).

6. Recurso especial conhecido e provido, com o fim de declarar a impropriedade da via eleita pelo impetrante.

(REsp 781.969/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/05/2007, DJ 31/05/2007, p. 348).

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante, observada a gratuidade de justiça.

VOTO

DES. BITENCOURT MARCONDES

Peço vênia ao i. Relator para acompanhar a divergência inaugurada pelo em. 1º Vogal.

VOTO

DES. WASHINGTON FERREIRA

Senhor Presidente,

Atento aos limites da minha atuação, na forma do artigo 942 do CPC de 2015, peço vênia ao eminente Relator para acompanhar a divergência.

De fato, o propósito da parte apelante, na impetração, ultrapassa os limites do habeas data, porquanto quer ela que a informação acerca da

contagem do tempo de serviço seja certificada. Vale dizer, não basta o acesso à informação; quer ela certidão de contagem do tempo de serviço.

Nesse contexto, inviável o remédio constitucional provocado.

É como voto.

VOTO

DES. EDGARD PENNA AMORIM

Peço vênia ao em. Relator, para acompanhar a divergência inaugurada pelo em. Des. ALBERTO VILAS BOAS e negar provimento ao recurso.

SÚMULA DO ACÓRDÃO

“NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.”

COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO

BERNARDO PIMENTEL SOUZA

Professor do Departamento de Direito da UFV

O venerando acórdão proferido no egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais revela a problemática entre a adequação do *habeas data* ou do mandado de segurança na hipótese de pretensão de **expedição de certidão** por parte do jurisdicionado, por força de decisão judicial, após a recusa ou a omissão administrativa.

À vista da **jurisprudência predominante**, decidiu-se pela **inadequação do *habeas data*** na hipótese.

De fato, o *habeas data* é admissível para garantir o acesso às informações pessoais, a retificação de dados e a complementação dos registros existentes.

Na eventualidade de recusa ou de omissão ilegal em relação à **expedição de certidão**, todavia, a via processual adequada **não é o *habeas data***, porquanto o *writ* tem como escopo apenas o acesso, a retificação e a complementação de informações de natureza pessoal constantes dos arquivos e bancos de dados públicos ou disponíveis ao público em geral. **Não serve, portanto, o *habeas data* para a obtenção de certidão.**

Em razão da inadequação do *habeas data*, **é admissível a impetração de mandado de segurança** para impugnar atos ilegais comissivos ou omissivos referentes ao direito fundamental de certidão.

Em suma, **extrapolado o restrito campo de incidência do *habeas data*, a via processual adequada é a ação de mandado de segurança, admissível, portanto, para o direito de certidão**, sem prejuízo, todavia, do acionamento da via ordinária, mediante processo sob rito comum, como bem decidido no acórdão sob comento.

Apoio

Programas de apoio às atividades de ensino, pesquisa e extensão da UFV

Parcerias

Captação de recursos (Sistema Financiar)
Auxílio na formatação e negociação de propostas

Experiência

Há 37 anos contribuindo para o desenvolvimento da Universidade Federal de Viçosa e para a Ciência, Tecnologia e Inovação no país.

Gestão eficiente

Gestão de contratos e convênios
Gestão de Cursos e Eventos
Compras e Importações

FUNARBE
FUNDAÇÃO ARTHUR BERNARDES

**Viabilizando a pesquisa,
ensino e extensão**

Fundação Arthur Bernardes
Edifício Sede, s/n – Campus Universitário, Viçosa/MG
(31) 3899-7300 | facebook.com/Funarbe

www.funarbe.org.br