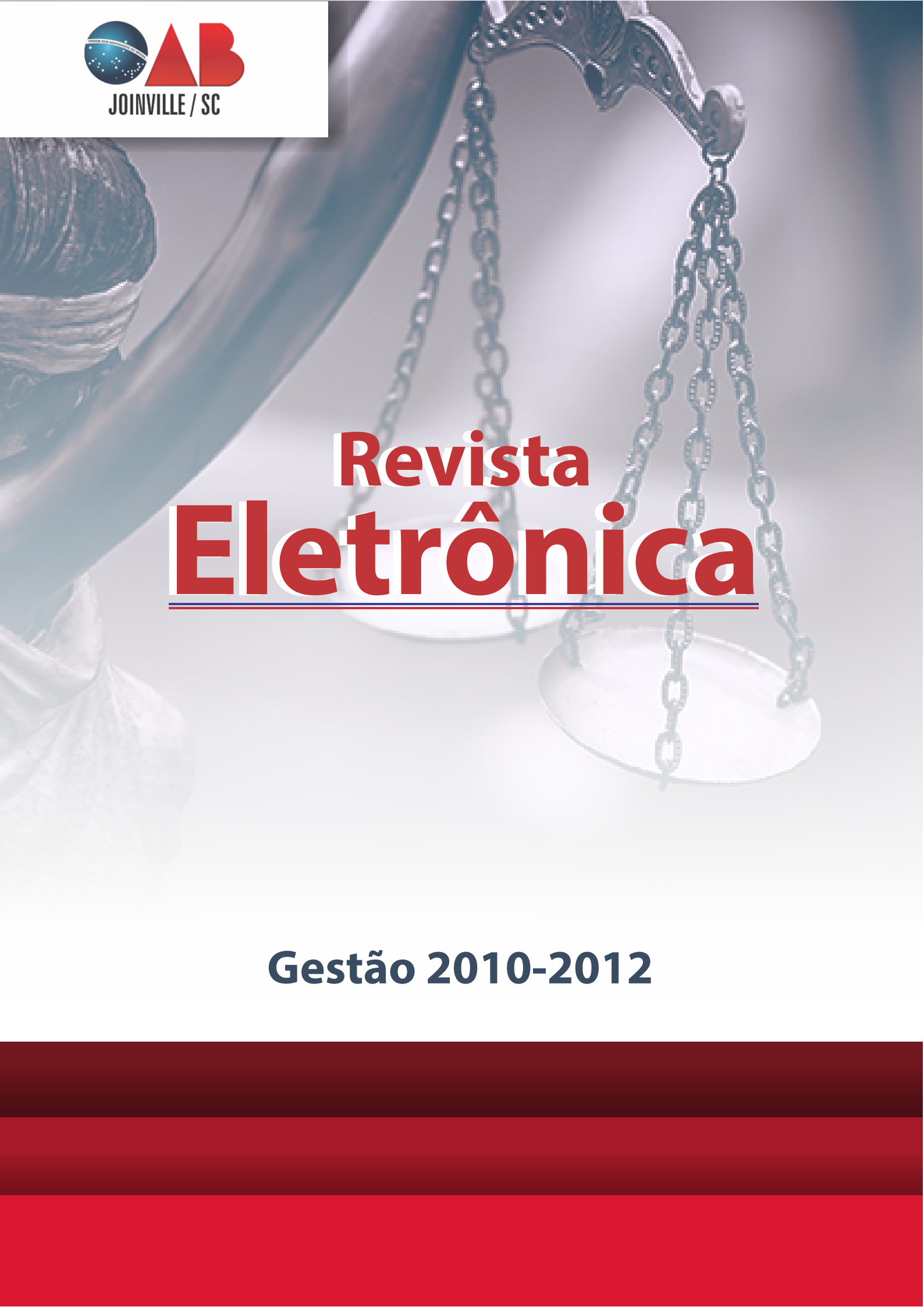




Revista Eletrônica

Gestão 2010-2012

A Revista Eletrônica OAB Joinville é uma publicação seriada da **Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Joinville/SC**.

Escopo

Estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes, mediante a publicação de científicos, preferencialmente inéditos.

Além dos advogados, o público alvo abrange os operadores das demais carreiras jurídicas - como professores, estudantes, pesquisadores, magistrados, promotores, procuradores e defensores públicos.

Meio e periodicidade

A Revista Eletrônica OAB Joinville é publicada com periodicidade semestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual revista.oabjoinville.org.br - e com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Acadêmica e Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista Eletrônica da OAB Joinville - inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). As opiniões e conclusões expressas não representam, necessariamente, posições da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Joinville/SC, nem de seus dirigentes.

Gratuidade

A participação no Conselho Editorial da Revista se dá em caráter voluntário, não remunerado. Pela publicação dos artigos não serão devidos direitos autorais ou qualquer espécie de remuneração ao(s) autor(es).

Publicação seriada com código ISSN

A Revista Eletrônica OAB Joinville está identificada pelo código ISSN 2178-8693, requerido ao Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT, do Ministério da Ciência e Tecnologia.

O ISSN - Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (International Standard Serial Number) é o identificador aceito internacionalmente para individualizar o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo.

Valida a publicação como repositório de artigos científicos exigido para diversos fins, como programas de pós-graduação, inserção na Plataforma Lattes, CNPQ, dentre outros.

Endereço para correspondência

Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguacu
89221-050 - Joinville/SC - Brasil
revista@oabjoinville.org.br ou pelo **fale conosco**.

ACESSO À JUSTIÇA: DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SANTA CATARINA

MIRIAM LANE CALDEIRA BOTELHO.

Acadêmica do curso de Direito do Instituto Superior Tupy – SOCIESC – Joinville SC., Possui formação em Tecnologia de Processos Gerenciais pela Universidade Leonardo Da Vinci de Santa Catarina e MBA em Gestão de Pessoas pela Faculdade de Administração, Ciências, Educação e Letras de Curitiba.

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar como ocorre o acesso à justiça no Estado de Santa Catarina e quais os meios disponíveis atualmente para que se exerça o direito da gratuidade processual, dada a demora na implantação de uma defensoria pública no Estado e quais os impactos sociais causados por essa ausência.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Gratuidade. Santa Catarina.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Acesso à justiça – 3.1. Admissão ao processo – 3.2. Modo de ser do processo – 3.3. Justiça das decisões – 3.4. Efetividade das decisões – 4. Necessidade da gratuidade processual – 5. Defensoria pública em Santa Catarina – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Justiça. Paroxítoma com sete letras. Segundo o bom e velho “Aurélio”, justiça significa “equanimidade, equidade, igualdade, imparcialidade, isenção, legalidade, legitimidade, neutralidade.” (FEREIRA, 2009).

Já para a prática jurisdicional, equivale ao exercício do que é de direito, estar em conformidade com o que direito diz. Justiça se traduz em fazer o que é certo, o que é justo. Mas a que verdadeiro conceito está entrelaçada a palavra justiça? Como se desenvolve esse conceito nas relações sociais atuais e mais, como conceituar sem erro esse vocábulo?

Parece mesmo impossível poder conceituar justiça de maneira simples, sem incorrer no erro de limitar seu sentido a atender as necessidades de alguém, seja esse alguém o Estado ou apenas um cidadão.

Esse estudo entretanto, não tem a pretensão de compreender e decifrar o conceito puro de justiça, mas apenas de analisar os aspectos de seu alcance na sociedade brasileira, mais precisamente no Estado de Santa Catarina.

Como nos mostram Cappelletti e Garth:

“Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietação em muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa.” (2002, p. 6).

Se o princípio do acesso à justiça defende a idéia de um acesso à ordem jurídica justa, isto implica em muito mais do que a simples admissão ao processo, é preciso garantir a observância do devido processo legal, assim como a justiça e a efetividade das decisões, como bem afirmam em sua obra Teoria Geral do Processo, Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 35-37).

Por este motivo, acredita-se válida uma análise mais aprofundada sobre a atual ausência e a importância da criação de uma Defensoria Pública no estado de Santa Catarina. Pois ela é pressuposto constitucional para a efetividade do princípio do acesso à justiça garantido e assegurado no disposto dos artigos 5º, LXXIV e 134, caput e §1º, da CF desde 1988 no Brasil.

“A ordem jurídico-positiva [...] e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa.” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p.35).

De certo, se o constituinte teve consigo a preocupação de registrar o anseio social de seu tempo e garantir no texto constitucional o princípio do acesso à justiça parece óbvio, que desejava ele seguir por este caminho de ordem justa.

Entende-se então, primariamente, como acesso à justiça, a capacidade de estar em juízo para demandar sobre uma pretensão resistida, visando alcançar um direito material anteriormente positivado?

2. ACESSO À JUSTIÇA

“Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo.” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p.35).

Para que haja o efetivo acesso à justiça é, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco:

“[...] indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.” (2005, p.35).

Alguns doutrinadores acusam ser muito difícil definir a expressão justiça, quanto mais reconhecer todas as finalidades a que se propõe o seu alcance.

Sobre isso dizem Cappelletti e Garth:

“A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado e este [espera-se] seja realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” (2002, p. 6).

Todavia há doutrinadores que nos ajudam de maneira um pouco mais simplificada, se é que seja possível simplificar esses conceitos, a entender alguns pontos sensíveis a serem considerados a cerca do acesso a justiça.

O acesso a justiça se faz através do processo. O processo é de maneira simplificada o instrumento de que a parte se utiliza para alcançar um direito material garantido porém resistido.

É como bem denota Silva (2003, p.13),

“No direito, o emprego da palavra processo está ligado à idéia de processo judicial, correspondente à atividade que se desenvolve perante os tribunais para obtenção da tutela jurídica estatal, tendente ao reconhecimento e realização da ordem jurídica e dos direitos, sejam individuais ou coletivos, que ela estabelece e protege.”

3. PONTOS SENSÍVEIS

São pontos sensíveis a serem considerados a cerca do acesso a justiça: *a admissão ao processo, o modo de ser do processo, a justiça das decisões e a eficácia das decisões.*

Equivale a dizer que é o desejo de que se possa, tendo uma pretensão resistida, ingressar com uma ação, que terá um rito processual obedecido, com o melhor entendimento jurisdicional possível a cerca dos fatos e uma decisão eficaz ao final do processo.

Veja-se resumidamente cada um deles:

3.1. Admissão ao processo

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 36) “é preciso eliminar as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada.”

Neste caso, os autores demonstram que uma das maneiras que facilitam o acesso e o alcance do direito material positivado é a facilitação no custeio das relações judiciais. Seja pela concessão de gratuidade nas custas processuais, seja pelo custeio de gastos com advogados.

Demonstram eles:

“A oferta constitucional de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, inc. LXXIV) há de ser cumprida, seja quanto ao juízo civil como ao criminal, de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz, por falta de recursos. A justiça não deve ser tão cara que o seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos. É preciso também eliminar o óbice jurídico representado pelo impedimento de litigar para a defesa de interesses supra-individuais (difusos e coletivos); a regra individualista segundo a qual cada qual só pode litigar para a defesa de seus próprios direitos (CPC, art. 6º) está sendo abalada pela Lei da Ação Civil Pública (lei n. 7.347, de 24.7.85), que permite ao Ministério Público e às associações pleitear judicialmente em prol de interesses coletivos ou difusos, assim como, v.g., pela garantia constitucional do mandado de segurança coletivo, que autoriza partidos políticos e entidades associativas a defender os direitos homogêneos de toda uma categoria, mediante uma só iniciativa em juízo [...]” (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2005, p. 36).

3.2. Modo de ser do processo

Outro ponto de que trata a doutrina é o modo de ser do processo, que se refere ao fato de que “no desenrolar de todo processo (civil, penal, trabalhista) é preciso que a ordem

legal de seus atos seja observada (devido processo legal)”, como bem nos diz Cintra, Grinover e Dinamarco, (2005, p. 36).

Existe a necessidade de se seguir um caminho, um trâmite para alcançar a resolução da lide. Caminho este previamente estipulado e que garanta a imparcialidade em sua trajetória. A este caminho se dá o nome de rito processual.

É necessário ainda, entretanto que, “as partes tenham a oportunidade de participar em diálogo com o juiz (contraditório) e que este seja adequadamente participativo na busca de elementos para sua própria instrução.” Pois como reforçam Cintra, Grinover e Dinamarco “o juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual.” (2005, p. 36-37).

3.3. Justiça das decisões

A justiça das decisões acaba por ser um dos aspectos mais subjetivos e difíceis a se analisar, pois por mais imparcial que tente ser o juiz, jamais ele, na condição de homem, despir-se-á totalmente de suas experiências passadas para estar vazio perante algum julgamento.

Sobre isso Cintra, Grinover e Dinamarco dizem:

“O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário (a mens legis nem sempre corresponde à niens legislatoris); deve "pensar duas vezes antes de fazer lima injustiça" e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça é que deve conformar-se;[...].” (2005, p. 37).

Reflete ainda Dinamarco (1993, p. 293):

“Foi dito que, em paralelismo com o bem-comum como síntese dos fins do Estado contemporâneo, figura o valor justiça como objetivo-síntese da jurisdição no plano social. A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade. Foi dito, ainda, que as disposições contidas no ordenamento jurídico substancial constituem para o juiz, em

princípio, o indicador do critério de justiça pelo qual determinada sociedade optou, em dado quadrante de sua história; mas, se só à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes.”

O autor nos leva a entender que “é certo que o juízo do bem e do mal das condutas humanas é feito em primeiro lugar pelo legislador e depositado no texto da lei, mas também ninguém desconhece que esta, uma vez posta, se destaca das intenções de quem a elaborou e passa a ter o seu próprio "espírito"[...]”. (DINAMARCO, 1993, p.294).

“Ao juiz cabe esse trabalho de descoberta.” Conclui ele e alerta: Aquele que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade jurisdicional, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça. (DINAMARCO, 1993, p.294).

3.4. Efetividade das decisões

Bem, de que adiantaria ter todos os direitos assegurados, ter o mais amplo acesso aos procedimentos e a conquista destes direitos se efetivamente as decisões não se concretizassem.

Traz a doutrina moderna:

“Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aqui/o que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p. 37).

A exemplo, o novo art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro, investe o juiz, já no processo de conhecimento, de amplos poderes destinados a pressionar o obrigado a cumprir obrigações de fazer ou de não fazer reconhecidas em sentença, sem necessidade de instaurar o processo executivo segundo os modelos tradicionais. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p. 37).

Dinamarco (1993) em outra peça literária ainda complementa:

“Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. [...] O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como

instrumento meramente técnico. ele é um instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso. as leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as considerem isoladamente e imponham o comando emergente da mera interpretação gramatical.” (p.294-295).

Em outras palavras, deve o juiz fazer valer a sua decisão a fim de alcançar a finalidade social a que as leis e a jurisdição se destinam: a justiça para garantir a pacificação dos conflitos.

4. NECESSIDADE DA GRATUIDADE PROCESSUAL

Analizados os pontos sensíveis do acesso a justiça, pode-se refletir sobre a importância e necessidade da facilitação desse acesso, principalmente por parte do Estado que é o detentor do poder de dizer o direito. Somente através desta facilitação é que o cidadão poderá alcançar o direito material que lhe é assegurado no ordenamento brasileiro.

Um dos meios de acesso vistos anteriormente é a gratuidade dos tramites processuais. E na ordem normativa nacional, existem hoje duas maneiras de analisar essa gratuidade. A primeira diz respeito aos valores gastos com as custas processuais e a segunda refere-se aos gastos com os honorários advocatícios.

Com relação às custas processuais, basta que o impetrante comprove, através de declaração ou comprovante de renda, que é hipossuficiente e por tanto necessário deste direito, para que o juiz analise e defira a gratuidade em questão. Todavia, às custas com os advogados, parte com capacidade postulatória para litigar, é o que talvez mais pesa no bolso das partes, seja autor ou réu, pois ambos dependem de representação para prosseguimento de suas lides e nem sempre é fácil fazer uso da defensoria dativa proposta pelo Estado.

É como melhor explica o TJ de SC em seu sítio eletrônico:

“A assistência judiciária gratuita é o benefício de caráter legal que permite às pessoas que comprovarem insuficiência de recursos irem a juízo sem necessidade de fazer despesas, cujo custeio fica por conta do poder público. Sua finalidade é proporcionar a todos o acesso à justiça. É preciso requerer este benefício para obtê-lo. Neste caso, a parte interessada estará isenta do pagamento de taxas judiciárias, de selos, de emolumentos e custas assim como de despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais e indenizações devidas às testemunhas, bem como dos honorários de advogados e peritos. [...] A Constituição

Federal assegura o direito à assistência judiciária gratuita a todo aquele que comprovar a insuficiência de recursos para arcar com a ação pretendida. De acordo com a legislação federal, tal comprovação se faz através de petição ao juiz no início ou no transcurso do processo judicial, bastando ao interessado declarar não possuir condições de suportar as custas do processo e os honorários do advogado sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.” (TJSC, 2012).

Mesmo sendo um direito assegurado pela constituição, nem sempre é possível acessá-lo de maneira rápida e na medida da necessidade do cidadão, a exemplo disso, a demora nos agendamentos por parte das defensorias públicas estaduais. Quando o assunto é com a União, a espera é ainda maior.

Uma das formas atualmente mais utilizadas pelo cidadão brasileiro para tentar fugir dessa espera e usufruir deste benefício, tem sido a busca pelos Núcleos de Práticas Jurídicas, também conhecidos como Escritórios Modelos de Assistência Judiciária das universidades e os juizados especiais de pequenas causas. Estes NPJs, além de proporcionarem um atendimento mais rápido, também contribuem para o desenvolvimento e a prática obrigatória dos estudantes do curso de direito.

Entretanto, alguns estados da federação têm tratado a gratuidade processual, como um negócio. A saber, o Estado de Santa Catarina que até hoje ainda não possui uma Defensoria Pública instituída, contrariando a carta nacional e impondo aos cidadãos uma defensoria dativa que não beneficia integralmente a população, nem tão pouco é justa com o pagamento dos advogados, pois beneficia alguns poucos e muitas vezes honera o Estado de forma abusiva.

5. DEFENSORIA PÚBLICA EM SANTA CATARINA

O próprio Poder Judiciário do Estado afirma em seu sítio eletrônico:

“Em Santa Catarina, não existe um órgão do Poder Executivo especialmente destinado a prestar serviços de defensoria pública, como ocorre em alguns Estados do Brasil. Todavia, as pessoas que não têm condições de arcar com as despesas de um processo judicial podem recorrer a um advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina, que poderá defendê-las em juízo sem nenhuma despesa para elas. Neste caso, competirá ao Estado remunerar os profissionais, segundo as normas da legislação estadual. A esse sistema de representação judiciária gratuita dá-se o nome de defensoria dativa.” (TJSC, 2012).

Motivo pelo qual, várias discussões são travadas em torno do assunto. Será que o estado de Santa Catarina está efetivamente descumprindo a Constituição Federal, ou apenas está servindo de maneira diferenciada a sua população. Será que a letra constitucional vista pela interpretação mais ampla, poderia conferir ao Estado o poder de instituir o serviço de acesso à justiça pela via de contratação, como tem feito até hoje, através da chamada defensoria dativa, que nada mais é do que a contratação de serviços advocatícios em prol da população catarinense.

Recentemente e por maioria de seus membros, o STF manifestou-se sobre a referida “defensoria dativa” exercida até então pelo estado de Santa Catarina. Os dispositivos legais questionados foram: o Art. 104, da Constituição do Estado de Santa Catarina e a Lei Complementar Estadual nº 155, de 15 de abril de 1997.

Traz a Constituição do Estado de Santa Catarina (1989) em seu art. 104: “A Defensoria Pública será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, nos termos de lei complementar.”

Dispõem, a exemplo, parte da Lei Complementar nº 155, de 15 de abril de 1997:

“Institui a Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina. Art.1º - Fica instituída, pela presente Lei Complementar, na forma do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, a Defensoria Pública, que será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina - OAB/SC.”

A existência destes dispositivos, foi entendido como um conflito normativo de ordem nacional e nos anos de 2007 e 2009, foram empetradas no Supremo Tribunal Federal duas ações que tinham como objeto discutir e declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos supra citados. Foram elas:

ADI 3892-3, proposta em 27/04/2007, pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS DA UNIÃO – ANDPU, tendo como relator da ação o ministro Joaquim Barbosa; e ADI 4270-0, proposta em 14/07/2009, desta vez pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP, tendo como relator novamente o senhor ministro Joaquim Barbosa.

A fundamentação constitucional utilizada para embasar a decisão do Supremo, nestas duas ações foram: o art. 5º, LXXIV, o art. 134, caput, § 1º e o art. 61, § 1º, II, "d".

“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: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;[...].” (CF, 1988).

“Art. 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.” (CF, 1988).

“Art. 61 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: [...] d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;[...].” (CF, 1988).

Analizados os dispostos constitucionais acima citados, o Supremo Tribunal Federal, em Plenário, no dia 14 de março de 2012, decide da seguinte forma:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta, com eficácia diferida a partir de 12 (doze) meses, a contar desta data, contra o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que pronunciava a inconstitucionalidade com eficácia ex tunc. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pela requerente Associação Nacional dos Defensores Públicos da União-ANDPU (ADIs 3.892 e 4.270), o Dr. Rafael de Cás Maffini; pela requerente Associação Nacional dos Defensores Públicos-ANADEP (ADI 4270), o Dr. André Castro; pelo interessado Governador do Estado de Santa Catarina (ADI 3892), o Dr. Fernando Filgueiras, Procurador do Estado; pelo amicus Curie Associação Juizes para a Democracia (ADI 4270), o Dr. Sérgio Sérulo da Cunha; pelos amici curiae (ADI 4270) Conectas Direitos Humanos, Instituto Pro Bono e Instituto Terra Trabalho e Cidadania, o Dr. Marcos Fuchs; e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.” (STF, 2012).

Ao impasse normativo foi dado o remédio constitucional determinando que Santa Catarina crie em um ano uma Defensoria Pública própria no Estado, pois conforme o entendimento dos ministros, o Estado desrespeita a carta magna nacional quando se omite por 23 anos sem instituir a defensoria pública estadual de acordo com a orientação normativa federal.

O relator do processo, ministro Joaquim Barbosa, foi acompanhado nesta decisão pela maioria dos colegas, sendo que o único voto diferente foi o do ministro Marco Aurélio, que também reconheceu a ilegalidade cometida pelo Estado, mas determinou a instalação imediata da Defensoria Pública. Situação que dificilmente seria cumprida sem o mínimo de tempo possível, para aprovação de nova legislação estadual, criação e implementação do órgão, assim como organização e realização de concurso público para os defensores e demais cargos que deverão compor a defensoria no Estado.

Com esta decisão o Supremo tenta por fim à discussão das ações, porém resta ainda saber se a referida Corte, ao determinar tal prazo, não estará ferindo o princípio da separação dos poderes e quais penalidades serão cabíveis, caso o Estado, continue a se omitir a respeito da defensoria.

6. CONCLUSÃO

Se o direito visa regular as relações sociais buscando a pacificação social e a justiça nas decisões e no Brasil a busca por esta justiça e o acesso a ela estão constitucionalizados desde 1988 (CF/88, Art. 5º, LXXIV), sendo que para exercer esse direito a própria Carta Constitucional instrui a necessidade de criação de defensorias públicas por parte dos estados da federação (CF/88, Art. 134, caput e §1º), conclui-se então que é crucial para o benefício social e o correto exercício jurisdicional estatal a criação de uma defensoria pública no estado de Santa Catarina o mais brevemente possível. Pois, mesmo que o STF não tenha força para obrigar o Estado de Santa Catarina a legislar, não deverá o mesmo se utilizar disto para continuar a omitir-se de criar um órgão que trará grande benefício social à população estadual e que fará com que o estado encontre a simetria com a normatização federal.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível

em:<<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 68, de 21-12-2011. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3892-3*. Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=defensoria%20p%20FAblica%20do%20estado%20de%20santa%20catarina&processo=3892>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4270-0*. Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=defensoria%20p%20FAblica%20do%20estado%20de%20santa%20catarina&processo=4270>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Grade Northfleet. Porto Alegre: 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. *Mini Aurélio: O dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2009.

SANTA CATARINA. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Santa Catarina*: promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em:<<http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/constituicaoestadual.php>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

_____. *Lei Complementar nº 155, de 15 de abril de 1997*. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

_____. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. *Assistência Judiciária*. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/jur/custas/a_juridica.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003.

(ANTI)GARANTISMO PENAL: UMA PROPOSTA PARA A QUEBRA DO PARADIGMA JURÍDICO REGULADOR DO ESTADO

FELIPE CIDRAL SESTREM. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Procurador do Município de Joinville e Advogado.

“Não é a crueldade das penas um dos mais grandes freios dos delitos, senão a infalibilidade delas a certeza do castigo, ainda que moderado, causará sempre maior impressão que o temor de outro castigo mais terrível, mas que aparece unido com a esperança da impunidade”

Cesare Beccaria

Palavras-chave: Direito Penal e Processual Penal. Criminologia Crítica. Garantismo Penal.

RESUMO

A análise das teorias de alicerçam a penalização e a justificam, com uma revisão breve dos movimentos de *lei e ordem* e do garantismo penal faz-se necessária atualmente. A lógica dos movimentos repressivos está estampada no sistema jurídico penal e denota uma preocupação em penalizar uma clientela específica por um artificioso processo autofágico de ingresso e expulsão de um sistema específico, hermético e autorreferencial. Em oposição ao modelo existente, o Garantismo Penal como teoria escorada na Constituição Federal, na Carta dos Direitos Humanos e nas garantias de direitos individuais dos processados, busca justamente retirar do foco a idéia de repressão e da justificação da repressão por si só. O artigo faz uma releitura dos textos de Aury Lopes Jr. a partir do atual cenário brasileiro e das teorias gerais de justificação do Direito Processual Penal.

SUMÁRIO

Introdução – 1. Comentários Iniciais sobre Garantismo e Antiguarantismo – 2. Os movimentos de Lei e Ordem – 3. Aspectos Fundamentais do Antiguarantismo – 4. A Lógica do Sistema Processual Penal Antiguarantista – 5. Eficiência e Efetividade do Processo Penal (Anti)Garantista – 6. Direito Penal Mínimo: um sistema de mínimas garantias – 7. Teorias Contemporâneas ao Garantismo Penal – 8. Conclusão – Bibliografia

INTRODUÇÃO

A questão é travada num arenoso campo de batalha. Grande parte das teorias epistemológicas do Direito Penal são conflituosas. De um lado encontramos o Garantismo Penal, escorado no Direito Penal Mínimo como instrumento de aparição processual dentro do Sistema Jurídico Penal. Do outro lado, além da mídia e da sociedade, enquanto ícone do vulgo comum e da justiça privada, encontram-se o antigaristimo penal, a ideologia do *law and order* ou o chamado *hard control*, estampados na faceta do neo-retributismo. Essa teoria, por sua vez, sustenta-se na repressão dura e desmedida de todas as formas possíveis de delitos. Acreditam os defensores que potencialmente poderiam os legisladores, ou o *Estado Leviatã*, erradicar a criminalidade, fenômeno social complexo, entendida como o (um) *mal social*.

Os movimentos de *lei e ordem* são a expressão da eficiência antigarantista do processo penal, que evidencia os meios pelos quais o processo marginaliza a clientela-rebanho do instrumento criminal. Esta é a utilidade conferida atualmente ao Processo Penal.

O fato do processo penal contemporâneo ostentar *utilidade* eminentemente repressora e punitiva, não conduz à conclusão de que a utilidade do processo seja efetivamente punir. O Garantismo Penal vem de encontro às teorias *antigarantistas* justamente para apontar uma verdadeira e efetiva utilidade processual penal alinhada ao verdadeiro intento e à verdadeira finalidade do direito penal.

O utilitarista processual, manifestador da eficiência antigarantista, é o déspota de ontem: o ditador de amanhã. Esses movimentos de *lei e ordem* – movimentos totalitários e opressores – buscam fundamentalmente erradicar a *sujeira*, por meio da conservação da pureza social, pureza esta equivocadamente compreendida. São movimentos com ranço positivista extremado, datados de reformas das Décadas de 40 e 50 do Século XX. *Movimentos de limpeza*, nos quais o processo penal se alimenta de si mesmo (autofágico), em referencia à própria lógica dos sistemas autopoieticos¹ a que Niklas Luhmann prontamente advertiu a comunidade.

¹ TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Nesse sentido, Günther Jakobs² já havia definido o Direito Penal como sistema autônomo, autorreferente a autopoiético, erigindo, sob esses marcos, sua teoria da imputação normativa (funcionalismo sistêmico).

Aury Lopes Jr³ fala em Processo Penal como *instância formal de controle social*, com uma clientela específica e determinada. O caráter instrumental do processo se condensaria no monopólio da jurisdição penal e da coerção punitiva, o que só seria resolvido atribuindo ao processo um tempo razoável de existência, para que não se torne pena (fim), mas sim medida garantista de direitos (meio). A principal dessas garantias a serem atribuídas ao indivíduo seria aquela de ser submetido a um processo justo e útil, em conformidade com o princípio da necessidade.

1. COMENTÁRIOS INICIAIS SOBRE GARANTISMO E ANTIGARANTISMO

Imperou desde o descobrimento até o Imperito flagrante período de vingança privada no Direito Penal Brasileiro. Com a sistematização operada por Bernardo Pereira de Vasconcellos, em 1830 o Brasil obteve o primeiro código penal autônomo das Américas.⁴

O fracasso do primeiro Código Penal Republicano operado por João Baptista Pereira, de 1890, conhecido pela sua ausência de sistematização e pela quantidade enorme de leis extravagantes, levou à edição de novo Código em 1940, esse idealizado por Alcântara Machado. Autores como Cleber Masson indicam que a reforma de 1940 apresentou progresso garantista, especialmente com as posteriores alterações promovidas para a inclusão do sistema de penas alternativas e de dias-multa, sob a influência das idéias de Nelson Hungria.⁵

Justamente pela gênese operada na década de 40 do Século passado, o atual código ostenta matriz positivista e neoretributivista. Referidas doutrinas são perfectibilizadas atualmente pelos movimentos do *Direito Penal do Terror* e movimentos como do *law and order*, operacionalizando verdadeiro resgate do modelo

² JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuervo Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 167-ss.

³ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 7-8.

⁴ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado – Parte Geral*. V. 1. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 65-67.

⁵ Idem. p. 67-68.

positivista do Direito Penal, escorado na reformulação do conceito de delito como *mal social*.

Ainda que o Código de 1940 ostente característica preventiva, função motivadora para a não delinquência⁶, cuja frustração impõe a instauração de um processo legal (penal) em que será cominada uma sanção específica, concretizando a promessa da norma penal, fato é que suas raízes *predominantemente liberais* e sua preocupação pela *infração ao dever* e pela aplicação da pena, demonstram verdadeiro matiz regulatório do modelo penal brasileiro vigente⁷

O referido Código deita raízes nas teorias clássicas absolutistas da pena, muito embora as reformas operadas na década de 80 e 90 tenham paulatinamente tentado incluir um viés garantista. É sobre esse manto garantístico, em uma realidade nova cujo objetivo é a salvaguarda de bens e valores constitucionalmente definidos, que surge uma justificação *constitucional e preocupada com o individuo criminalizado*⁸, rechaçando *postulados funcionalistas* de manutenção do *status quo* e de regulação da vida social para a simples aplicação da pena.

Luigi Ferrajoli, maior entusiasta do tema, em sua obra *Direito e razão*, prenuncia um *modelo universal*. Cleber Masson aponta que o sistema garantístico de Ferrajoli, conhecido também como *sistema cognitivo* ou *de legalidade estrita*, fundamenta-se em 10 axiomas⁹:

- *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade;
- *Nullum crimen sine lege*: princípio da reserva legal;
- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade;
- *Nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade;
- *Nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade;
- *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade;
- *Nulla culpa sine judicio*: princípio da jurisdicionalidade;
- *Nullum judicium sine accusatione*: princípio acusatório;
- *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova;

⁶ BITTENCOURT, Roberto Cezar. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 33-34.

⁷ Idem. p. 37-38.

⁸ Idem. Ibidem.

⁹ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado – Parte Geral*. V. 1. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 80-82.

- *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório.

Os objetivos do presente trabalho impedem a análise exaustiva dos princípios. Insta apenas mencioná-los para bem identificar o modelo-limite garantista e como se contrapõe ao movimento *law and order* pregado pelo Direito Penal do Terror.

O garantismo pode ser classificado como *minimalização do sistema penal* fundamentado num sistema de penas alternativas, reconhecendo a criminalidade como um fenômeno inerente à sociedade, aceitando, portanto, a necessidade da existência de um sistema de coerção, com limites. Nada mais é do que a conclusão teórica de teorias críticas de remodelação do sistema penal.

Algumas teorias fundamentaram a evolução de um modelo epistemológico do Direito Penal garantista, especialmente quando contrapuseram a lógica positivista da retribuição e repressão.

A primeira das teorias é a da sistematização operada pelo *Programa de Marburgo* de 1882, de Von Liszt. Conhecida como *Escola Moderna Alemã*, introduziu a idéia de que o Direito Penal deveria se guiar por seu fim específico, admitindo, portanto, a fusão da criminologia crítica com a política criminal. Para Von Liszt “o Direito Penal deve apresentar uma utilidade, um efeito útil, que seja capaz de ser registrado e captado pela estatística criminal. Para ele, a pena justa é a pena necessária. Embasado nessas idéias, partiu para a forma do sistema penal alemão”¹⁰.

Posteriormente correntes como a do *tecnicismo jurídico-penal* de Arturo Rocco objetivaram resgatar o crime *como fenômeno jurídico* e não puramente sociológico. Na visão de Jiménez de Asúa, essa Escola entenderia o Direito Penal como “exposição sistemática dos princípios que regulam os conceitos de delito e de pena, e da conseqüente responsabilidade, desde um ponto de vista puramente jurídico”.¹¹

A Escola Correcionalista de Karl Roder, contemporânea da Escola Moderna Alemã, pregava uma visão reformista do Direito Penal, mas diversa daquela apresentada por Von Liszt. Os correcionistas entendiam que o fim único e exclusivo da pena seria a correção ou emenda do delinqüente. Trabalhavam a causa do delito, objetivando a análise da pessoa delinqüente, não da pena *in abstracto*¹².

Embebendo todas as evoluções apontadas, Filippo Gramática propôs na Itália, em 1945, teoria da *defesa social*, em que o Direito Penal deveria ser substituído

¹⁰ Idem. p. 92.

¹¹ Idem. p. 94.

¹² Idem. p. 95.

por um direito de defesa, cujo objetivo era adaptar o indivíduo a ordem social. Buscou-se valorizar as ciências humanas, deitar análise nos direitos do cidadão sob uma ótica humanista e criticar o sistema existente¹³.

2. OS MOVIMENTOS DE LEI E ORDEM

O fundamento do Processo Penal sob a ótica dos movimentos de Lei e Ordem encontra-se, primordialmente, na *instrumentalidade* decorrente do princípio da *necessidade*¹⁴. Nas palavras de Aury Lopes Jr., os movimentos de lei e ordem são:

“[...] a mais clara manifestação penal do modelo neoliberal. Prega[m] a supremacia estatal e legal em franco detrimento do indivíduo e de seus direitos fundamentais. O Brasil já foi contaminado por esse modelo repressivista há mais de 10 anos, quando a famigerada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/90), seguida de outras na mesma linha, marcou a entrada do sistema penal brasileiro na era da escuridão, na ideologia do repressivismo saneador”¹⁵.

Originados da ineficiência estatal em garantir eficazmente a segurança dos cidadãos, os movimentos de lei e ordem são uma expressão estereotipada, permeada pelo princípio do imediatismo contemporâneo e da “sociedade de risco”¹⁶.

Os estudiosos que se valem desses movimentos clamam ansiosamente por buscar uma resposta rápida e eficaz para diminuição do problema da criminalidade, retirando dos demais elementos existentes no cenário a importância necessária para caracterização adequada do modelo processual. São movimentos calcificados num simbolismo penal, no qual as necessidades de segurança social subjetiva (sentimento) e os interesses particulares levam à adoção de práticas exacerbadas, verdadeiro Estado Policial.

Esses movimentos (repressivistas) tiveram seu ícone máximo na política *zero tolerance* do promotor Rudolph Giuliani, capitaneada na cidade estadunidense de Nova Iorque, em meados de 1993. Basicamente, o movimento do *zero tolerance* pregava a rigorosa reprimenda a qualquer desvio de comportamento, perseguindo-o e punindo-o –expressão clara do princípio do menor esforço, perigosamente sustentado em diversas políticas sociais contemporâneas.

¹³ Idem. Ibidem.

¹⁴ Em artigos publicados na Revista *AJURIS*, nº 76, p. 208-232 e na Revista *Ibero-Americana de Ciências Penais*, nº 2, p. 11-33, da lavra do autor supracitado.

¹⁵ LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista*, artigo disponível no site <<http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>>

¹⁶ GRACIA MARTIN, Luis. *Modernización del derecho penal y derecho penal del enemigo*. Lima: IDEMSA, 2007. p. 45.

Descortinando suas facetas eufemistas-sociológicas, desvelando o caráter eminentemente punitivo do processo, pode-se afirmar que a principal característica desses movimentos é a extirpação de um suposto *mal social* que é a criminalidade. O intento de supressão vem travestido pela máxima intervenção, em violação aos princípios da *fragmentariedade* e da *subsidiariedade* do Direito Penal.

Especificamente alicerçado na punição social, o Direito Penal se torna a principal arma contra a criminalidade. A maximização de tipos penais com a ampliação da malha do sistema, na ótica dos movimentos *antigarantistas*, tornam-se medidas suficientes e *necessárias* para a consecução desse fim.

Sob a ótica do movimento *law and order*, o processo penal torna-se, de fato, expressão primeira e mais forte do aparato judicial repressivo. A instrumentalização processual é tomada num sentido completamente diferente daquele que busca garantir os direitos mínimos dos cidadãos: a lógica é invertida sob o manto do princípio *pro societatis*.

Análise simplista do atual modelo processual penal e de direito material penal brasileiro não conduz à outra conclusão senão aquela de que o sistema é eminentemente *antigarantista*. Não porque busca desconformidade com o texto constitucional pátrio. Ao revés, escora-se em fundamentos e justificações sociológicas, ideológicas e científicas que imperavam na sociedade oitocentista do Séc. XIX, e naquela subsequente do Séc. XX, mas que atualmente foram superadas. Máxime do movimento de *lei e ordem* no Brasil é a frase que estampa a bandeira pátria, na qual se pode verificar a expressão “*Ordem e Progresso*”.

Os movimentos de *lei e ordem* buscam disciplina e controle, sob o argumento axiológico de que rigidez gera segurança e segurança gera paz e harmonia. Por meio da idéia de controle-prevenção, cria-se uma gama de princípios e dispositivos mandamentais ordenadores, normas penais tipificadoras, cuja função é a delimitação da ações e atitudes do *homem-médio*. A grande questão é que a *prevenção* (tomada aqui no sentido *lato*, sem adentrar em suas especificidades, *prevenção geral* ou *específica*) pretendida pela norma penal é insuficiente, e por si só, retira a legitimidade e justificação do próprio aparato penal.

“A função de prevenção geral desempenhada pela norma penal é mínima ou inexistente. Tanto é assim, que a cada dia ocorrem mais delitos de latrocínio, extorsão mediante sequestro (agora na sua versão

“relâmpago”) e o tráfico de entorpecente cresce de forma alarmante, apenas para dar alguns poucos exemplos”.¹⁷

Acreditam os adeptos dos movimentos de lei e ordem que a repressão absoluta coíbe a prática de crimes. *Arranca-se o mal pela raiz*, como se a raiz dos crimes [fato social complexo, componente da maldade humana e integrante de toda sociedade sã¹⁸] estivesse arraigada nos criminosos, ou no estereótipo dado a eles e não no meio social, político e intelectual que os produzem.

“[...] se existe um fato cujo caráter patológico parece incontestável, é o crime. Todos os criminólogos estão de acordo sobre este ponto – quanto às sociedades, Durkheim afirma – não existe nenhuma na qual não exista uma criminalidade [...] Desta forma ao se definir o crime como uma doença social – significaria admitir que a doença não é algo accidental, mas ao contrário, deriva em certos casos da constituição fundamental do ser vivente [...]”.¹⁹

A política do *zero tolerance* nos Estados Unidos, enquanto expressão de um Direito Penal verdadeiramente voltado para o controle social²⁰, ostentou a bandeira da luta contra os mendigos, pichadores e quebradores de vidraças, membros da *macro-criminalidade*, entendida como aquela que mais atinge a sociedade.

Embora capitulada para abranger essa clientela, cuja incurssão no sistema penal é quantitativamente maior que a dos demais crimes, a experiência penal do último século demonstrou que as políticas voltadas a coibir esse *tipo de delinquência* detém um grau de afetação muito baixo, podendo ser considerada simplesmente a ponta do iceberg. Não é a expressão do problema maior.

Por outro lado, os tempos atuais em que se vê o desmantelamento do “Mensalão” e o julgamento (precursor) desses crimes de colarinho branco no Supremo Tribunal Federal apontam para a alteração do paradigma da *lei e ordem*.

Sob o estandarte do decréscimo das taxas de criminalidade, os movimentos de *lei e ordem*, com fundamentação teórica eminentemente neoliberal, foram estendidos para outras regiões do globo, atingindo a América Latina.

¹⁷ LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista*, artigo disponível no site <http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>.

¹⁸ Emile Durkheim *apud* BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à sociologia do direito penal*, 3 ed., Rio de Janeiro, 2003. p. 60-62.

¹⁹ Idem. *Ibidem*.

²⁰ PASSETTI, Edson. *Sociedade de controle e abolição da punição*. Artigo publicado na Scielo, São Paulo jul/set, 1999 vol. 13 nº 3. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000300008&script=sci_arttext.

Vera Batista bem assevera que não houve a utópica redução da criminalidade em função da repressão pormenorizada dos *macro-crimes*. O decréscimo dos crimes ocorreu em todo os Estados Unidos, fruto do complexo avanço social e econômico sofrido por aquele país em meados dos anos 90.

“É fato notório que os Estados Unidos têm vivido nas últimas décadas uma eufórica evolução econômica, com aumento da qualidade de vida e substancial decréscimo dos índices de desemprego. Nisto está a resposta para a diminuição da criminalidade: crescimento econômico, sucesso no combate ao desemprego e política educacional eficiente”.²¹

Por outro lado, Salvatore Cannata, com escorço nos dados disponibilizados pelo Departamento de Justiça Norte-Americano, relatório de 2000 a 2001, informa que houve um aumento exponencial da clientela penal lotada nos estabelecimentos prisionais:

“È un dato incontestabile che, dopo essersi mantenuto sostanzialmente costante per più di cinquanta anni, il numero di soggetti complessivamente detenuti nelle prigioni statali e federali era aumentato, dal 1972 al 1981, dell'80%, e di altrettanto nella decade '80-'90: tradotto in termini matematici, ciò significa che nel periodo 1970-1990, la popolazione carceraria statunitense complessiva è cresciuta del 160% rispetto al dato registrato all'inizio degli anni '70”²²

A prevenção penal supostamente realizada pela retribuição imediata dos crimes, fortemente defendida por esses movimentos disciplinadores do *law and order*, encontra embate científico quando se defronta com a análise específica do conceito de crime.

Justamente por se tratar de um fenômeno social complexo, cuja especificação é variável e inconstante, o processo penal assume um papel secundário, desmesurado, não contribuindo diretamente para a diminuição ou prevenção do fato social criminal. E pior, contribui para a criação de criminosos diplomados, nas chamadas universidades do crime – as penitenciárias e presídios brasileiros.

A instrumentalidade efetiva do processo, objetivando o alcace dos fins para os quais foi criado, que tem como baluarte a ressocialização, a reinserção e a reeducação do preso, nem por perto chegará a ser atingida com o modelo de sistema penal que

²¹ BATISTA, Vera Malaguti de Souza. Intolerância dez, ou a propaganda é a alma do negócio In: *Discursos Sediciosos* Ano 2, nº 4, Freitas Bastos, 1997.

²² CANNATA, Salvatore. *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*. Artigo Científico Disponível em L'Altro Diritto: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/law-ways/cannata/index.htm>> Acesso em 21 de Outubro de 2012.

possuímos. *O sistema penal está falido*. Zaffaroni²³, como outros tantos, acreditam que o único fim que poderia ser dado aos baluartes ineficazes do sistema punitivo é a motivação do direito de punir do acusador; do Estado de Direito – Estado Punitivo, tal qual ocorre nos sistemas do *law and order*.

Portanto, a ideologia do *law and order* é propaganda enganosa. É a justificação do modelo penal vigente por si só. A própria lógica de propor e negar a justificação do próprio sistema jurídico penal retira-lhe legitimidade na medida que o efetiva na prática²⁴. A tentativa de racionalização extremada do sistema leva à negação da existência de coerência interna, o que será analisado, de certa forma, quanto à questão da autofagia-autoreferência.

Daí porque movimentos alicerçados no *law and order* são expressões imediatas e eficazes para a sede de vingança do povo. E justamente porque a cidadania anda enfraquecida nas novas democracias da América Latina, nas quais o povo pouco sabe do que se trata e para que serve todo o aparato legislativo, jurídico e político do Estado, criam-se verdadeiras aberrações punitivas (penais) para legitimar o interesse individual e particular de minorias, que aos poucos se incorporam no sistema volitivo da coletividade.

Consequência básica e notória dos movimentos *law and order* é a expansão²⁵ exponencial da malha normativa penal nos ordenamentos nacionais e nas normas de direito internacional. Aumentam-se as penas, agravam-nas. Criam-se novos tipos penais, cada vez mais específicos, criminalizando-se o quotidiano da vida. Torna-se mais rigorosa a coerção, majorando-se o poder punitivo estatal e maximizando o tempo de permanência nos estabelecimentos prisionais (incremento do tempo das penas privativas de liberdade). Esta é a homenagem dos movimentos *law and order* ao ostracismo social.

Para explicarmos os motivos e fundamentos de toda a estrutura penal antigarantista, alicerçada nos movimentos de *lei e ordem*, devemos analisar alguns aspectos importantes da história e das teorias que justificam esses movimentos

²³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

²⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 17.

²⁵ PASSETTI, Idem. e também SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

repressivos, cujos resultados nos proporcionarão uma conclusão solidificada do modelo penal vigente.

3. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO ANTIGARANTISMO

Ao analisar o sistema penal brasileiro como um todo, desde sua aplicação fática até seu planejamento teórico, evidenciaremos uma característica muito peculiar que o distancia dos demais processos jurídicos existentes: a autofagia.

Quando se diz que o sistema penal é autofágico, quer-se fazer alusão aos fundamentos que proporcionam sua existência e continuidade. O sistema alimenta-se de si próprio. Ele reproduz *feedbacks* processados fora do sistema interno, alterando-os através do procedimento penal.

Primeiramente o processo busca excluir o indivíduo. Depois o rotula (*labelling*). Através dessa escolha de clientela é que o processo faz o indivíduo adentrar seu sistema (*typical input*), submetendo-o a primeira das penas, o conjunto de procedimentos. Após o término dos procedimentos, o indivíduo é submetido à *legitimatio processum*, a pena *in natura*, a restrição da liberdade. Cumprida esta, o sistema liberta o indivíduo rotulado no meio social (*output*). Uma vez rotulado e estigmatizado o indivíduo nunca voltará a ser o mesmo, retornando ao sistema, para alimentá-lo novamente. Ao fazer dos não menos delinquentes clientes assíduos do processo penal, o sistema deixa evidenciar sua segunda característica peculiar: a necrofilia.

Esse processo de autofagia penal voltado à constituição de uma clientela específica, canalizando determinados elementos e fatos essencialmente puníveis, foi tomado, em parte, por Louk Hulsman²⁶, um dos precursores do *Abolicionismo Penal*, como sendo a “cifra-negra”.

A este processo de preferência da coisa à pessoa chama-se coisificação. Há quem defina o mesmo conceito pelo neologismo *nadificação*²⁷. É a necessidade de posse, de domínio, não interessando se se trata de uma pessoa ou de um objeto. Daí se apenar de maneira mais grave os delitos contra o patrimônio. Há outra consequência para o processo de coisificação da sociedade. Insere-se a lógica da negação da vida, que leva o homem a ter um despreço em demasia pelo próximo. É a máxima do

²⁶ HULSMAN, Louk. CELIS, Jaqueline Bernart de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karan. 1 ed., Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 163-166.

²⁷ COMTE-SPONVILLE, André. *O Ser-Tempo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.18.

individualismo moderno neoliberal. Quer-se controlar a tudo e a todos. Quer-se controlar a própria vida.

“[...] o movimento da lei e ordem, em nome da liberdade acaba aprisionando; em nome da ordem pública, sacrifica o individual e estabelece o autoritarismo; em nome justiça, pratica a exclusão e a intolerância, as mais graves das injustiças”.²⁸

A coisificação inserida na sociedade é a manifestação do novo paradigma econômico-social: o neoliberalismo – modelo este que contribuirá e muito para erigir os movimentos de *lei e ordem* e, conseqüentemente, a opressão descontrolada.

Fruto da globalização e do aceleração econômico, o neoliberalismo contribuiu e contribui para difundir os movimentos de *lei e ordem*. Totalmente alheio ao keynesianismo e o solidarismo, essa nova ideologia política vem contrapor o estado de bem-estar social, que, na ótica dos pesquisadores da época, tenderia ao socialismo. Com o neoliberalismo vieram as teorias do *plea negotiation*, criando um capitalismo mais duro e eficiente, voltado ao desenvolvimento do lucro. Eis a questão. Aplicando o fenômeno da coisificação, o neoliberalismo trouxe valores antes nunca pensados, atribuindo importância única e exclusivamente para aqueles indivíduos que pudessem ter algum papel no cenário econômico, em outras palavras, atribuindo importância aos *consumidores*.

O *homo faber* deixou de ter importância. O *homo oeconomicus* passou a ter sentido social e político. Cidadãos não consumidores foram submetidos à marginalização social, tornando-se clientela do novo mecanismo de controle e segurança – o processo penal moderno. Não haveria espaço para o homem não-consumidor nesta nova sociedade. Note-se que todos estes conceitos abordados dão vazão ao enrijecimento do sistema (hermético) e é nisto que o neoliberalismo contribuirá para os *law and order movements*.

“O movimento da lei e da ordem é a representação mais clara da intolerância e da completa falta de compromisso ético e social. Afinal, na pós-modernidade neoliberal, o que interessa é proteger apenas o *homo oeconomicus* enquanto detentor e gerador de capital [...]”.²⁹

Posteriormente, a teoria da *plea negotiation* neoliberalista dará margem à criação da negociação voluntária/coercitiva penal – a chamada Justiça Negociada – que,

²⁸ LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista*, artigo disponível no site <http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>.

²⁹ Idem. *Ibidem*.

no Brasil, sob a roupagem de novo procedimento específico, foi introduzida pela Lei n. 9.099/95 com os corlários do princípio do informalismo e da celeridade processual.

4. A LÓGICA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ANTIGARANTISTA

Como dito acima, o sistema penal antigarantista calcado na máxima de repressão e no controle social é *autofágico*, hermético e autorreferencial. As duas últimas expressões, embora pareçam sinônimas, não exprimem a mesma coisa. Um sistema autorreferencial (fechado) pode ser dinâmico. Por sua vez, um sistema hermético, embora possa evoluir, não possui dinamismo no sentido de inovação. Ele nunca se torna novo na sua base, não é dinâmico.

No atual sistema processual penal o indivíduo não é escolhido pela prática de crimes, ou seja, o sistema não o absorve quando é tipificado. Vai além. O indivíduo é previamente selecionado. O indivíduo já escolhido para adentrar o processo penal deve primeiramente ser rotulado (*labelling approach*).

“[...] A lei e a ordem significa uma triste opção pela gestão penal da pobreza [...] Na síntese de ZAFFARONI, o aumento de penas abstratas oferecidas pela hipocrisia dos políticos, que não sabem o que propor, não tem espaço para propor, não sabem ou não querem modificar a realidade. Como não têm espaço para modificar a realidade, fazem o que é mais barato: leis penais [...]”³⁰ (grifos no original)

Sob a teoria que conduz e alicerça esse trabalho, Aury Lopes Jr. acompanhando o entendimento da Escola Complutense de Madri, sustenta que o não-consumidor constitui a clientela do processo penal. Em outras palavras, o primeiro dos procedimentos tomado pelo sistema é o da rotulação, o chamado *input*.

O indivíduo solto na sociedade começa a ser aprisionado a partir da rotulação, adentra o processo penal através do seu *input* (*labelling*). Uma vez rotulado, o indivíduo é submetido ao processo penal que não visa ressocializar ou reintegrar a sociedade. Os garantistas penais apontam e criticam os movimentos *law and order* afirmando que referidos sistemas antigarantistas utilizam a falácia da pena, para legitimar a punição processual. O processo é a pena. Segundo Garcia-Pablos de Molina (*apud* LOPES JR., Aury. 2006), *só por acidente a pena ressocializa*.

Este interminável apenamento dura até o momento em que o indivíduo é expelido do processo (*output*) que ocorre com o cumprimento da extensão da pena, a

³⁰ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 18.

privação da liberdade, dos direitos, etc. Nesses termos, o processo penal *antigarantista* é marcado por dois momentos distintos: um interno e outro externo.

O momento interno é dividido em dois segmentos. A pena enquanto processo, daí a explicação da (de)mora processual no trâmite legal e a pena enquanto extensão do processo (*in natura*). O marco dessa metamorfose de apenamento é o trânsito em julgado, ou mesmo, as prisões preventivas e cautelares, que antecipam cruelmente a segunda fase do cumprimento da pena.

Expelido do sistema, o indivíduo criminalizado será posto na fase externa do processo. Nela estão contidos apenas os indivíduos estigmatizados, rotulados. Lembre-se que o processo penal *antigarantista* não é dinâmico, no sentido da possibilidade de mudança dos princípios norteadores do sistema. Os indivíduos já nascem dentro do processo penal, nascem na sua fase *externa* do processo, esperando apenas o momento de serem capturados pelo *input*, momento da tipificação do delito-crime. Ela é só um momento de captura, não é um procedimento de escolha. A sociedade delimita a clientela penal por meio dos estereótipos, conjunto de fatores comuns dos indivíduos a serem marginalizados (aqui se insere a idéia do indivíduo não-consumidor).³¹

Uma vez devolvidos ao ambiente externo do sistema penal, os indivíduos são ainda mais estigmatizados. É somente uma questão de tempo até a recaptura do *input* processual, que será marcada pela inserção do *feedback* do sistema: a reincidência. A grande verdade é que os indivíduos nunca saem e nunca sairão do sistema. Esta é uma ilusão criada pelos movimentos repressivistas justamente para manter o *status quo* que pretendem preservar – a segurança jurídica e social.

Sob o pretexto da ordem social democrática, os movimentos de *lei e ordem* mantêm indivíduos encarcerados no próprio sistema jurídico penal: verdadeiro presídio sem muros do qual estão fadados a pertencer.

5. EFICIÊNCIA E EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL (ANTI)GARANTISTA

Estudada a gênese e a lógica do processo penal *antigarantista*, cabe-nos fazer uma reflexão desconstrutiva. O objetivo dos diferentes tipos de processo penal está contido na análise pormenorizada da efetividade de seu processo (repercussão

³¹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

social e tradução da aplicação efetiva do tipo penal). Por outro lado, sua razão de ser encontra-se nos meios empregados para atingir os fins pretendidos, a saber, na eficiência dos seus mecanismos³².

Coutinho³³ aponta que a eficiência é a garantia do melhor resultado. E em matéria penal, o resultado é exclusão social. O indivíduo excluído, deve ser objeto de ações que lhe apliquem o máximo apenamento, correspondente à própria declaração da exclusão jurídica. Eis aqui, novamente, o sistema autorreferencial.

Portanto, seguindo essa lógica, o processo penal se auto-justificaria à medida que exclui os próprios clientes. É a forma de satisfação do sistema autofágico.

Como se pode perceber, este raciocínio sistemático-evolutivo desvenda o significado do processo penal posto na sociedade. Não se quer ressocializar: não há pretensão efetiva de reincluir. Quer-se excluir, rotular, marginalizar, justamente porque essa é a forma pela qual o próprio sistema se mantém e se fundamenta.

Remontando à lógica do *plea negotiation*, manjedoura dos movimentos *law and order*, a discussão é travada na necessidade de tornar o sistema penal mais eficaz (exclusão) da maneira mais célere possível. Celeridade na punição, coerção no processamento de rotulação do indivíduo e efetividade na prestação jurisdicional são as soluções para implementação do sistema penal e seu aperfeiçoamento, tornando-o efetivo.

“[...] a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo. Nesse contexto, o processo deve ser rápido e eficiente. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar) [...] Não que o tempo do direito esteja completamente correto. Há muito que evoluir na comunicação dos atos processuais e na simplificação de toda complexa malha burocrática que rodeia o processo, e que parece propositalmente alimentada para esconder as deficiências materiais e pessoais do Estado. Sem dúvida que o panorama atual é caótico e exige profundas modificações, a começar pelo ingresso nos foros de uma (pequena) parcela da moderna tecnologia que temos a disposição”.³⁴

É nesse ponto que a teoria antigarantista se contradiz. Ao mesmo tempo que determina a manutenção de um processo moroso, como processo-pena, a lógica de

³² LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista*, artigo disponível no site <http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>.

³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. *Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. WUNDERLICH, Alexandre. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 139-147.

³⁴ Idem. Ibidem.

mercado neo-liberalista impõe a realização de um processo célere, gerando *risco endógeno*³⁵ ao sistema penal. É no impulso de aceleração do processo, ferindo e malbaratando direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos que exsurge teoria para combater a lógica de mercado denunciada.

“A noção de ‘segurança’ no processo (e no Direito) deve ser repensada, partindo-se da premissa de que ela está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo. O processo, enquanto ritual de reconstrução do fato histórico, é única maneira de obter uma versão aproximada do que ocorreu. Nunca será o fato, mas apenas uma aproximação ritualizada do fato”.³⁶

A eficiência antigarantista e o dever de lhe garantir maior eficácia, em resposta aos anseios sociais, assemelha-se ao processo inquisitivo.

6. DIREITO PENAL MÍNIMO – Um Sistema de Mínimas Garantias

Os movimentos de redução das penas e abolição de determinados tipos de injustos não são novos e remontam antigos tempos. Crescem na medida em que um sistema de medidas alternativas evolui e se manifestam na expressão das resistências e eliminação à pena de morte, tanto quanto à privativa de liberdade hodiernamente.³⁷

O *abolicionismo penal*, pensado na forma de teoria-gênero, oscila em vertentes *moderadas* e *radicais* (extremado). Na primeira, nem busca a maior intervenção estatal, nem sua ausência, razão pela qual logra a classificação de *minimalismo penal*. Na outra, aponta a total supressão do sistema penal, daí a classificação de *abolicismo penal* (*propriamente dito*)

“O Direito Penal deve ser aplicado, como *ultima ratio*, quando as outras soluções não forem suficientemente eficazes, sendo instrumentos alternativos de solução de conflito. Esta política procura evitar que os infratores de pequenos delitos adentrem ao presídio e assumam o papel social de delinqüente, adquirindo as atitudes de um preso habitual e desenvolvendo progressivamente a tendência

³⁵ O risco exógeno, como bem assevera Aury Lopes Jr., é proveniente da sociedade de risco na qual vivemos. É a chamada sociologia do risco defendida por Ulrich Beck.

³⁶ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 33-34.

³⁷ DOTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. 2 ed., rev., atual. e amplo. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 774.

criminosa porque, uma vez marcado com o rótulo de criminoso, ele estará estigmatizado para o resto de sua vida”.³⁸

Sob essa classificação o Garantismo Penal toma posição de teoria *minimalista penal*, mesmo porque cria fórmula (modelo-limite) para implementação de uma Política Penal que ainda mantém, de forma latente, tipos penais e normas criminalizadoras.

Este movimento de Política Criminal foi criado porque o Sistema Penal não é capaz de cumprir suas finalidades teóricas, devendo ser substituído. A prevenção e a ressocialização do preso à medida que falham na sociedade, demandam a criação de nova teoria que justifique o modelo instituído ou proponha modelo alternativo. De um lado os movimentos do *law and order* clamando por um maior número de penas a serem criminalizadas, um aumento dessas penas, um endurecimento das regras da execução penal e uma maior coerção dos macro-crimes e, do outro lado, a realidade social que denuncia a insuficiência e não concretude do próprio sistema imposto.

Evidente que a proposta dos movimentos antigarantistas é impossível de ser realizada. A esse respeito, Garcia-Pablo de Molina expõe:

“O controle social penal tem umas limitações estruturais inerentes à sua própria, de modo que não é possível exacerbar indefinidamente sua efetividade para melhorar, de forma progressiva, seu rendimento. A prevenção eficaz do crime não deve se limitar ao aperfeiçoamento das estratégias e mecanismos do controle social. Com razão dizia Jeffery: *mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões, significa mais presos, porém não necessariamente menos delitos*. A eficaz prevenção do crime não depende tanto da maior efetividade do controle social formal, senão da melhor integração ou sincronização do controle social formal e informal”.³⁹

Nesse cenário, em meio às reformas processuais penais e de direito material penal, faz-se imperiosa a adoção de um modelo de Direito Penal Mínimo que busque constitucionalizar o processo penal. Não se admite no *Garantismo Penal* qualquer tipo de imposição de pena pela mera retribuição e sob a pretensão de incursão de uma massa predeterminada de *clientes* no sistema.

Aliás, poder-se-ia dizer que o modelo garantista do Direito Penal não é autofágico na medida que não referencia a si próprio e não traz consigo a justificativa

³⁸ CARDOSO, Lillian Cláudia de Souza. *Lei e Ordem – “A Máscara de Ferro” que Agrava os Erros do Sistema Penal*. Disponível em: <http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=87> Acesso em 14 de Setembro 2007.

³⁹ MOLINA apud LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 34-35

racionalista exacerbada do modelo neoretributivista, apontada por Zaffaroni. Necessária é a produção primária do tipo penal, sem caracterizá-la como resposta aos impérios da mídia. Essa é a melhor forma de cumprir o princípio da anterioridade, cuja função é reger a proibição e a punição.

Analizando sob outra perspectiva, poderíamos dizer que a necessidade de proibir condutas e puni-las, caso infrinjam o sistema, somente pode existir através do tipo penal anteriormente criado, editado, promulgado e vigente.

Neste modelo de Garantismo Penal busca-se a proteção do indivíduo e dos terceiros que possam ser atingidos pelo suposto delito praticado. A imposição da pena somente é justificada através da produção dos efeitos da conduta, externos e materiais. Além disso, o autor deve ser imputável e culpável.

No modelo de Sistema Penal Mínimo quer-se garantir a prova empírica, a imparcialidade do juiz quando da tomada de diligências acusatórias durante o curso dos procedimentos, o contraditório e a ampla defesa (entendida em sua amplitude). A chave para alcançarmos tudo isso é atribuímos instrumentalidade ao processo. O defeito do modelo vigente é a carência de instrumentalidade, entendida como meio, ou seja, a falta de eficiência no instrumento processual adequado.⁴⁰

Quando o processo é instrumental, torna-se meio de realização do direito penal material, vale dizer, torna viável a aplicação da pena e funciona como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais. Carecendo dessa instrumentalidade mínima, o processo penal torna-se patológico, discriminador, antigarantista.

A lógica da constitucionalização de um direito penal e processual penal repudia um movimento meramente repressivo, como de fato é o movimento de *lei e ordem* no qual figurem como protagonistas um Direito-Pai, muito menos um Legislador-Espírito, sequer um Juiz-Santo. Busca-se, com o movimento Político Criminal do Sistema Penal Mínimo, um Direito Promovedor, Alentador, não provedor, mas filantropo em sua essência. Isto porque o Direito não deve proporcionar tudo ao indivíduo. Deve dar-lhe meios para consecução.

Um direito que busque penas proporcionais, que tenha como norte a justiça. Um direito que almeje a limitação, a amenização do sofrimento e dos riscos do Processo Penal (tanto endógenos, quanto exógenos). A letra da Lei como limite à dominação e

⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instru...* Idem.

não enquanto cartilha para a Dominação do Povo. Direitos Processuais não como mera expectativa de poderes e permissões; não como direitos facultativos, mas sim como direitos concretos. Em suma, um Processo Penal que tenha como baluarte a Democracia e a Constituição na valorização do indivíduo.

Eis a quebra do paradigma regulador do Direito. Ao refutarmos o modelo antigarantista e possibilitarmos a aparição de garantias e direitos constitucionalmente assegurados no sistema punitivo, estamos quebrando o paradigma da (auto)regulação do direito penal, quebramos sua característica hermética, libertando toda a clientela penal.

Mas não basta apenas refutarmos essa última característica. Não há como, operando através de reformas, transformar algo solidificado sob argumentos e princípios totalitaristas numa carta de direitos constitucionais. Não há como partirmos de um modelo de sistema processual fascista-totalitário, reformando-o, e chegarmos num modelo de sistema processual garantista constitucional.

Deve-se erigir um novo modelo. E quando se fala em modelo de sistema penal não nos referimos especificamente às leis processuais penais. Não pretendemos somente editar um novo código processual penal. A mudança de modelo não deve existir apenas no plano legislativo-normativo. A quebra do paradigma do *Direito Regulador* deve ser promovida na cultura jurídica dos operadores do direito, isso é, dentro da cabeça de cada jurista acostumado com o *law and order* antigarantista.

“Mas não basta isso, o mais difícil é a interiorização de processo de constitucionalização. A baixa constitucionalidade é, acima de tudo, psíquica [...] O interessante é que a baixa eficácia da Constituição é um fenômeno localizado, setorial, fruto das diversas dimensões do dirigismo constitucional brasileiro. Não existe uma dinâmica única no que se refere à efetivação das normas constitucionais”.⁴¹

Em contraposição à Ferrajoli⁴², o problema do sistema penal não residiria especificamente em atribuir um fim coerente ao processo. O fim já está posto; o fim é garantista. O empecilho entre a verdadeira efetividade do processo está no desvirtuamento da sua eficiência. Os modelos repressivistas do *law and order* desnaturaram os meios (a eficiência), ou seja, o procedimento, para torná-lo efetivo. *O problema está na eficiência do processo penal, que hodiernamente transfigura-se como*

⁴¹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 44.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andréa Greppi. Madri, Trotta, 1999. p. 28-29.

pressuposto da efetividade dos mecanismos normativos. Como se manter o criminoso encarcerado o maior tempo possível fosse efetivar uma Política Criminal na íntegra.

7. TEORIAS CONTEMPORÂNEAS AO GARANTISMO PENAL

A profusão das críticas ao modelo penal positivista e as reações operadas após a Segunda Grande Guerra Mundial promoveram a proliferação de inúmeras teorias críticas ao modelo criminal existente. A pretensão do presente trabalho não é esgotar a matéria. Nesse sentido, apresentaremos de forma sucinta algumas delas.

O *Funcionalismo Penal* originado em meados da década de 70 na Alemanha, cujo precursor foi Claus Roxin (da Escola de Munique) e Günther Jakobs (Escola de Bonn) pregavam o abandono do tecnicismo jurídico possibilitando ao Direito Penal o desempenho de sua efetiva função que é o de mantenedor da paz social e aplicador da política criminal⁴³.

Em sua vertente *radical*, o *funcionalismo sistêmico*, escorado na pretensão de punição do sujeito que descumpre sua função na sociedade, exaltando a autoridade da lei penal cujo reforço somente ocorreria com a sua rígida aplicação, permite o desenvolvimento da *Teoria do Direito Penal do Inimigo*.

O Direito Penal de Intervenção de Winfried Hassemer aponta, em modelo que não se contrapõe ao princípio da intervenção mínima, a necessidade de dar uma resposta satisfatória para a criminalidade com a concentração das ações no núcleo essencial do Direito Penal, especificamente, nas lesões de bens jurídicos, com tratamento especial aos bens jurídicos *universais*.⁴⁴. O autor propõe a criação de um novo sistema interventor que se diferencia do sistema penal, cujo objetivo seria o tratamento de crimes específicos.

Sob a ótica da *Teoria das Velocidades do Direito Penal*, Jesús-Maria Silva Sánchez propõe um Direito Penal moderno que, em sua unidade, conteria dois grandes blocos distintos: 1) infrações penais com cominação de pena de prisão; 2) infração penais com cominações de outros tipos de sanções penais. Contrapõe-se ao modelo do *Direito Penal de Intervenção* de Hassemer porque mantém a natureza penal de todos os ilícitos. O termo *velocidades* derivaria da idéia de que, subdividindo os ilícitos e seu

⁴³ MASSON, op. cit. p. 82-85.

⁴⁴ MASSON, op. cit. p. 88-90.

tratamento, a resposta à criminalidade quanto aos crimes de menor potencial ofensivo e crimes apenados com pena privativa de liberdade seria absolutamente diferente⁴⁵.

Uma terceira vertente moderna para as teorias do Direito Penal é a Teoria do *Direito Penal do Inimigo*, desenvolvida por Günther Jakobs na Universidade de Bonn. Dentro dessa teoria, o indivíduo que afronta a estrutura do Estado e desestabiliza a ordem nega a condição de cidadão e, por consequência, todas as garantias que lhe são inerentes⁴⁶.

É teoria oposta, em parte, ao garantismo penal aqui estudado, uma vez que defende um legítimo Direito Penal do autor, rotulando indivíduos e colocando-os em evidência. A teoria do *Direito Penal do Inimigo*, portanto, figura como a atual e mais contemporânea faceta dos movimentos antigarantistas como os do *law and order*.

8. CONCLUSÃO

O jurista da modernidade deve buscar dar vazão à constitucionalização das normas dos Códigos, num verdadeiro movimento vertical de fundamentação hierárquica das regras e princípios.

Adotando uma Constituição Social, o Brasil erigiu a idéia de que o *ser* está acima do *ter*, impedindo a adoção de teorias que justificam a intervenção penal simplesmente para repressão e satisfação da comoção pessoal e do público (midiática).

Uma proposta *garantista*, não só identificando as invalidades substanciais do sistema penal frente às normas da Constituição, mas lutando contra os movimentos repressivistas e antigarantistas é o que melhor se adapta à evolução jurídica brasileira.

As normas processuais penais deveriam guardar correlação com a garantia de direitos constitucionais fundamentais e não servir de instrumento para um processo-pena (instrumentalidade do sistema antigarantista).

Não é o mero cacete do policial que desfere o estereótipo da *clientela penal*. Não é o último remédio curativo, *a pena*, que revela a finalidade do processo. *Reprimir* não pode ser começo, princípio e fim da instauração judicial de um processo penal.

Pretende-se aqui a defesa da instrumentalidade efetiva e verdadeira do Processo Penal sob a ótica do Garantismo Penal, mesmo porque que esta é a razão

⁴⁵ MASSON, op. cit. p. 90-91.

⁴⁶ MASSON, op. cit. p. 92-93.

básica de sua existência. Um processo não-instrumental viola os princípios mais comezinhos dos cidadãos; é natimorto e só poderá ser concebido enquanto pena, enquanto fim da coerção punitiva estatal. Estampada aqui a máxima do neo-retributismo.

Ao final, erigir um sistema penal minimalista é aceitar o fato de que o Direito Penal não é *ratio* para apenar o cidadão, mas para efetivamente libertá-lo.

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à sociologia do direito penal*, 3 ed., Rio de Janeiro, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti de Souza. Intolerância dez, ou a propaganda é a alma do negócio. In: *Discursos Sediciosos* Ano 2, nº 4, Freitas Bastos, 1997.

BITTENCOURT, Roberto Cezar. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CANNATA, Salvatore. *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*. Artigo Científico Disponível em L'Altro Diritto: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/law-ways/cannata/index.htm>> Acesso em 21 de Outubro de 2012.

CARDOSO, Lílían Cláudia de Souza. *Lei e Ordem – A Máscara de Ferro que Agrava os Erros do Sistema Penal*, Disponível em:
<http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=87> Acesso em 14 de Setembro 2007.

COMTE-SPONVILLE, André. *O Ser-Tempo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais*. In: *Escritos de Direito e Processo Penal*.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. 2 ed., rev., atual. e amplo. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRACIA MARTIN, Luis. *Modernizacion del derecho penal y derecho penal del enemigo*. Lima: IDEMSA, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andréa Greppi. Madri, Trotta, 1999.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jaqueline Bernart de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karan. 1 ed., Rio de Janeiro: Luam, 1993.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Española Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. Revista *AJURIS*, nº 76, p. 208-232 e na Revista *Ibero-Americana de Ciências Penais*, nº 2, p. 11-33.

_____. *In Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista*, Disponível em: <http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>. Acesso em 13 de Setembro de 2007.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado – Parte Geral*. V. 1. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

PASSETTI, Edson. *Sociedade de controle e abolição da punição*. Artigo publicado na Scielo, São Paulo jul/set, 1999 vol. 13 nº 3. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-883919990003000008&script=sci_arttext. Acesso em: 21 de Outubro de 2012.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5 ed., Rio de Janeiro; Revan, 2001.

AS PEDAGOGIAS E A PRISÃO

NATHANAEL ROCHA. Advogado e mestrando em Educação em Regime Especial pela UNIVILLE.

RESUMO

O texto aborda as pedagogias e a prisão, levantando as questões da pedagogia da prisão (decorrente do ordenamento disciplinar da instituição penal), a pedagogia da educação (decorrente do ensino formal), e a pedagogia da prisionização (decorrente da rotina dos detentos), fazendo um diagnóstico da situação do cárcere no país e apontando a necessidade de mudanças no sistema de política criminal nacional, bem como, na necessidade da implantação de projeto educacional que possa significar uma intervenção pedagógica transformadora na vida dos indivíduos presos.

Palavras chave: Pedagogia-Educação-Prisão

As pedagogias e a prisão

A vida em sociedade exige a implementação de regras previamente estabelecidas que determinem limites para o comportamento humano. Esta estrutura é arquitetada pelo estabelecimento daquilo que Bourdon e Bourricaud, em seu dicionário crítico de sociologia, chamam de controle social que são “os recursos materiais e simbólicos de que uma sociedade dispõe para assegurar a conformidade de comportamento de seus membros a um conjunto de regras e princípios prescritos e sancionados”.

Na realidade, o poder político de uma sociedade projetada para estabelecer a igualdade, a liberdade, e a paz de seus entes, tem também seus objetivos espúrios, como a imposição subliminar da supremacia do interesse das classes dominantes. Desta forma, aquilo que deveria ser a busca do bem estar de todas as pessoas, através de políticas públicas, nem sempre tem como destinatário final o conjunto da sociedade.

Nesta esteira, é oportuno destacarmos a instigação suscitada por Atílio Borón,

“Até que ponto a plena democratização do estado capitalista é capaz de superar o hiato entre a igualdade “celestial” que proclama o regime político e a desigualdade material que reproduzem incessantemente as relações burguesas de produção?”.

No entendimento de Atílio Boron,

”os avanços políticos da década de 80 em todo o mundo, não podem deixar de ser reconhecidos. No entanto, há uma relação estreita desses momentos a um paradoxo que revela acentuada piora nas condições de vida das grandes majorias nacionais. A aspiração de integrar social e politicamente as massas se deparou com políticas de ajuste que exclui e marginaliza grandes setores sociais, dando lugar a uma verdadeira apartheid econômico e social”.

Para Boron, é neste cenário que se forja o capitalismo selvagem, onde políticas de Estado, se prestam a atender preferencialmente aqueles que detêm poder econômico e a oprimir aqueles que nada têm, criando um abismo intransponível entre ambos.

Esta distancia entre aqueles que têm muito, e outros que não têm nada, cria um espectro social de pessoas excluídas da sociedade, que para satisfação de suas necessidades, são forçadas a aderir à marginalidade como meio de vida.

É quando surge um dos maiores problemas da sociedade contemporânea, a violência urbana, materializada através da prática de conduta típica, antijurídica e culpável, prevista pelo ordenamento jurídico do Estado. Para aqueles que detêm maioridade criminal, ou seja, estão acima dos 18 anos, há a previsão de pena hierarquizada de acordo com a gravidade do ilícito cometido, sendo a mais gravosa, a pena de privação de liberdade, prevista pelo Código Penal e também em Leis Especiais. Quando esta mesma situação típica e antijurídica é perpetrada por pessoa que se encontra na faixa etária dos 12 aos 18 anos incompletos, não há a tipificação da culpabilidade, deixando de materializar conduta criminosa, tratando-se neste caso, de ato infracional, previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente¹.

A PRISÃO

¹ Para o Código Penal Brasileiro, o menor de 18 anos não tem discernimento psicológico para entender o caráter ilícito da ação Criminal e em razão disto é inimputável, respondendo apenas dentro daquilo que é prescrito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem regras especiais.

A lei de Execuções Penais traça como finalidades principais da pena, o castigo e a recuperação do sentenciado. O castigo se materializa pelo cerceamento da liberdade, tendo o apenado que viver dentro de espaço físico delimitado pelos muros da unidade carcerária, sem a possibilidade de convívio exterior, pelo prazo determinado por sentença judicial. Já a ideia da recuperação ou ressocialização, deverá ser administrada também dentro daquele espaço físico, com a previsão de políticas pedagógicas que possibilitem ensinamentos eficazes para a recuperação do sentenciado, visando sua plena capacitação para o devido exercício da cidadania e da sua reinserção social.

Destaco ainda que a pena tem também o objetivo de dar exemplo a toda a sociedade. Seria como se a punição de quem delinque, fosse um aviso aos demais, tentando dissuadi-los do cometimento de infrações, com o objetivo da prevenção criminal.

No entanto, no cenário em que se encontram as instituições carcerárias no Brasil, há uma triste constatação de que os objetivos previstos com a execução da pena, não estão sendo alcançados. Daí se falar em falência do sistema, e em fracasso, conforme Foucault.

”Vamos admitir que a lei se destinasse a definir infrações, que o aparelho penal tenha como função reduzi-las, e que a prisão seja o instrumento dessa repressão, então temos que passar um atestado de fracasso”.

Não há presídios em número suficiente e que possam atender à demanda nacional, situação retratada pela superlotação do sistema carcerário que convive com o déficit na ordem de 200 mil vagas, com ocupação 66% superior ao número disponibilizado.

Relatório do Ministério da Justiça aponta o número de 473.626 presos em todo o país², com a grande supremacia de integrantes do sexo masculino. A estatística revela ainda que o crime mais praticado é o roubo, com 121.611. A segunda maior causa de prisão é o tráfico de drogas, com 59.447, com o furto sendo o motivo da prisão de 56.933, e o homicídio levando à prisão 46.363, além de outros tipos de delitos (Fonte INFOPEN/Ministério da Justiça).

² É interessante destacar que cabe a cada um dos Estados da Federação a competência sobre a lei de Execuções Penais, não só para a administração, mas também para a construção de estabelecimentos penais, cabendo ao Ministério da Justiça, unicamente a centralização de dados estatísticos sobre a criminalidade no país.

Constata-se em todos os diagnósticos da população carcerária nacional, que sua composição é feita preponderantemente de pobres e negros, indicação esta que segundo pesquisadores, estaria revelando a própria gênese sociológica brasileira.

Dados também reveladores daquilo que podemos chamar de exclusão social, dão conta de que 270.000 presos são analfabetos, apenas alfabetizados ou com ensino fundamental incompleto, e estão na faixa etária entre 18 e 29 anos de idade.

A desproporção entre o número de presos e o número de vagas oferecidas pelo sistema penitenciário, torna ainda mais difícil a missão da efetividade do ordenamento legal, que define a punição e a recuperação como metas. A punição acaba sendo mais gravosa do que a própria sentença criminal, que estabelece como pena principal, exclusivamente privação de liberdade, e não tratamento indigno ou desumano.

A educação forjada no sofrimento decorrente da privação da liberdade, mas com respeito a todos os demais direitos inerentes a condição de ser humano, já seria o suficiente para penalizá-lo. Aliás, o termo penitenciária vem de penitência, que significa volta para si mesmo, onde o indivíduo mediante isolamento deveria reconhecer seu erro e arrepender-se do que fez.

No entanto o que ocorre na prática é um castigo que exacerba a pena imposta pelo juiz sentenciante, o que é ilegal, injusto e ineficaz, ou como leciona Foucault, "uma educação pelo avesso", o que traz como resultado a cruel realidade de que dois em cada três prisioneiros libertados voltem para a prisão dentro de um período de até três anos.

Esta altíssima taxa de reincidência, por si só, já comprova a necessidade urgente da reforma de toda a sistemática da política de repressão criminal no país.

Também nos quesitos recuperação e ressocialização do apenado, não há no momento campo propício para o cumprimento dos objetivos, pois os presos são amontoados em cubículos minúsculos e superlotados, fétidos e sem aeração, passando o tempo em ociosidade absoluta, sem desempenhar nenhuma atividade de qualquer espécie.

Os números revelados são nacionais, mas os problemas não são diferentes na grande maioria dos países. Tanto isso é verdade que a ONU, demonstrando extrema preocupação com a

condição da preservação dos direitos humanos nos presídios em todo o mundo, exige cumprimento pelas nações, de regras mínimas para o tratamento de prisioneiros.

Dentro destas orientações da Organização das Nações Unidas, é básico que cada preso deva ter no mínimo 6 metros quadrados de espaço em seu ambiente de reclusão, e há situações no nosso sistema carcerário, de cubículos com 49 presos. Neste caso, os presos tem que praticar a técnica do revezamento para uso da cama, a fim de que todos possam em algum momento, dormir.

Na realidade, o Estado é tutor do indivíduo encarcerado, e como tal deve dar garantias à sua incolumidade física, psíquica e moral, e não o fazendo, estará passível de responsabilidade civil.

Aliás, a legislação brasileira é farta quando o assunto são os direitos dos presos; como a Constituição Federal, o Código Penal, a lei de Execuções Penais. O Código Penal em seu art.38 estabelece: "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade". A lei de Execuções Penais, em seu art.3º, é também clara, quando dispõe que: "Ao condenado e ao internado são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei".

O princípio da igualdade entre as pessoas não permite diferenças de tratamento, a não ser por imposição legal. A partir da constituição de 1988, o Brasil alcançou a plenitude da democracia com o estabelecimento do Estado de direito, o que significa dizer que o preso, apesar da privação de liberdade, mantém a condição de ser sujeito de direitos.

No entanto, a visão que se tem de uma pessoa presa é aquela que a destitui de todo o direito, considerando-a um escárnio social. Portanto não teria que ter acesso a direitos concedidos às pessoas de bem.

Há certa hipocrisia da sociedade, pois convive com este cenário trágico, como se o problema não existisse. Na realidade os agentes políticos não querem mudar este sistema, pois na condição de representantes do povo eleitor, sentem que a sociedade quer mesmo é ser cruel com aquele delinquente que em algum momento afrontou e vilipendiou seus direitos ou de seus iguais. A pena da forma como é imposta, é a reação coletiva, com o objetivo de reforçar

a solidariedade entre todos os membros da sociedade, consistindo em uma prática de dominação, conforme Durkheim.

AS PEDAGOGIAS

É oportuno destacar que a educação é inerente aos direitos subjetivos do cidadão brasileiro, o que vale dizer da inafastabilidade de sua pretensão e exigência, mesmo àqueles que estejam em cumprimento de pena de cerceamento de liberdade.

Antes mesmo da Pedagogia da educação, o estigma da condição de indivíduo preso é forjado no dia-a-dia de sua reclusão, através do aparecimento de uma cultura própria e leis próprias, ou aquilo que os estudiosos da criminologia designam como prisionização, que para Zafaroni,

“é um processo de deterioração que aumenta a vulnerabilidade do sujeito. Um processo pelo qual o indivíduo vai assumindo os influxos perniciosos da prisão que o potencializam para o crime, que o acomodam à vida carcerária e que o distanciam dos valores e padrões sociais normais”.

Especialistas em matéria de segurança pública costumam dizer que as penitenciárias são as universidades do crime. Aliás, a frase é a maior expressão da realidade. Ocorre que em meio à já referida superlotação, e à falta de critérios na seleção e distribuição de presos, os reclusos primários, acabam dividindo cubículos com detentos reincidentes e com muito maior grau de periculosidade, o que ajuda a difundir a cultura do crime entre os recém- chegados.

Este é um campo fértil para o aparecimento de organizações criminosas, que comandam o crime a partir do interior das prisões, com atividades nas grandes cidades.

O contra ponto a este processo compulsório de prisionização do indivíduo recluso, seria o investimento do Estado repressor em uma política de Educação com Pedagogia Social. Uma educação como libertação dos oprimidos. O social se refere à adoção da dialética como possibilidade técnica de sustentação dessa pedagogia, para que seja continuamente uma práxis pedagógica a serviço da humanização das pessoas excluídas e de todo o coletivo social.

No entanto o que está faltando é a efetividade das leis. Neste ponto, quero destacar o fato de que não só a execução da pena está deixando de atender a mandamento legal³, implantando sistema educacional formal, seguindo o modelo oficial das redes de ensino, mas também e especialmente, a pena nas condições em que é executada, deixa de produzir no sentenciado o efeito da pedagogia do cárcere, como diz Foucault:

“Daí ser possível dizer que o poder de punir, em sua função, se assemelha ao de educar. O que os dois fazem no exercício de suas funções específicas é controlar, é vigiar, buscando a transformação dos indivíduos, a correção de suas falhas e desvios, a melhora de seus comportamentos, a retífica de suas condutas”. Este é o ideal dentro da verdadeira filosofia da correção penal, ou ainda da pedagogia da prisão.

Neste sentido, O Estado quando pune, deve estar punindo bem, dentro de critérios científicos, educativos e pedagógicos, com respeito aos mandamentos legais e disciplinares da instituição penal, a fim de efetivamente contribuir para a transformação daquela pessoa presa, em um novo indivíduo.

Em sua pedagogia da autonomia, quando manifesta convicção de que a mudança é possível, Paulo Freire nos empolga quando revela a necessidade,

“Da resistência que nos preserva vivos, na compreensão do futuro como problema e na vocação para ser mais, como expressão da natureza humana m processo de estar sendo, fundamentos para a nossa rebeldia e não para a nossa resignação em face das ofensas que nos destroem o ser. Não é na resignação, mas na rebeldia em face das injustiças que nos afirmamos (Freire, 1997, p.87).

Ao longo deste trabalho, tentamos demonstrar três pontos correlatos; a pedagogia da prisão, a pedagogia da prisionização e a pedagogia na prisão. Esta última trata-se da educação legal e formal,

“praticada no interior do estabelecimento prisional visando escolarizar, formar e qualificar pessoas em estabelecimentos penais, temporariamente encarceradas para que, depois que cumpram o tempo de privação da liberdade, possam reinserir-se com dignidade no mundo

³ Resolução nº2, de 19 de maio de 2010, dispõe sobre as diretrizes Nacionais para a oferta de Educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade em estabelecimentos penais.

social e do trabalho, já que estas pessoas, em sua maioria, têm baixa ou nenhuma escolarização”. (Antônio Pereira)

Conforme Julião,

“Além dos benefícios da instrução escolar, o preso pode vir a participar de um processo de modificação capaz de melhorar sua visão do mundo, contribuindo para a formação do senso crítico, principalmente resultando no entendimento do valor da liberdade e melhorando o comportamento na vida carcerária”. (Julião, 2010, p.3)

Neste sentido, o educador deve incorporar teorias educativas e pedagógicas críticas, para que o fazer educativo esteja comprometido com a libertação, à humanização e a ressocialização dos adultos presos.

Para o educador e discípulo de Freire, Moacir Gadotti,

“Quando dos debates acerca de uma justiça social, não mais se discute se a educação é ou não necessária, de maneira que, sua importância no sentido da conquista da liberdade de cada indivíduo face aos processos de exclusão social, do preparo para a cidadania, do resgate da autonomia, do próprio desenvolvimento e da sobrevivência do ser humano, parece óbvia” (Gadotti, 2009, p.14-17).

Em documento elaborado em 1957, as Nações Unidas (ONU), entidade com a nobre missão de ser a fiscalizadora do cumprimento dos direitos inerentes à condição humana em todo o mundo, através da resolução 663, em sua regra mínima de Nº 77.1, orienta que,

serão tomadas medidas para melhorar a educação de todos os presos em condições de aproveitá-la, incluindo instrução religiosa nos países em que isso for possível. A Educação de analfabetos e presos jovens será obrigatória, prestando-lhe a administração, especial atenção”.

O mesmo documento enfatiza ainda que:

“Cada estabelecimento prisional deverá ser dotado de uma biblioteca, devendo os apenados ser estimulados a utilizá-la, e que os Estados deverão adotar medidas para melhorar a educação de todos os indivíduos privados de liberdade, de forma integrada aos sistemas educacionais de cada país, para que após a libertação, a continuidade do sistema seja facilitada”.

A Constituição brasileira prescreve em seu artigo 205:

“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O art.17 da lei de execução penal determina que “a assistência educacional compreenderá a instrução profissional do preso e do internado”.

Derradeiramente é oportuno destacar que o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 341 estabelecendo a remição da pena, também para casos em razão de estudos, aos moldes do que já vinha acontecendo há muito tempo em relação ao desempenho de atividade laboral, nos seguintes termos:

“a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução da pena” o que significa dizer que a cada 12 horas de frequência escolar divididas no mínimo em 3 dias, o apenado terá um dia a menos para cumprimento de sua condenação. Estas atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino à distância, e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

A atividade de educação formal em estabelecimentos penais no Brasil se enquadra na modalidade de educação para jovens e adultos. O ensino fundamental para adultos é competência concorrente de Estados e Municípios, no entanto, o Estado, pelo princípio da prevenção, deverá absorver a competência sobre a matéria, adotando e implantando medidas pedagógicas educativas formais em prisões no Estado de Santa Catarina. Em complemento, a resolução do problema abordado pelo presente artigo, passa necessariamente ainda por uma intervenção do poder estatal no interior dos estabelecimentos penais, nos processos aqui referidos como pedagogia da prisão e pedagogia da prisionização, objetivando a transformação integral do preso, através de sua recuperação e ressocialização.

A (I)LEGALIDADE DO RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO AO ECAD, A TÍTULO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS, EM FESTAS ÍNTIMAS.

FÁBIO LUCIANO CHAVES. Acadêmico do 10º semestre do curso de Direito do IST/SOCIESC.

RESUMO

O presente trabalho visa comparar as decisões contrárias ao recolhimento de contribuição, a título de proteção aos direitos autorais, em festas íntimas, tais como em casamentos, em favor dos nubentes. As decisões usaram como interpretação a Lei 9.610 de 1998, e para tanto deram nova margem para atuação do direito, uma vez que o órgão ECAD, posiciona-se a favor da cobrança com fulcro na mesma Lei. Dessa forma, pretende-se ao final esclarecer a suposta (i)legalidade na cobrança desta contribuição, uma vez que impacta diretamente na economia com a expansão deste mercado.

Palavras-chave: Contribuição. ECAD. Direitos Autorais. Casamento.

The (il)legality of the payment of contribution to ECAD (the brazilian RIAA), by way of copyright protection in intimate parties.

Abstract: *This paper aims to compare the decisions against the collection of contributions, by way of copyright protection in intimate parties such as weddings, in favor of the intending spouses. This decisions interpreted the Federal Law 9610 of 1998, and gave new scope for action of the law, since the ECAD (the brazilian RIAA) body, stands for the legality of payment based on the same law. It is intended to clarify the alleged (il)legality of this contribution, since it directly impacts the economy with the expansion of this market.*

Keywords: *Contribution. ECAD (the brazilian RIAA). Copyright. Marriage.*

Introdução

Festas e celebrações estão inseridas na cultura do homem moderno, e em se tratando de festas matrimoniais estão presentes desde a proclamação do cristianismo na sociedade antiga como oficialização do casamento, executado pela Santa Igreja Católica, num ritual cristão que se mantém – respeitados os avanços da sociedade – até a atualidade.

No Brasil, o mercado das festas e celebrações arrecada capital suficiente para gerar uma economia própria, cercada de diversas empresas especializadas no assunto, acirrando a concorrência. Estima-se que no ano de 2011 o mercado de casamentos movimentou no país cerca de 12 bilhões de reais, de acordo com pesquisa realizada pela Associação dos Profissionais, Serviços para Casamento e Eventos Sociais, a Abrafesta (FOLHA DO ESTADO, 2012).

Com o mercado aquecido, a procura intensa de nubentes e as diversas formas de se inovar nas celebrações, urge esclarecer, no entanto, a (i)legalidade da cobrança de contribuição feita ao ECAD, nos casos de festas íntimas, quando se pretende proteger direitos autorais das músicas reproduzidas em tais eventos.

O presente artigo visa, portanto, analisar a relação entre os direitos autorais e a efetiva cobrança desse tributo, sem discorrer na esfera tributária, que não é objeto de estudo pretendido, mas exclusivamente analisar a cobrança realizada pelo ECAD em comparação com julgados que a contrapõe, esclarecendo por fim o entendimento derradeiro.

Para tanto, faz-se necessária análise do instituto ECAD, a previsão legal por ele defendida, bem como os pontos controversos nos casos jurisprudenciais. Posto isso, e restando cristalino, por fim, haverá margem para discorrer sobre a suposta (i)legalidade na cobrança.

Do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD e da previsão legal para cobrança

Inicialmente, cumpre destacar qual a função e estrutura do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, o ECAD, que, criado pela Lei 5.988/73 e previsto na Lei posterior 9.610/98, esta última, a famigerada Lei de Direitos Autorais, trouxe um novo conceito de fiscalização e defesa dos direitos autorais nos meios musicais e fonológicos,

uma vez que sua função essencial é arrecadar a contribuição a que diz respeito os direitos autorais e repassar o montante às associações que lhe compõe.

Segundo Eliane Y. Abrão, “o ECAD, trata-se de um colegiado composto pelos representantes das associações de titulares de direitos autorais e conexos sobre obras musicais e fonogramas, com autonomia administrativa, corpo de funcionários próprio, que inclui cadastradores de usuários e fiscais.” (ABRÃO, 2002, p. 91).

A Lei de Direitos Autorais, em seu art. 99, dispõe sobre a formação do ECAD, bem como sua função, da seguinte forma, *in verbis*:

Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais. (Grifei).

Depreende-se da interpretação legal, o entendimento de que associações formarão o ECAD e que de tal maneira, de modo organizado a instituição fará a cobrança da contribuição, resguardando os direitos autorais dos associados mediante tal recolhimento. De fato, a referida estrutura positivada condiz com a realidade. Tal previsão legal, portanto, visa criar e estruturar o ECAD, com objetivo essencial de arrecadar a contribuição nos casos de reprodução das obras protegidas.

Ressalta-se ainda, o previsto no parágrafo primeiro do artigo supracitado, senão vejamos:

§ 1º O escritório central organizado na forma prevista neste artigo não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado pelas associações que o integrem.

Dessa forma, entende-se que, ainda que obtenha lucro com a arrecadação da contribuição referente à proteção dos direitos autorais, o ECAD usará tal montante, apenas e tão somente para sua manutenção, pois, trata-se de uma entidade sem fins lucrativos.

Em sua organização, o ECAD prevê que “todos os valores arrecadados pelo órgão são distribuídos de acordo com os critérios definidos pelas associações musicais que o compõem, baseados nos critérios adotados mundialmente.” (ECAD, 2012).

Ato contínuo, esclarece que “do total arrecadado, 17% são destinados ao ECAD e 7,5% às associações, para administração de suas despesas operacionais. Os 75,5% restantes são repassados para seus titulares filiados.” (ECAD, 2012). Deste modo, é

feita a distribuição do lucro até chegar ao profissional, seja ele o autor, compositor ou intérprete do bem tutelado.

Em essência, a Lei 9.610/98 protege o direito autoral quando da execução de quaisquer meios auditivos em locais públicos, conforme dispõe o art. 68:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

Para o ECAD a cobrança em tela é fundamentada justamente nos dispositivos da Lei dos Direitos Autorais, e desta forma, o órgão, através da cobrança desta contribuição, garante a proteção dos autores e titulares das obras.

Melhor explicação é fornecida no *website* do ECAD, que ressalta sua posição diante da cobrança, informando da seguinte forma:

A Lei 9.610/98 estabelece, em seu artigo 68, que são devidos direitos autorais pela execução de música em locais de frequência coletiva como salões de baile, clubes ou associações. Os únicos casos de não violação de direitos autorais previstos na Lei são o uso da música para fins exclusivamente didáticos nos estabelecimentos de ensino e a música executada nas residências, não havendo em nenhum desses casos o intuito de lucro. (ECAD, 2012).

Com efeito, para o ECAD, resta bem definida a sua premissa na legalidade da cobrança, não vislumbrando entendimento diverso. Fato é, que a entidade não suspende a cobrança apesar das investidas judiciais contrárias ao recolhimento, sejam por entes particulares ou públicos, como se perceberá no próximo título.

Da divergência jurisprudencial na cobrança da contribuição

Ainda que prevista em lei, e arrecadada na maioria das vezes, existem divergências na interpretação desta cobrança. Já são comuns os julgados que se opõe ao recolhimento, aduzindo, entre outros aspectos, a peculiaridade de ser, nos casos de casamentos, uma festa particular, de foro íntimo, com certo número de convidados, que em sua maioria fazem parte do âmbito familiar dos noivos, e sem a percepção de ser uma festa pública. Esse raciocínio pode ser construído ao analisar o julgado a seguir:

DIREITO AUTORAL. ECAD. COBRANÇA. EXECUÇÃO DE OBRA MUSICAL. CASAMENTO. SALÃO DE FESTAS. EVENTO SEM FINS LUCRATIVOS. DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO. 1. A execução de obra musical durante a realização de festa de casamento exime os nubentes do

pagamento da taxa cobrada pelo ECAD, em razão da natureza e finalidade do evento. 2. O caráter íntimo e privado da festa de casamento não é elidido pela grandiosidade da festa ou pelo local do evento, porquanto restrita a participação aos convidados e ausente a finalidade lucrativa. 3. Recurso conhecido e não provido. (Órgão: 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Classe: ACJ – Apelação Cível no Juizado Especial. N. Processo: 2010.01.1.143130-8. Relatora Juíza: Edi Maria Coutinho Bizzi. Data: 15/03/2011.). (Grifei).

Com efeito, o STJ, em reiterados julgados¹, também desobriga o recolhimento da contribuição ora discutida, pelo mesmo fundamento e mais, atacando a finalidade de auferir lucro. Uma vez descaracterizada essa condição, não há que se falar em recolhimento de contribuição. Tal explicação pode ser observada na seguinte jurisprudência:

CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. FESTAS POPULARES. PROMOÇÃO PELA MUNICIPALIDADE. INEXISTÊNCIA DE INTUITO DE LUCRO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. PRECEDENTES. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. CPC, ART. 557. RECURSO DESPROVIDO.

I - Na linha do entendimento que se formou, não se pode cobrar direitos autorais pela retransmissão de músicas em festas populares promovidas pelas municipalidades, uma vez inócua a finalidade lucrativa.

II - Em face da orientação predominante no âmbito das duas Turmas que compõem a Seção de Direito Privado deste Tribunal, plenamente justificável o julgamento de plano do recurso especial, nos termos do art. 557, CPC. (Processo: AgRg no REsp 209979 / SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Órgão julgador : Quarta Turma. Data do Julgamento 10/08/1999.). (Grifei).

Importante salientar que o único REsp que se encontra em trâmite no STJ, versando sob a matéria na esfera particular (festa de casamento), ainda não foi julgado. Como se percebe na decisão monocrática, o Agravo em Recurso Especial será apreciado após negação do pleiteado pelo ECAD, conforme segue:

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
AGRAVANTE : ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD
ADVOGADO : ANA PAULA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : REYNALDO GALLI
ADVOGADO : REYNALDO GALLI E OUTRO(S)
DECISÃO

1. Cuida-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, fundado no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, em face de acórdão assim ementado:

¹ No intuito de melhor contribuir para o artigo em tela, pretende-se, analogamente ao caso, trazer jurisprudências que tratem da isenção da contribuição, sob a esfera pública. Ainda que não sejam inteiramente semelhantes ao tema, que é o recolhimento da contribuição em festas particulares, o fundamento principal das decisões, como se verá é o mesmo.

Direitos autorais - ECAD - Cobrança pela execução de músicas durante festa de casamento - Inadmissibilidade - Inexistência de execução pública que justifique a cobrança pretendida - Apelação não provida.

Nas razões do recurso especial, o ECAD alega violação dos arts. 46, VI, e 68 da Lei 9.610/98 e dissídio jurisprudencial. Argumenta, em síntese, que a utilização de obras musicais em festa de casamento, realizada em salão de clube, obriga o recolhimento de direitos autorais. 2. Em face das circunstâncias que envolvem a lide, para melhor exame do objeto do recurso, dou provimento ao presente agravo, para determinar sua conversão em recurso especial, sem prejuízo de nova apreciação acerca de seu cabimento, a ser realizada no momento processual oportuno. Publique-se. Intimem-se. (Processo: AREsp 114608. Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão. Data da Publicação: 13/02/2012.). (Grifei).

As posições trazidas pelos Tribunais e pelo STJ, porém, não refletem a unanimidade dos entendimentos. Importante observar que o próprio STJ diverge em julgados semelhantes, ora concedendo a desobrigação de recolher a contribuição, ora mantendo a cobrança. É possível visualizar essa situação no caso abaixo:

CIVIL. DIREITO AUTORAL. ESPETÁCULOS CARNAVALESCOS GRATUITOS PROMOVIDOS PELA MUNICIPALIDADE EM LOGRADOUROS E PRAÇAS PÚBLICAS. PAGAMENTO DEVIDO. UTILIZAÇÃO DA OBRA MUSICAL. LEI N. 9.610/98, ARTS. 28, 29 E 68. EXEGESE.

I. A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei n. 9.610/98, que não mais está condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor.

II. Recurso especial conhecido e provido. (Processo: REsp 524873/ES. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Órgão Julgador S2 - Segunda Seção. Data do Julgamento 22/10/2003.). (Grifei).

Cumprе esclarecer que a questão central, é, como se percebe, o ato de auferir lucro, tanto nas festas íntimas, como em festas públicas. Pois, não poderia o órgão julgador interpretar diferente, mesmo em se tratando de festas públicas ou privadas, dado o fato de o direito protegido ser do autor de obra musical independente do local. Ora, se ambas reproduzem músicas, não se distingue a (i)legalidade do recolhimento da contribuição nos casos acima, mas sim, se o critério divergente é auferir lucro ou não.

Analogamente, portanto, o STJ ao decidir, impacta no caso em tela, ou seja, ao obrigar o pagamento da contribuição em festas públicas, deve obrigar em festas particulares. Ato contínuo, se reconhece que não há obrigação em pagar, deve reconhecer também em ambos os casos.

Ademais, não se vislumbra o dever de pagar somente em um dos casos, pois não havendo intenção de lucro em festas públicas e particulares, qual o objetivo da cobrança? Para todos os casos, e em especial para as festas de casamento, resta a

incerteza de que a cobrança poderá ser efetuada pelo ECAD, mas não necessariamente será indeferida, caso se recorra ao judiciário.

Da posição doutrinária

No tocante ao direito tutelado, é imperioso esclarecer que o presente artigo apenas invoca a particularidade da cobrança em eventos e eventos. Não se pretende questionar a propriedade que detém o autor por sua obra, pelo contrário, faz-se mister, compreender sua razão, que bem apresentada nas palavras do saudoso professor Cerqueira trás à baila da seguinte forma:

O direito do autor, no domínio literário, artístico ou industrial, constitui uma propriedade, a que denominamos propriedade industrial. Mesmo, porém, que se lhe negue esse caráter, é indiscutível que o direito do autor sobre a sua criação distingue-se por uma relação de pertença ou senhorio, na qual o autor assume a mesma posição que o proprietário em relação à coisa objeto do domínio, sujeitando ao seu poder a criação intelectual, resultante de seu trabalho, a qual, de fato, lhe pertence. (CERQUEIRA, 2010, p. 91)

Nesta seara, cabe ao Estado “o dever de reconhecer e proteger o direito de autor, como uma exigência do direito natural, bem como regular a sua aquisição e exercício, de acordo com essa exigência e com as do bem comum.” (CERQUEIRA, 2010, p. 98).

Feitas as considerações sobre o direito do autor, retoma-se o questionamento sobre a suposta (i)legalidade na cobrança da contribuição ao ECAD. Para Cabral, com relação à aplicabilidade da Lei dos Direitos Autorais, fica claro que a divergência gerada se dá pelo fato da lei atual ter introduzido um elemento novo, qual seja a expressão “que visem lucro direto ou indireto”. (CABRAL, 2003, p.93).

Neste diapasão, conclui Cabral que o “aspecto ‘lucro’ agora tornou-se irrelevante. Com ou sem objetivo de lucro, a comunicação depende de autorização do autor.” (CABRAL, 2003, p.93).

Desta forma, para legitimar a cobrança da contribuição, os nubentes deveriam além de auferir lucro, exigir a autorização para exibição das obras em suas festas de casamento para os respectivos autores das obras.

Quanto à arrecadação, para Costa Neto, não há dúvidas de que se trata de “um dos maiores problemas surgidos das relações jurídicas decorrentes do controle de direitos autorais das músicas utilizadas pela via da execução pública.” (COSTA NETO, ano, p. 290).

Com esse entendimento, resta claro que a reprodução de obras musicais em festejos ou celebrações, sejam públicos ou privados, e no caso em tela, em especial as festas matrimônias, não gera recolhimento da contribuição ao ECAD, uma vez que além de se tratar de festa íntima, não tem o cunho de auferir lucro.

Considerações Finais

Para o ECAD, resta pacífico o entendimento no sentido da legalidade da contribuição nos casos de casamentos. Em linhas gerais, para o órgão, a defesa do direito autoral não abrange a interpretação da norma no conceito de auferição de lucro, nem mesmo em se tratando de festa íntima. Para parte da jurisprudência, como pôde se verificar, o entendimento é contrário.

O ECAD mantém em seu *website*, uma nota que esclarece seu posicionamento sobre a cobrança, da seguinte forma:

Muito embora as festas de casamento não possuam finalidade de lucro, as execuções de músicas nesses eventos ensejam o pagamento dos direitos autorais. De acordo com a Lei 9.610/98, a existência de lucro direto deixou de ser requisito para a cobrança dos direitos autorais. A retribuição autoral pelo uso de músicas publicamente é devida mesmo quando não há a finalidade lucrativa. O Ecad cobra dos locais que realizam essas festas, mas frequentemente os estabelecimentos repassam aos noivos a obrigação do pagamento dos direitos autorais. (ECAD, 2012) (Grifei)

Portanto, o que ocorre na realidade, segundo o ECAD, é o repasse do valor que deveria ser cobrado a título de direitos autorais, pelos locais onde ocorreram os eventos, para os nubentes, no caso, locatários. Com isso ficam lesados: o consumidor, que recorre ao judiciário alegando a inexistência da cobrança; e o ECAD, que não obtém êxito no recolhimento.

Referências

BRASIL. **Lei 5.988 de 14 de dezembro de 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 21/mai/2012.

BRASIL. **Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm#art115>. Acesso em: 21/mai/2012.

ESTADO, Folha do. **Mercado de casamento gira R\$ 2,7 bilhões.** Disponível em: <<http://www.folhadoestado.com.br/noticia/15096/mercado-de-casamento-gira-r-2-7-bilhoes>>. Acesso em: 21/mai/2012.

ECAD. **Posicionamento do ECAD sobre a cobrança de direitos autorais em casamentos.** Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=1067>>. Acesso em: 21/mai/2012.

TJ-DFT. **Consulta jurisprudência.** Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/488489/489599.doc>>. Acesso em: 21/05/2012.

STJ. **Jurisprudência.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=civil+direitos+autorais+festas+populares&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 23/05/2012.

STJ. **Jurisprudência.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=ecad+casamento&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 28/05/2012.

STJ. **Jurisprudência.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=A+utiliza%E7%E3o+de+obras+musicais+em+espet%E1culos+carnavalescos+gratuitos+promovidos&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 23/05/2012.

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos.** São Paulo : Editora Brasil, 2002.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial:** da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Vol. I Par. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

CABRAL. Plínio. **A Nova Lei de Direitos Autorais – Comentários.** 4ª Ed. São Paulo : Harbra, 2003.

COSTA NETO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil.** 2ª Ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo : FTD, 2008.

O DIREITO DE TER E DAR LIMITES: Uma abordagem histórica sobre a influência do poder estatal na família

JULIA ROPELATO. Aluna do curso de Direito e integrante do grupo de pesquisa “Violência doméstica” do IST/SOCIESC.

SUSIMARA WESCHENFELDER. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/UNISC, professora e coordenadora do grupo de pesquisa e de extensão “Violência doméstica” do IST/ SOCIESC.

“Sabemos, desde Platão que uma política pensável é uma política justa. A dificuldade é a seguinte: a injustiça é clara, a justiça é obscura. Aquele que sofre injustiça é dela testemunha irrecusável. Mas quem testemunhará pela justiça?” Badiou¹

RESUMO

O artigo que ora se apresenta pretende analisar a influência do poder estatal na relação de educação entre pais e filhos e refletir sobre o projeto de Lei da Palmada, que tem como objetivo não permitir que nenhuma criança e/ou adolescente sejam submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a justificativa de quaisquer fins, ainda que pedagógicos. Ele tem como objetivo, com base em autores renomados, apontar que a interferência do Estado em torno das relações familiares é algo que há muito tempo acompanha a sociedade; porém, não tem a pretensão de esgotar toda a complexidade em torno desta questão e, tampouco, firmar um posicionamento em concordar ou não que a palmada seja a única, ou melhor forma de educação.

Palavra- chave: Poder estatal. Educação. Criança e adolescente. Palmada.

SUMÁRIO

Introdução – 1. Infância como material político – 2. O controle da família pelo Estado – 3. O uso da norma como estratégia de dominação – 4. Por uma ética da infância e da família – 5. Considerações finais: para não concluir – Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

Pensar na melhor forma de educar uma criança, sem dúvida não é tarefa fácil, pois envolve vários aspectos: sociais, políticos, econômicos, culturais e a própria subjetividade de cada pessoa que se constitui, de forma particular, a partir desses

¹ BADIOU, A. “O que é pensar filosoficamente a política”? In KOHAN. Walter O. *Infância. Entre educação e filosofia*. Belo Horizonte: Autentica 2003. p.19.

aspectos. Uma particularidade que pode assumir diferentes posições frente à tarefa da educação.

Atualmente, uma das polêmicas que está presente nos debates sobre como educar as crianças é a lei da palmada provocando nos sujeitos, diferentes posições frente a essa normatização e que ganha destaque nesta pesquisa.

O objeto de estudo deste artigo, é o projeto de lei da Palmada, desenvolvido pela Deputada Federal Maria do Rosário, que visa alterar o artigo 18 da lei 8.069, de 13/07/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. O projeto de lei em questão estabelece a proibição de qualquer forma de punição corporal, sob alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos contra crianças e adolescentes, estando incluídas nessa proibição, as famosas palmadas pedagógicas.

O objetivo central desta reflexão, não é mostrar que a palmada é a única ou a melhor forma de educar os “recém-chegados”², o que se pretende, na verdade, é verificar a invasão do poder Estatal, que cada vez mais vem retirando, do poder familiar, o direito dos pais em decidir qual a melhor forma de educar seus filhos, desconsiderando princípios, valores morais, éticos e culturais, presente nas intuições familiares.

Dessa forma, este artigo visa compreender as conexões existentes entre o Projeto de Lei da Palmada com a Política e o Direito como forma de normatizar a relação com a infância e de democratizá-la.

No entanto, é importante ressaltar que o propósito desta análise não é esgotar a história da infância, uma vez que a forma que cada época produz seu pensamento e seus efeitos sobre esta temática é complexo e sempre passível de várias compreensões. Sendo assim, o recorte desta história em especial o exercício de compreender como a infância foi concebida, permitirá evidenciar que esse pensamento continua presente em muitas das ações e normas que são criadas para democratizar e ao mesmo tempo normatizar a infância, dentre elas o Projeto de Lei da Palmada.

1. INFÂNCIA COMO MATERIAL POLÍTICO

“A educação não pode desempenhar papel nenhum na política, pois na política lidamos com aqueles que já estão educados. Quem quer que queira educar adultos na realidade pretende agir como guardião e impedi-los de atividade política”³.

² Expressão utilizada por Hannah Arendt.

³ AREND, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 225.

Para Sócrates⁴, os primeiros momentos são os mais importantes da vida, fazendo necessário que as crianças não escutem os relatos que contém mentiras, opiniões e valores contrários aos que se espera delas no futuro, uma vez que “as marcas que se recebem na mais tenra idade são ‘imodificáveis e incorrigíveis’.”⁵ Assim sendo, é necessário cuidar desses traços devido a sua “importância extraordinária para conduzir alguém até a virtude.”⁶

Kohan (2003) afirma que na visão de Platão há uma “conexão direta entre as qualidades de uma *pólis* e as dos indivíduos que a compõem”⁷ e que essa concepção se justifica na própria história política. Para o consagrado filósofo grego, para evitar a degradação dos jovens, fazia-se necessário adotar ações educativas, pois se compreendia que a causa da corrupção dos jovens devia-se a falta de atenção e de cuidado que necessitavam receber, exigindo que se organizassem outras formas de cuidar da infância, de educar, de conceber a infância e da necessidade de “uma experiência infantil da verdade e da justiça que preservasse e cultivasse o que nessas naturezas há de melhor e que estivesse ‘a serviço do bem comum’”⁸

Nesse sentido, pode-se afirmar que para Platão as ações educativas para a infância mantinham uma conotação política que visava à construção de uma sociedade justa e que as crianças deveriam aprender a viver em sociedade, como também de exercerem ações que estivessem a serviço do bem comum. A infância, diz Kohan (2003), é compreendida por Platão enquanto possibilidade: “Enquanto primeiro grau da vida humana, a infância representa também seu caráter de incompleta, sua falta de acabamento. Porém é verdade que, para Platão, a vida humana e o gênero como um todo são considerados como incompletos. A natureza dos seres humanos não está dada de uma vez por todas, mas vai se constituindo em função de certa educação que a transforma de geração em geração. A *pólis* que começa bem, diz Platão, avança da mesma forma que um círculo. Uma criação e uma educação valiosas produzem boas naturezas e estas, valendo-se de tal educação, se tornam melhores que as anteriores e, assim, sucessivamente”.⁹

No entanto, Kohan (2003) argumenta que essa visão enquanto possibilidade oculta é uma relação negativa da infância: “Ela poderá ser qualquer coisa, ou ser tudo no futuro esconde um não ser nada no presente. Não se trata de que as crianças já são, em estado

⁴ KOHAN, Walter O. *Infância entre educação e filosofia*. Belo Horizonte: Autêntica, 2003, p. 39.

⁵ KOHAN, loc. cit.

⁶ KOHAN, loc. cit.

⁷ Ibid., p. 27.

⁸ Ibid. p. 28.

⁹ KOHAN, W., p. 40.

de latência ou virtualidade, o que irá devir, na verdade, elas não têm forma alguma, são completamente sem forma, maleáveis e, enquanto tais podemos fazer delas o que quisermos”.¹⁰

Neste sentido, é possível, colocar as crianças, como frutos de um processo de alienação, ou seja, participante de um fenômeno: “[...] pelo qual os homens criam ou produzem alguma coisa, dão independência a essa criatura como se ela existisse por si mesma e em si mesma, deixam-se governar por ela como se ela tivesse poder em si mesma [...]”.¹¹

Essa dicotomia presente na forma de pensar a infância permite situar o projeto de Lei da Palmada, enquanto uma ação que pretende normatizar a infância dentro de um discurso ao mesmo tempo em que a concebe enquanto sujeito de direito, nega-a, afirmando e normatizando a forma como deve ser educada. É sob este raciocínio que se depara sua justificativa, dada pela seguinte redação: “A Constituição Brasileira de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (ratificada pelo Brasil em 24.09.90) introduzem, na cultura jurídica brasileira, um novo paradigma inspirado pela concepção da criança e do adolescente como *verdadeiros sujeitos de direito*, em condição peculiar de desenvolvimento. Este novo paradigma fomenta a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e consagra uma lógica e uma principiologia próprias voltadas a assegurar a prevalência e a primazia do interesse superior da criança e do adolescente. Na qualidade de sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento, à criança e ao adolescente é garantido o direito à proteção especial”.¹²

Está sob o poder Estatal, o direito de pensar e decidir a forma que a infância deve ser vista, em outras palavras, “educa-se para politizar os novos, para fazê-los participantes de uma *pólis* que se define, previamente, para eles”¹³ e “[...] educa-se a serviço de uma política a um só tempo em que a ação política persegue, ela mesma, fins educativos.”¹⁴

É a partir deste raciocínio, legitimado pela atual Constituição Federal, que o projeto encontra respaldo: “Daí a apresentação do presente projeto de lei, que objetiva assegurar à criança e ao adolescente o direito a não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos, no lar, na escola ou em

¹⁰ KOHAN, loc. cit.

¹¹ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática. 2010. p. 214.

¹² PROJETO DE LEI Nº 2654 /2003. Disponível em: <http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2011.

¹³ KOHAN, W., p. 59

¹⁴ KOHAN, loc. cit.

instituição de atendimento público ou privado. O escopo principal é ressaltar que a vedação genérica da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto ao uso da violência abrange a punição corporal mesmo quando moderada e mesmo quando perpetrada por pais ou outros responsáveis”.¹⁵

Dessa forma, pode-se compreender que o Projeto de Lei da Palmada está articulado a vários discursos sobre a infância, através da psicologia, da medicina, do Direito, assim como ao poder político.

Não se trata aqui de utilizar uma compreensão dualista em concordar ou discordar, de aprovar ou não a Lei da Palmada, mas de compreendê-la enquanto uma construção histórica e inserida num contexto mais amplo, pois: “Os sistemas de proibição e permissão, as instituições sociais, religiosas, políticas, os valores e crenças, os comportamentos variam de formação social para formação social e podem variar numa mesma sociedade no decorrer do tempo”.¹⁶

Para Arend (2011) a crise presente nos modos de ensinar e aprender estão conectados com a condição humana e com a crise política da modernidade, além do conflito existente entre aquilo que é público e o que é privado, tensões estas, que acabam tornando as coisas mais difíceis para os recém-chegados: “Quanto mais completamente a sociedade moderna rejeita a distinção entre aquilo que é particular e aquilo que é público, entre o que somente pode vicejar encobertamente e aquilo que precisa ser exibido a todos à plena luz do mundo público, ou seja, quanto mais ela introduz entre o privado e o público uma esfera social na qual o privado é transformado em público e vice-versa, mais difíceis torna as coisas para suas crianças, que pedem, por natureza, a segurança do ocultamento para que não haja distúrbios em seu amadurecimento”.¹⁷

Em seu livro: *Entre o passado e o Futuro*, a autora afirma que o nascimento não se reduz a aparecer no mundo, mas se constitui em um novo início e que cabe a educação a tarefa de acolhê-la em um mundo que preexiste a ele, pois “a essência da educação é a natalidade, o fato de que seres nascem para o mundo.”¹⁸

Isso equivale dizer que cada nascimento marca um novo início, e que em razão disto, são necessárias novas formas de pensar e de se educar, pois o inacabamento é uma condição humana e essa situação provisória também necessita ser assumida pela educação, pois através dela: “[...] decidimos se amamos nossas crianças o bastante para

¹⁵ PROJETO DE LEI Nº 2654 /2003. Disponível em: <http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2011.

¹⁶ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010, p. 14.

¹⁷ AREND, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 238.

¹⁸ Ibid., p.223

não expulsá-las de nosso mundo e abandoná-las a seus próprios recursos, e tampouco arrancar de suas mãos a oportunidade de empreender alguma coisa nova e imprevista para nós, preparando-as em vez disso para a tarefa de renovar um mundo comum”.¹⁹

Para Arend (2011) a responsabilidade não se restringe apenas ao desenvolvimento da criança, mas também, a conservação do mundo, o que exige mostrar aos jovens a forma como este está organizado, para que, se houver necessidade de uma transformação, esses conhecimentos os ajudem a compreender a complexidade que envolve uma modificação no mundo em que vivem.

Nessa perspectiva, percebe-se que as tensões presentes nas formas de ensinar e aprender estão inseridas, na crise política da sociedade contemporânea, na medida em que as relações entre os adultos estão ficando mais confusas. Marcada por uma lógica contemporânea do trabalho e da produção gradativamente está se verificando a destruição progressiva de um mundo pelos humanos que deveriam acolher seus recém-chegados.

Isso permite pensar que o Projeto de lei da Palmada demonstra claramente uma crise presente nas estruturas políticas e sociais, dentre elas, a família que se torna incapaz de desenvolver sua função, seja ela ,cuidar, preservar e modificar o mundo e da própria política em garantir a inserção do novo em sociedade. Ações complexas, quando pensadas sobre a infância, pois é necessário cuidá-la, mas também garantir condições para que possa continuar com a preservação do mundo e sua inevitável e necessária transformação, em outras palavras: “Os pais humanos, contudo, não apenas trouxeram seus filhos à vida mediante a concepção e o nascimento, mas, simultaneamente os introduziram em um mundo. Eles assumem na educação a responsabilidade, ao mesmo tempo, pela vida e desenvolvimento da criança e pela continuidade do mundo”.²⁰

Deste modo, fica evidente que o projeto de Lei reflete outra contradição: a perda da autoridade dos adultos frente à educação das crianças explicitando também um problema político: “[...] se espalhado em áreas pré-políticas tais como a criação dos filhos e a educação onde a autoridade no sentido mais lato sempre fora aceita como uma necessidade natural, requerida obviamente tanto por necessidades naturais, o desamparo da criança, como necessidade política, a continuidade de uma civilização estabelecida que somente pode ser garantida se os que são recém-chegados por nascimento forem guiados através de um mundo preestabelecido no qual nasceram como estrangeiros”.²¹

¹⁹ AREND, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 247.

²⁰ Ibid., p. 235.

²¹ Ibid., p. 128.

Para a autora, a autoridade legítima desapareceu no mundo político, uma vez que “não estamos mais em posição de saber o que a autoridade realmente é.”²² Tornou-se evidente a recusa do adulto em “assumir a responsabilidade pelo mundo ao qual trouxeram as crianças.”²³ Uma ação que encontrou nas teorias da psicologia sua base de sustentação, na medida em que ancorada pela ideia de indivíduo e individualidade tornou os sujeitos alienados do mundo em que vivem e que repudiaram todos os tipos de desmandos, castigos e punições, violências físicas e psíquicas contra as crianças.

Não se trata de apoiar tais violências. Segundo Arend (2011) tais discursos potencializaram a criação de métodos centrados exclusivamente no mundo infantil e que traz como consequência sua infantilização e reafirma a não autoridade dos adultos, na medida em que “[...] existe um mundo das crianças e uma sociedade formada entre crianças”²⁴, e que compete aos adultos apenas auxiliar este governo, restringindo sua autoridade e apenas a falar “que faça aquilo que lhe agrada e depois evitar que o pior aconteça.”²⁵

Desse modo, podemos compreender que a família também se encontra abandonada, na medida em que também não representa mais uma autoridade às crianças, recorrendo muitas vezes a um autoritarismo que se vale da violência²⁶ para impor limites e educar seus filhos.

A afirmação acima está em consonância com uma das razões pelas quais a cultura da “palmada pedagógica” ainda se encontra presente na sociedade, de acordo com o projeto de lei em questão: “Nesse sentido, pode-se afirmar que a permissão do uso moderado da violência contra crianças e adolescentes faz parte de uma cultura da violência baseada em três classes de fatores: ligados à infância, ligados à família e ligados à violência propriamente dita. Quanto aos primeiros, persiste no Brasil a percepção da criança e do adolescente como grupos minorizados, isto é, como grupos inferiorizados da população, frente aos quais é tolerado o uso da violência. Quanto aos segundos, vigora ainda um modelo familiar pautado na valorização do espaço privado e da estrutura patriarcal, que, por estar muitas vezes submerso em dificuldades sócio-econômicas, propicia a eclosão da violência. Quanto aos terceiros, prevalece no Brasil o

²² AREND, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 128.

²³ Ibid., p. 240.

²⁴ Ibid., p. 229-230.

²⁵ Ibid., p. 230.

²⁶ Fundamentalmente, a violência é percebida como “exercício da força física e do constrangimento psíquico para obrigar alguém a agir de modo contrário à sua natureza e ao seu ser ou contra sua própria vontade”. CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática. 2010, p. 383.

costume de se recorrer a alternativas violentas de solução de conflitos, inclusive no que toca a conflitos domésticos”.²⁷

Assim, pode-se considerar que a Projeto de lei da palmada evidencia dentre muitas outras, a falta de autoridade da família, e que seu foco está centrado exclusivamente no exercício da cidadania, desconsiderando que a melhor forma de educar as crianças para o mundo é considerá-las como sujeitos que pertencem a esse mundo e que para tal, necessitam conhecê-lo, trazendo em seu bojo que o mais importante é garantir a elas seus direitos, conforme destacado: “Essa cultura, contudo, pode e deve ser enfrentada por diversas vias, dentre elas, a valorização da infância e da adolescência, a percepção da criança como um ser político, sujeito de direitos e deveres, e, ainda, a elucidação de métodos pacíficos de resolução de conflitos, que abarcarão a vedação do castigo infantil, ainda que moderado e para fins pretensamente pedagógicos”.²⁸

Mas antes de concluir, faz-se necessário analisar com mais profundidade o papel da família em relação à infância e em relação ao Estado, para que possamos compreender sua desresponsabilização perante as crianças, situando-a em um contexto histórico.

2. O CONTROLE DA FAMÍLIA PELO ESTADO

“Toda a doutrina social que visa destruir a família é má, e para mais inaplicável. Quando se decompõe uma sociedade, o que se acha como resíduo final não é o indivíduo mas sim a família”. Victor Hugo²⁹

Foucault (2002), em seu livro: *Os Anormais*, afirma que a grande perseguição física da infância é da masturbação no século XIX, colaborou com a transformação da organização familiar, tornando-se um agente de medicalização da sexualidade, fazendo nascer um procedimento perpétuo de medicina sexual e que introduziu na família as técnicas, as formas de intervenção da medicina.

Segundo o autor, de uma engrenagem médico-familiar que organiza um campo ao mesmo tempo ético e patológico, em que as condutas sexuais são dadas como objeto de controle, de coerção, de exame, de julgamento, de intervenção, fazendo com que a família funcione como princípio de normalização e que ao mesmo tempo em que lhe

²⁷ PROJETO DE LEI Nº 2654 /2003. Disponível em: <http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2011.

²⁸ PROJETO DE LEI Nº 2654 /2003. Disponível em: <http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>. Acesso em: 02 de nov. 2011.

²⁹ PENSADOR.INFO. *Frases sobre família*. Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/frases_sobre_familia. Acesso em: 15 nov.2011

concede o poder imediato sobre o corpo da criança, também é controlada externamente pelo saber e pela técnica médica a torna o princípio de determinação, de discriminação da sexualidade, e também o princípio de correção do anormal.³⁰

Para Foucault, no fundo o que se pediu a família célula, foi que se encarregasse do corpo da criança: “De um lado, pediu-se a essa família restrita que cuidasse do corpo da criança simplesmente porque a criança vivia e não devia morrer. O interesse político e econômico que se começa a descobrir na sobrevivência da criança é certamente um dos motivos pelos quais quis substituir o aparelho frouxo, polimorfo e complexo da grande família relacional pelo aparelho limitado, intenso e constante da vigilância familiar, da vigilância dos filhos pelos pais”.³¹

Desse modo, compete aos pais cuidar de seus filhos e educá-los, mas também, devem obedecer as regras, que por sua vez são estabelecidas por educadores, como o saber pedagógico, como o saber médico, “restringindo assim a família, dando-lhe uma aparência tão compacta e estreita, faz-se que ela fique efetivamente penetrável por certo tipo de poder, nas quais a medicina e os médicos são os transmissores junto às famílias.”³²

Para Foucault (2002) o que se pede aos pais não é somente para educarem as crianças para que elas possam ser úteis ao Estado, pede-se também que essas famílias cedam efetivamente seus filhos ao Estado, que “confiem a este se não a educação de base, pelo menos a instrução, pelo menos a formação técnica, a um ensino que será direta ou indiretamente controlado pelo Estado.”³³ e que se encontra no exato momento em que se começa a campanha da masturbação na França e na Alemanha, entre 1760 a 1780. Trata-se de um processo na qual o corpo sexual da criança serve como moeda de troca, na medida em que se outorgam aos pais o cuidado com os filhos para que se possa introduzi-los em um sistema de educação, de instrução, de formação do Estado e que por sua vez não são controlados pelos pais, ou dito de outro modo, uma moeda de troca que possibilitou deslocar a criança do meio da família para o espaço institucionalizado e normalizado da educação e que revela a grande tapeação: “Aí é que está a grande tapeação na qual o poder dos pais caiu. Poder fictício, mas cuja organização fictícia permitiu a constituição real desse espaço, ou seja, torna a educação natural, uma educação estatal, em torno do qual a grande família relacional se encolheu e se

³⁰ Para Foucault, por anormal, entende-se todo aquele que se encontra fora da norma.

³¹ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 322-323.

³² FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 324.

³³ FOUCAULT, loc. cit.

restringiu, e no interior do qual a vida da criança, o corpo da criança foi ao mesmo tempo vigiado, valorizado e sacralizado”.³⁴

E foi entorno dessa condição que nasceu a família moderna, “sexualmente irradiada e saturada, e medicalmente inquieta.”³⁵ Isso significa que ao mesmo tempo em que se pediu aos pais da família burguesa para cuidarem de seus filhos, exigiu-se também que outorgassem ao Estado, o direito de exercer poder sobre os filhos.

Ao analisar o Projeto de Lei da Palmada, observa-se que os pais têm como função apenas cuidarem de seus filhos, mas quem determina a forma desse cuidado é o Estado: “Art. 2º – O artigo 1634 da Lei 10.406, de 10/01/2002 (novo Código Civil), passa a ter seguinte redação: Art. 1634 – Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: VII. Exigir, sem o uso de força física, moderada ou imoderada, que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”³⁶

Foucault (2002) também argumenta que já no século XVIII quando a sexualidade da criança e do adolescente é concebida enquanto um problema se inaugura uma nova forma de relação entre pais e filhos, resultando em uma constituição da família estreita, celular, substancial e conjugal, na medida em que foi concedida aos pais a responsabilidade pelo corpo de seus filhos em decorrência e por intermédio do discurso médico.

Outro ponto que Foucault (2002) problematiza é o surgimento do tema incesto que provocou outras relações, pois se de um lado, a sexualidade estava relacionada ao contato direto e intenso do corpo dos pais e de seus filhos, através da vigia que exigia a proximidade, o incesto que estava mais voltado, a classe proletária, foi aceito enquanto uma infração no seio da família, reforçando a regulação exterior e intensificando uma campanha diferente a ela: “Essa outra cruzada, que é um pouco defasada no tempo em relação à primeira e se volta para a família proletária urbana, tem temas bem diferentes. Primeiro este. Não é: “apliquem diretamente seu corpo contra o de seus filhos” – como se diz a família burguesa. Não é por certo: “Suprimam todos esses intermediários domésticos e familiares, que atravessam, perturbam, atrapalham suas relações com seus filhos”. A campanha diz simplesmente: “Casem-se, e não façam filhos antes, para abandoná-los depois”. É toda uma campanha contra a união livre, contra o concubinato, contra a fluidez extra ou para familiar”.³⁷

³⁴ Ibid., p. 327.

³⁵ FOUCAULT, loc. cit.

³⁶ PROJETO DE LEI Nº 2654 /2003. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2011.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 341-342.

Essa preocupação se justifica na medida em que a estabilidade operária tornou-se necessário ao Estado, envolvendo também toda uma campanha das Caixas Econômicas através de uma política habitacional para fortalecer um espaço familiar sólido, mas que ao mesmo tempo precisavam tomar cuidado com que poderia acontecer nesse espaço: “Não se misturem, distribuam-se, ocupem o maior espaço possível; que haja entre vocês o mínimo de contato possível, que as relações familiares mantenham, no interior do espaço assim definido, suas especificações e as diferenças entre os indivíduos, entre idades, entre os sexos. Por conseguinte, campanha contra os quartos comuns, contra camas comuns de pais e filhos, contra as camas comuns para crianças “de sexo diferente”. No limite o ideal é uma cama por pessoa”.³⁸

Nesse sentido, embora as duas campanhas que envolveram tanto a família burguesa, como a família proletária sejam diferentes, elas inauguram um modelo familiar que de certa forma são comuns, dois processos de formação, duas maneiras de organizar a família celular em torno do perigo da sexualidade, mas que se diferem, na medida em que são duas maneiras de legitimar a intervenção externa, que não são as mesmas, pois de um lado, a intervenção sobre os pais que devem se debruçar sobre seus filhos orientados pela a racionalidade técnica, enquanto que a sexualização da família proletária a partir do incesto e do perigo que envolve as relações entre pais ou dos mais velhos, requer o exercício de outro poder: o do judiciário: “É o juiz, ou o policial, ou todos esses substitutos que hoje, desde o início do século XX, são todas as instâncias ditas de controle social: é a assistente social, é todo esse pessoal que deve intervir na família para conjurar esse perigo de incesto que vem dos pais ou dos mais velhos. [...] processos que são, em profundidade, diferentes, de um lado, apelo necessário à medicina; de outro, apelo necessário ao tribunal, ao juiz, a policia, etc.”³⁹

Para Foucault (2002), todo esse processo teve duas consequências: a primeira é que a psiquiatria ganhou um extensivo domínio de ingerência, pois ela se encarrega de todo o campo de infrações e das irregularidades em relação à lei; de outro, a partir da tecnologia do governo dos loucos, também se encarrega das irregularidades intrafamiliares, funcionando enquanto uma tecnologia do indivíduo, indispensável ao funcionamento dos mecanismos de poder: “Ela vai ser um dos operadores internos que vamos encontrar indiferentemente ou comumente em dispositivos de poder tão diferentes quanto à família e o sistema judiciário, na relação pais-filhos ou ainda na relação Estado-indivíduo, na gestão dos conflitos intrafamiliares assim como no

³⁸ Ibid., p. 343-344.

³⁹ Ibid., p. 346.

controle ou na análise das infrações às proibições da lei. Tecnologia geral dos indivíduos que vamos encontrar afinal onde quer que haja poder: família, escola, fábrica, tribunal, prisão, etc.”⁴⁰

Nesse sentido, podemos afirmar que a lógica do Projeto de Lei da Palmada, não apresenta nenhuma novidade, mas está intimamente relacionada à intervenção do Estado que mantém o poder sobre a família e sobre a criança, em justificativa alega que a violência contra a família está baseada em três classes de fatores e que envolvem infância, família e a violência; no entanto, quando se refere à família alega sua condição socioeconômica, afirmando que nessas “vigora ainda um modelo familiar pautado na valorização do espaço privado e da estrutura patriarcal, que, por estar muitas vezes submerso em dificuldades socioeconômicas, propicia a eclosão da violência.”⁴¹

Isso significa e reitera a lógica de que as intervenções à classe proletária devem ser executadas pelo judiciário e desconsidera que esse modelo familiar foi instaurado pelo próprio Estado e ainda reforça o preconceito contra a classe popular, alegando que são elas o espaço causador da eclosão da violência.

E será que por causa da retirada da autoridade dos pais, que estes recorrem à violência como forma de impor limite com o único instrumento que possui? Esta questão também necessita ser analisada, e merece um destaque maior nos estudos, sem, no entanto, justificar ou reduzir essas análises a classe social, a cultura sem as relações de poder nas quais todos estão envolvidos. Do contrário, qualquer análise se mostraria ingênua e superficial diante de tal complexidade.

3. O USO DA NORMA COMO ESTRATÉGIA DE DOMINAÇÃO

"Enquanto as leis forem necessárias, os homens não estarão capacitados para a liberdade." Pitágoras⁴²

Veiga-Neto (2001) argumenta que atualmente vive-se uma época em que a ênfase é dada sobre a economia e a privação de determinados estratos populacionais, ou seja, o critério de entrada não é mais o corpo, mas também o grupo social ao qual esse corpo está ligado e que correlativamente o uso da norma se amplia e se coloca como estratégia de dominação.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p.350-351.

⁴¹ PROJETO DE LEI Nº 2654 /2003. Disponível em: <http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2011

⁴² Frases de lei. Disponível em: http://www.webfrases.com/mostrar_frases.php?id_frases=28. Acesso em: 15 nov. 2011.

Para o autor a norma se torna um operador útil, na medida em que de um lado age como regra de conduta, como oposição à irregularidade e à desordem; de outro lado, age como regularidade funcional, como oposição ao patológico e à doença: “Ela coloca-se, ao mesmo tempo, sobre um corpo individual e sobre um corpo coletivo do qual esse corpo individual faz parte e ao qual contribui para dar sentido. [...] compreendida enquanto medida que simultaneamente individualiza, permite individualizar incessantemente, e ao mesmo tempo torna comparável. [...] um princípio de comparação, de comparabilidade, de medida comum, que se institui na pura referência de um grupo a si próprio, a partir do momento em que só relaciona consigo mesmo”.⁴³

Para o autor, pela norma é possível retirar da exterioridade selvagem, os perigosos, os desconhecidos, os bizarros, os diferentes, capturando-os e tornando-os acessíveis e controláveis, pois pela norma é possível enquadrar os diferentes a uma distância segura: “Isso significa dizer que, ao fazer de um desconhecido anormal, a norma faz desse anormal mais um caso seu. Dessa forma, também o anormal está na norma, está sob a norma, ao seu abrigo. O anormal é mais um caso, sempre previsto pela norma. Ainda que o anormal se oponha ao normal, ambos estão na norma. É também isso que faz dela um operador tão central para o governo dos outros; ninguém escapa dela”.⁴⁴

Outro problema para o autor é que a norma exclui “sem que essa exclusão implique um juízo prévio da natureza. [...] ela tem duas exigências. Naturais nunca; sociais sempre”⁴⁵ e necessitam ser repensadas e consideradas pelo olhar da Ética: “É claro que as partilhas que a norma estabelece têm de ser analisadas também sob o olhar da Ética; o que me parece problemático é a redução que consiste em partir de um priori moralizante autofundado e, fazendo-o de base, derivar as análises sobre as práticas normativas. Simplificações desse tipo podem funcionar como ‘um furo na água’”.⁴⁶

Isso se justifica, uma vez que todo processo de inclusão opera também um processo de exclusão, gera-se uma dicotomia, pois aquele que está fora da norma não se identifica com aquele que está dentro da norma, porém há de se considerar aquele que opera a dicotomia, pois, “é a aquele que fica com a melhor parte”⁴⁷ e nesse caso todos os outros serão vistos como os desviantes, os perigosos, os diferentes que precisam se enquadrados.

⁴³ VEIGA-NETO, A. Incluir para excluir. In: LARROSA, J.; SKLIAR, C. (Org.). *Habitantes de Babel: políticas e poéticas da diferença*. Belo Horizonte: Autêntica, 2001, p. 115-116.

⁴⁴ VEIGA-NETO, loc. cit.

⁴⁵ EWALD, F. 1993, p.117 *apud* VEIGA-NETO, A. Incluir para excluir. In: LARROSA, J.; SKLIAR, C. (Org.). *Habitantes de Babel: políticas e poéticas da diferença*. Belo Horizonte: Autêntica, 2001, p. 116.

⁴⁶ VEIGA-NETO, A., op.cit., p.116.

⁴⁷ Ibid., p.113.

Uma busca que procura homogeneização, a padronização de todos, pois apenas uma norma pode ser aceita e considerada como adequada, saudável e superior: “O que é uma norma? Um princípio de comparação, de comparabilidade, uma medida comum, que se institui na pura referência de um grupo a si próprio, a partir do momento em que só se relaciona consigo mesmo, sem exteriorização, sem verticalidade”.⁴⁸

Quando se procura enquadrar as famílias, as crianças por uma normalização construída é impor uma exigência à vida e que para Canguilhem (1990) “não se ditam normas à vida, cientificamente.”⁴⁹ Baseia-se em um exercício que exige questionar o que o sujeito está fazendo consigo mesmo, como também o de arriscar a invenção de novas formas de vida e de convivência e, principalmente, de não restringir que uma boa educação se define única e exclusivamente pela norma.

Reduzir toda uma problemática de violência à infância sob a ótica da norma é impedir dentre outras, a possibilidade de se pensar em outras formas de experienciar a infância, como também de incluí-la no mundo.

Isso significa que os saberes são necessários, contudo precisam ser constantemente questionados, pois não são verdades absolutas. A infância é uma presença enigmática e necessita que suspendamos nossos saberes, pois não sabemos tudo, como também nossos poderes, pois não podemos tudo e assim devemos procurar lançar um olhar menos normativo, pedagogizante, medicalizante a infância.

4. POR UMA ÉTICA DA INFÂNCIA E DA FAMÍLIA

"Boas pessoas não precisam de leis para obrigá-las a agir responsavelmente, enquanto as pessoas ruins encontrarão um modo de contornar as leis." Platão⁵⁰

Para Foucault (2002) é necessário diferenciar a história da moral, os atos e os códigos morais, na qual se compreende os atos enquanto comportamento real das pessoas em relação ao código moral, que por sua vez, são compreendidos enquanto aquilo que é imposto às pessoas; determinando quais atos são permitidos e proibidos e o seu valor. Mas também, há uma relação ética que o sujeito estabelece consigo mesmo e o que torna um sujeito moral.

⁴⁸ EWALD, François. **Foucault a norma e o direito**. 2. ed. Lisboa: Veja, 2000. p.86

⁴⁹ CANGUILHEM, G. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas e Luiz Octávio Ferreira Barreto Leite. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p.185.

⁵⁰ **Frases de Lei**. Disponível em: <http://www.webfrases.com/mostrar_frases.php?id_frases=28>. Acesso em: 15 nov. 2011.

“Não existe ação moral que não se refira à unidade de uma conduta moral; nem conduta moral que não implique a constituição de si mesmo como sujeito moral; nem tampouco constituição do sujeito moral sem modos de subjetivação, sem uma ascética ou sem práticas de si que as apoiem”.⁵¹

O indivíduo que se constitui pela norma, difere-se do indivíduo constituído pela ética e se opõe entre si, uma vez que a constituição de um se dá pela norma, a outra se dá pela ética: “[...] ‘na constituição do indivíduo moderno a partir do poder da norma, não há lugar para a ética. Normalizado, esse indivíduo é impedido de ser ético. Sua constituição pela disciplina e pela norma impede a relação consigo que caracteriza a ética. [...] a necessidade de construir uma ética que represente uma possibilidade de constituição de si, diferente daquela que faz dele um objeto e um sujeito’⁵²”.

Diferentemente das interdições, os temas de austeridade não visam a prescrever o que é ou não proibido, mas dizer o que convém ou não para a constituição da própria vida: “É exatamente o conteúdo ético da constituição do sujeito na Antiguidade que explica a escolha dessa forma de constituição para a confrontação com a forma de constituição do sujeito moderno, pelo fato de essa última se dar destituída de todo cuidado ético”.⁵³

Já lecionava Kant, que a dignidade humana, está na liberdade assim como Foucault, que pensava que “a liberdade não é uma possibilidade ética entre as pessoas, mas é a própria possibilidade da ética.”⁵⁴ O indivíduo constituído pela norma é impedido de ser ético porque é impedido de exercitar a liberdade.

Hoje se carece de liberdade e o problema é construir uma ética que permita esse exercício, uma vez que hoje, a sociedade se encontra sem referência e faz uma nova experiência de si mesmo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: PARA NÃO CONCLUIR

A reflexão proposta pautou-se em uma análise histórica em torno da infância e da família, perpassando pela questão da importância e da forma de educar crianças e adolescentes. Baseado nesta reflexão é possível considerar que todas as questões envoltas de temas como, criança, família, e educação, são bastante complexas para

⁵¹ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 2: o uso dos prazeres*. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 28-29.

⁵² FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. São Paulo: EDUC, 1995, p. 130.

⁵³ *Ibid.*, p. 131.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 145.

findar quaisquer posicionamentos. O que é possível, é apontar algumas hipóteses, caso este projeto de lei seja aprovado.

A proibição da palmada, pode tirar a liberdade da família, em escolher a melhor forma de educar seus filhos. Outra questão que é relevante, sob este aspecto, é que os pais podem virar reféns dos filhos, uma vez que uma cultura não é algo que se possa mudar do dia para noite. É importante falar também que a violência não está somente em uma palmada, ela pode se manifestar de outras maneiras, através de gritos, palavrões, e até mesmo através da omissão, pois ignorar os erros de uma criança e não ajudá-la a concertá-los é tão ou mais perverso que uma palmada.

Dessa forma, é possível perceber que é de suma importância uma análise profunda de toda a sociedade, conjuntamente com os Três Poderes, quais sejam o Executivo, Legislativo e Judiciário, acerca da aprovação ou não deste projeto de Lei, uma vez que necessitam manter um diálogo constante e vigilante sobre os efeitos que a lei produzirá em todos os envolvidos e suas implicações à sociedade e ao direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AREND, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

CANGUILHEM, G. *O normal e o patológico*. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas e Luiz Octávio Ferreira Barreto Leite. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática. 2010.

EWALD, François. *Foucault a norma e o direito*. 2. ed. Lisboa: Veja, 2000.

FIA. Fundação para a Infância e Adolescência. *Projeto de lei da palmada*. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2011.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. São Paulo: EDUC, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

KOHAN. Walter O. *Infância. Entre educação e filosofia*. Belo Horizonte: Autentica 2003.

LARROSA, Jorge; SKLIAR, Carlos. *Habitantes de Babel: políticas e poéticas da diferença*. (Org.) Jorge Larrosa e Carlos Skliar. Tradução de Semíramis Gorine da Veiga. Belo Horizonte: Autentica, 2001.

PENSADOR.INFO. *Frases sobre família*. Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/frases_sobre_familia>. Acesso em: 15 nov. 2011./

VEIGA-NETO, Alfredo. Incluir para excluir. In: LARROSA, Jorge; SKLIAR, Carlos. *Habitantes de Babel: políticas e poéticas da diferença*. (Org.) Jorge Larrosa e Carlos Skliar. Tradução de Semíramis Gorine da Veiga. Belo Horizonte: Autentica, 2001.

WEBFRASES. *Frases de lei*. Disponível em: <http://www.webfrases.com/mostrar_frases.php?id_frases=28>. Acesso em: 15 nov. 2011.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DE UMA DAS VARAS CÍVEIS DA COMARCA DE JOINVILLE,

XXXXXX XXXXXX XXXXXX, brasileira, casada, estudante, portadora da cédula de identidade RG nº 00000000 – SSP/SC, inscrita no CPF/MF sob o nº 000000000000000000, residente e domiciliada na Rua xxxxxxxxxxxx, por seu advogado (doc. 01), que recebe intimações no endereço constante do rodapé desta petição, vem ajuizar, pelo **RITO SUMÁRIO**,

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA e CONDENATÓRIA DE OBRIGAÇÕES DE RESTITUIR E NÃO FAZER

contra **TIM CELULAR S.A.**, empresa prestadora de serviços de telefonia celular, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.206.050/0146-45, com endereço na Rua Santos Saraiva, 1.520, Bairro Estreito, Florianópolis – SC, CEP 88070-101, o que faz pelos fundamentos e para os fins a seguir declinados.

I - COMPETÊNCIA

1. É sabido que a competência dos Juizados Especiais Cíveis não é absoluta, cabendo ao autor a escolha entre o Juízo Comum e o Juizado Especial (art. 3º, §3º, da Lei 9.099/95). Assim a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

“COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL. OPÇÃO DO AUTOR.

- **O ajuizamento da ação perante o Juizado Especial é uma opção do autor.**

Precedentes da Quarta Turma.

Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a competência do Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Curitiba. (REsp 222004/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 05.06.2000, grifamos).”

2. No mesmo sentido o E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Logo, tendo a ação sido ajuizada perante o Juízo Comum, sua competência há de prevalecer, **pois se trata de uma opção do autor, que pode livremente escolher entre aquele e o Juizado Especial.**” (CC nº 2003.019149-6, Rel. Desª Salete Silva Sommariva, j. em 19/10/2004, grifamos).

3. Essa interpretação é a mais consentânea com o espírito da Lei dos Juizados Especiais, que pretende facilitar o acesso à Justiça das pessoas físicas. Portanto, se a pessoa física abre mão do direito ao procedimento mais simplificado, não há como se questionar essa decisão, *permissa venia*.

II – DOS FATOS

4. A Autora mantinha com a Ré contrato de prestação de serviços de telefonia móvel em que se incluía também o serviço de conexão com a internet. Desde que contratou a conexão de banda larga, o valor total das faturas relativas a esse contrato não chegavam a R\$ 200,00 (doc. 02). Note-se que durante esses meses o tráfego de dados da banda larga oscilava entre 300 e 600 MB.

5. **Em 31/05/2010** a Autora viajou ao exterior, mais especificamente à Itália, (doc. 03) e lá continuou a usar o celular, até que, **apenas em 04/06/2010**, veio a mensagem da Ré, por meio de mensagem de texto (SMS), nos seguintes termos:

“Tim comunica: notamos um aumento de gastos em relação ao seu consumo habitual. Lembramos que a tarifa para serviços de voz é de US\$ 5,69 o minuto e de dados é de R\$ 33,00 por MB trafegado.” (cf. fotografia da mensagem, doc. 04).

6. A questão é que, durante esses cinco dias em que nenhum aviso havia sido dado, a Autora já trafegara cerca de 140 MB, resultando em quase **R\$ 5.000,00** de cobrança, aí não computados os impostos!

7. Ou seja, enquanto nos meses anteriores todo o serviço de telefonia e o tráfego de até 600 MB em dados resultava em valores inferiores a R\$ 200,00 mensais, cinco dias de uso de menos de 25% do tráfego mensal normal da Autora ocasionou, sem aviso prévio, uma cobrança de quase R\$ 5.000,00!

8. Agrava-se o quadro pelo fato de a Autora não ter sido comunicada previamente dos valores abusivos cobrados pela Ré no tocante ao serviço de banda larga internacional. A comunicação foi *a posteriori* e demorou cinco dias, o que é inadmissível, pois um único acesso, já no primeiro dia de viagem, implicou o valor de R\$ 361,13 (sem impostos), maior que o de dois meses comuns somados. No segundo dia, outro acesso adicionou, de uma só vez, R\$ 966,18 à fatura da Autora (cf. fatura questionada, doc. 06).

9. Retornando de viagem, a Autora percebeu que sua linha estava bloqueada, muito embora não houvesse nenhuma fatura pendente de adimplemento. Ao entrar em contato com a Ré, esta lhe informou o estratosférico valor das despesas incorridas no exterior e condicionou o restabelecimento dos serviços a um ilegal prévio depósito no valor de R\$ 1.100,00 (cf. doc. 05). A destinação desse montante a adiantamento do pagamento é comprovada pelo fato de ter havido crédito de R\$ 940,66 na fatura com vencimento em julho de 2007. Os valores não coincidem porque a Ré descontou do adiantamento o valor do ICMS.

10. A Autora não pagou essa fatura em razão das escancaradas abusividade e ilegalidade da cobrança. Entrou em contato diversas vezes com a Ré e, somente após muita insistência e vários telefonemas, conseguiu iniciar o processamento de contestação de débitos (protocolo nº 2010108013659), **solicitando desse processo resposta escrita que, até hoje, não veio**, limitando-se a Ré a negar verbalmente a impugnação, o que lhe é vedado pelo art. 68, §4º do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, anexo à Resolução ANATEL 477/07.

11. Seguiu-se, então, a notificação de hábito, acompanhada das ameaças usuais, sem que, contudo, fosse respondida especificamente a contestação de débito apresentada pela Autora (cf. notificação, doc. 07).

12. Alternativa não resta, então, senão requerer judicialmente o cancelamento dessa cobrança ilegal.

III – DO DIREITO

13. É inegável que a relação mantida entre a Autora e a Ré é de consumo, atraindo a aplicação do estatuto do consumidor com todo o seu rigor.

14. Sabe-se que o consumidor é reconhecido pela lei como parte vulnerável (art. 4º, I, do CDC) e merece toda a proteção legal, bem como a interpretação favorável do texto legislado e do contrato (art. 47 do CDC). Entre os direitos básicos do consumidor se encontra o de receber “... 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” (art. 6º, III, do CDC – grifamos; no mesmo sentido, art. 6º, III, do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal anexo à Resolução ANATEL 477/07).

15. Além disso, segundo o art. 46 da Lei Consumeirista, não obriga o consumidor o contrato, ou, adite-se, a parte do contrato, a que não se lhe dá prévio conhecimento, como sucedeu com a Autora. Contribuindo para a verossimilhança dessa alegação, que deve ser posta à prova pela Ré em razão da inversão do ônus (art. 6º, VIII, do CDC), anote-se que não seria crível que a Autora, ciente da altíssima tarifa internacional, fizesse uso normal do serviço de dados que resultou em fatura vinte vezes mais cara que a usual. Ademais, o fato de a Ré ter feito a tardia comunicação dos valores devidos configura clara assunção de que a informação era necessária e não foi prestada anteriormente, ao menos não relativamente ao serviço de internet.

16. Ainda que se prove – no que não se acredita, por não ser verdade – que a Ré deu ciência prévia da tarifa sobre o tráfego de dados, certamente o teria feito de modo ilegal, sem a clareza e o destaque devidos, o que também faz com que seja inexistente a obrigação, à luz do art. 46 do CDC. Aliás, indispensável registrar que a própria comunicação efetivada pela Ré em 04/06/2010 não foi suficientemente clara, pois, a uma, não indicou, como bem poderia ter indicado, o valor que exorbitava do “consumo habitual” e, a duas, porque a medida “MB” não é de fácil entendimento pelo consumidor, como é a medida de tempo.

17. Mesmo que superadas as nulidades acima apontadas, o que se admite apenas para argumentar, o crédito cobrado pela Ré é inexistente, pois a tarifa de R\$ 33,00 por MB trafegado é exorbitante e configura **exigência de vantagem manifestamente excessiva**, prática prosrita pelo art. 39, V, do CDC. Demais disso, a cláusula que pretende impor esse tipo de vantagem excessiva, de todo iníqua e derivada de má-fé, é nula de acordo com o art. 51, IV, do CDC.

18. Em relação à abusividade do preço (e ainda *ad argumentandum tantum*, pois, independentemente da suposta “justeza” da tarifa, ela não foi informada de modo tempestivo e adequado à Autora), resgate-se que o nome fantasia da Ré, TIM, significa Telecom Italia Mobile. A Ré, portanto, é uma ramificação da multinacional italiana TIM. Dito isso, e considerando que a viagem da Autora se destinou justamente à Itália, é certo que os custos marginais (aqueles necessários para que se atenda mais um consumidor) que a TIM brasileira incorre ao disponibilizar o serviço de banda larga na Itália são reduzidos, pois é a TIM italiana que lhe franqueia todos os recursos materiais para tanto.

19. De qualquer maneira, ainda que assim não fosse e mesmo que se desconsidere o vício de informação, cabe à Ré, **em razão da inversão do ônus da prova, que se requer na forma do art. 6º, VIII, do CDC**, comprovar que o preço de R\$ 33,00 por MB não é abusivo. A inversão é necessária, pois, além de a Autora ser hipossuficiente, é inteiramente verossímil a alegação de que a tarifa internacional de R\$ 33,00 por MB é manifestamente excessiva se comparada com a nacional, pela qual, pagando apenas R\$ 49,90, a Autora utilizou 546,64 MB em maio de 2010, por exemplo, ou seja, **menos de um centavo por**

MB (cf. doc. 02). **Em outras palavras, a tarifa internacional é 366 vezes maior que a nacional!!!**

20. Diante disso, percebe-se que:

- a) as cobranças relacionadas nas linhas 53 a 62 da página 3 e nas linhas 1 a 16 da página 4 da fatura questionada (vencimento em 12/07/2010) são ilegais por (i) falta de prévia e/ou adequada informação e (ii) abusividade da exigência, sendo cada um desses motivos por si só suficiente para acarretar a nulidade;
- b) as cobranças relacionadas nas linhas 17 e 18 da página 4 são ilegais por (i) falta de adequada informação e (ii) abusividade da exigência, sendo também cada um desses motivos por si só suficiente para acarretar a nulidade.

III – ANTECIPAÇÃO PARCIAL DE TUTELA

21. Como se percebe pela notificação enviada pela Ré (doc. 07), a cobrança indevida prosseguirá, inclusive mediante a já anunciada inscrição do nome da Autora nos nefastos cadastros de proteção ao crédito. Necessário, assim, diante da verossimilhança das alegações acima expendidas e da iminência do dano de difícil reparação, antecipar parcialmente os efeitos da tutela para o fim de sustar a exigibilidade dos valores apontados nos itens 20.a e 20.b supra (aos quais devem ser acrescidos os impostos), impedindo-se também a Ré, por consequência, de promover a inscrição do nome da Autora em quaisquer cadastros de proteção ao crédito.

22. Note-se que, como a Autora, fazendo uso da portabilidade, fez migrar sua linha para a operadora CLARO, o contrato com a Ré já se encerrou, o que permite a imediata inclusão da Autora nos cadastros de inadimplentes. Acirrou-se, portanto, o *periculum in mora*, que, nesse grau, autoriza, *data venia*, a concessão da liminar *inaudita altera pars*.

23. Quanto às demais despesas veiculadas nessa fatura, na verdade já estão pagas, pois, como visto, a Autora adiantou, relativamente à fatura com vencimento em julho,

por ilegal exigência da Ré, o valor de R\$ 1.100,00 (cf. item 8 supra), mais que suficiente para cobrir as verbas não questionadas nesta ação, havendo inclusive um saldo a ser restituído, conforme também aqui se requer.

IV – CONCLUSÃO E REQUERIMENTOS FINAIS

24. Pelo exposto, e pelos elevados suplementos a serem aportados por Vossa Excelência, requer-se:

- a) a concessão da tutela antecipada *inaudita altera pars*, nos moldes especificados no capítulo III supra, ao final, com a procedência, confirmando-se essa liminar;
- b) a inversão do ônus da prova, com fulcro no art. 6º, VIII, do CPC;
- c) sejam declarados inexigíveis os valores especificados nas linhas 53 a 62 da página 3 e nas linhas 1 a 18 da página 4 da fatura com vencimento em 12/07/2010, bem como dos valores resultantes da incidência de impostos (nomeadamente o ICMS) sobre tais cobranças e dos consectários contratuais e legais;
- d) seja a Ré condenada a não inscrever o nome da Autora em cadastros de proteção ao crédito, relativamente aos valores declarados inexigíveis;
- e) seja a Ré condenada a devolver à Autora os R\$ 1.100,00 que foram pagos em adiantamento da fatura relativa a julho de 2010, descontados os valores da fatura com vencimento em julho de 2007 que não forem declarados inexigíveis, acrescendo-se os juros legais e correção monetária calculados desde o desembolso (07.06.2010).

25. Requer-se ainda a designação de audiência de conciliação (art. 277 do CPC), citando-se a Ré, com pelo menos dez dias de antecedência, **via postal**, para, em querendo, contestar a presente ação.

26. Postula-se, observada a inversão do ônus em desfavor da Ré, provar o alegado por todos os meios em Direito admitidos, a exemplo da juntada de documentos e da requisição de documentos e informações por ofício.

Dá-se à causa o valor de R\$ 6.000,00.

Termos em que,

Pede deferimento.

Joinville, xx de xxxxxxxx de 20XX.

Lucas Fajardo N. Hildebrand

OAB/SC 20.533-A