

**EDIÇÃO 4** FEV/2021 - MAR/2021  
ISSN 2675-9403



**TJPR**

# GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



**EJUD-PR**  
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

## **Editor-Chefe**

José Laurindo de Souza Netto

Ramon de Medeiros Nogueira

## **Conselho Editorial**

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Juiz de Direito em 2º Grau Anderson Ricardo Fogaça

Juiz de Direito em 2º Grau Ruy Alves Henriques Filho

Juiz de Direito André Carias de Araujo

## **Coordenação**

Adriane Garcel

## **Supervisão Editorial**

Karen Paiva Hippertt

## **Revisão**

Gustavo Calixto Guilherme

Letícia de Andrade Porto

Laura Gomes de Aquino

Miriane de Cássia Melniski Bojarski

## **Editoração e Layout**

Lucas Ashikaga Bernini

Luiz Fernando Patitucci

**Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, e. 4. v.1, n. 4, Curitiba, fev-2021/mar-2021.**

**Bimestral**

**ISSN 2675-9403**

**Disponível em: [www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul](http://www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul)**

**1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.**

**CDU: 340**

**É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.**

**As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.**

# EDITORIAL

A expansão pandêmica da COVID-19 proporcionou um impacto duplo ao Poder Judiciário em todo o país: ao mesmo passo que instaurou novos desafios, acabou também por potencializar aqueles já enfrentados por magistrados, magistradas, servidores e servidoras. Em tal cenário, uma prestação jurisdicional eficiente pode significar a chance de êxito e manutenção de uma vida.

Entretanto, é importante sempre mirar o horizonte em tempos como esse que agora atravessamos, justamente para que se possa enxergar, para além daquilo que já passou, aquilo que ainda virá, em um porvir que se avizinha a cada instante. No ano que se encerrou, concretizou-se nesta Corte Estadual oportunidade de se estabelecer as balizas para diversas discussões que, direta ou indiretamente, perpassam as repercussões da pandemia na vida de inúmeros paranaenses, desde a proteção de interesses contratuais até o estabelecimento das premissas para os seguimentos das atividades educacionais de caráter público e privado. Agora, aberto um novo ciclo, a gestão do biênio 2021/2022 deste Tribunal de Justiça segue impulsionada pelo desafio de promover a prestação jurisdicional da forma mais concreta possível.

Abre-se, com isso, a projeção da relevância das políticas judiciárias inerentes a cada dimensão da cúpula diretiva de nosso Tribunal, no compromisso multifuncional de permitir a melhor forma de atuação a servidores e servidoras a fim de implementar, em máxima medida possível, a dimensão de dignidade a pessoas que por vezes apenas alcançam por meio da atuação do Poder Judiciário. Também a Revista Galha Azul, periódico científico bem idealizado pelo eminente Desembargador José Laurindo de Souza Netto, nosso Presidente, cumpre com esse desafio, na medida em que todos os artigos que seguem compõem-se como estudos voltados à prestação jurisdicional em concreto.

Como bem escreveu Guimarães Rosa em seu eterno "Grande Sertão: Veredas", não podemos esquecer que "o correr da vida embrulha tudo. A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem". E é justamente com esse espírito de ânimo e força que sempre seguiremos com o olhar posto ao horizonte, construindo o amanhã.

**Joeci Machado Camargo <sup>1</sup>**

2ª Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Coordenadora do Programa Justiça no Bairro

---

<sup>1</sup> Joeci Machado Camargo é Desembargadora do TJPR, onde atualmente é 2ª Vice-Presidente. Fundadora e Coordenadora do Programa Justiça no Bairro e dos Polos Avançados de Conciliação das Varas de Família. Professora da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Participante de diversos Congressos Nacionais voltados à área de Direito das Famílias e Acesso à Jurisdição. Agraciada com o Prêmio História de Sucesso no *World Family Summit* realizado pela Organização das Nações Unidas – ONU, na China (2004).

# SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> Joeci Machado Camargo	<b>3</b>
<b>ARTIGOS</b>	
<b>JUSTIÇA: ENTRE A OBSCENIDADE E A ARTE</b> Autor(es): Tiago Gagliano Pinto Alberto	<b>6</b>
<b>O DESENVOLVIMENTO E A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA PRÁTICA: OS PROJETOS REALIZADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ</b> Autor(es): José Laurindo de Souza Netto, Gustavo Calixto Guilherme, Adriane Garcel	<b>15</b>
<b>PRISÃO PREVENTIVA E CONTEMPORANEIDADE ADEQUADA NOS DELITOS DE COLARINHO BRANCO</b> Autor(es): Fernando Bardelli Silva Fischer	<b>23</b>
<b>COMO CONCEBEMOS A JUSTIÇA: O DEBATE ENTRE RAWLS E SANDEL E A SUA APLICAÇÃO A PARTIR DA ANÁLISE DE SITUAÇÕES DA PRÁTICA JURÍDICA E SOCIAL BRASILEIRA</b> Autor(es): Nicola Frascati Junior, Jacqueline Sophie Periotto Guhur Frascati, José Antonio Francisco	<b>35</b>
<b>DESPERSONALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DO ROMANCE “A HORA 25” E O MÉTODO APAC COMO MEIO RESTAURADOR DA PESSOA</b> Autor(es): Gilmar Siqueira, José Sebastião Fagundes Cunha, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior	<b>50</b>
<b>VIABILIDADE DA PROGRESSÃO POR SALTO EM CASOS DE AUSÊNCIA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO</b> Autor(es): Marina Vitória Milani	<b>57</b>
<b>OS MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO E A LIQUIDEZ DAS RELAÇÕES DO MUNDO PÓS-MODERNO COMO CONCRETIZADORES DO DIREITO FRATERNAL FRENTE A CULTURA ADVERSARIAL</b> Autor(es): Daniele de Carvalho Haurani, José Laurindo de Souza Netto, Anderson Ricardo Fogaça	<b>67</b>
<b>TEXTO DE OPINIÃO</b>	
<b>PROJETO MORADIA LEGAL</b> Autor(es): Abraham Lincoln Merheb Calixto	<b>73</b>

# ARTIGOS

## JUSTIÇA: ENTRE A OBSCENIDADE E A ARTE

Tiago Gagliano Pinto Alberto <sup>1</sup>

O presente artigo trata do estudo das teorias da justiça a partir da análise do caso do performista Maikon Kempinski, que foi autuado e processado por ato obsceno, sendo o procedimento criminal trancado em função de habeas corpus deferido pela 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal do Paraná. O artigo tem como objetivo pesquisar e descrever algumas variantes decisórias para o caso, do ponto de vista de três teorias de justiça e segundo o pensamento de seus expoentes. Dessa forma, serão tratadas algumas possíveis perspectivas do ponto de vista utilitário, liberal e comunitário, expondo seus contornos teóricos, princípios e características, de modo a contribuir para o convencimento do leitor acerca do cabimento, ou não, da abordagem judicial.

**Palavras-Chave:** Arte. Justiça. Obscenidade.

The present article deals with the study of theories of justice based on the analysis of Maikon Kempinski's case, a performer who was prosecuted for an obscene act, however, released when the judgment of the 4th Special Appeals Court of the Paraná Court decided to uphold Habeas Corpus' request that the criminal action should be closed. We will seek to research and describe some variants for the case from the point of view of three theories of justice according to the thinking of its greatest exponents in order to investigate, based on the judged case, some possible prospects from the chosen point of view, liberal and community, exposing its theoretical outlines, principles and characteristics, in order to contribute to the reader's conviction about the appropriateness, or not, of the judicial approach.

**Keywords:** Art. Justice. Obscenity.

---

<sup>1</sup> Pós-doutorado em psicologia cognitiva pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Pós-doutorado em Direito pela Universidade de León / ES. Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Juiz de Direito. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Endereço eletrônico: tiagogagliano@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

Maikon Kempinski é um artista que foi protagonista de uma situação inusitada em Londrina, cidade do interior do Estado do Paraná, em função de apresentação artística urbana que consistiu no seguinte: colocar-se dentro de uma imensa bolha de plástico, completamente nu, para apresentar o show denominado "DNA de DAN", no qual permaneceu sem movimento enquanto uma substância se secava sobre seu corpo, sucedida por dança ritualística em que interagiu com o público, que via tudo ocorrer sem acreditar.

Obviamente, o "show" tinha como propósito causar polêmica e indignação, o que facilmente conseguiu. Algumas pessoas se sentiram desconfortáveis, razão pela qual notificaram a polícia. O agente estatal que recebeu o caso decidiu iniciar investigação contra Maikon por violação ao artigo 234, inciso II, do Código Penal Brasileiro, que tipifica como crime a realização de espetáculos teatrais e exposições de filmes de natureza obscena, ou, ainda, qualquer outro espetáculo com o mesmo caráter que aconteça em locais públicos.<sup>i</sup>

Com o objetivo de trancar a ação penal deflagrada contra o artista de rua, sua defesa impetrou habeas corpus dirigido à Quarta Turma Recursal, sendo ao final concedida a ordem sob os seguintes argumentos: (i) o show foi autorizado pelas autoridades competentes, razão pela qual não poderia ser considerado criminoso; (ii) o espetáculo fez parte de um Festival de Dança Tradicional da cidade, ao qual compareceram apenas os interessados; (iii) o artista fez sua apresentação em outras cidades, como São Paulo e Rio de Janeiro, sem qualquer embaraço legal; (iv) não é admissível que tantas pessoas se considerem capazes de julgar as eleições alheias, como se fossem censoras umas das outras; (v) o artigo do Código Penal que dispõe sobre o crime de ato obsceno é inconstitucional.<sup>ii</sup>

Diante do provimento decisório, surgem os seguintes questionamentos: nas circunstâncias do caso caberia dizer que a decisão da Quarta Turma Recursal foi acertada? Foi "justa"? O que entendemos pela palavra Justiça e o que devemos fazer para percebê-la?

Este artigo terá como foco pesquisar e descrever algumas variantes decisórias para o caso, do ponto de vista de três teorias de justiça e segundo o pensamento de seus maiores expoentes. Ao final, se o artigo for bem-sucedido, o leitor poderá decidir se acredita que Maikon Kempinski cometeu ou não o delito que se lhe imputou.

### 1 O QUE É A JUSTIÇA?

O estudo das teorias da justiça constitui uma das facetas mais fascinantes e estimulantes do direito, em grande parte porque revela um cenário em que todos os casos estarão certos ou errados de acordo com o caminho teórico que cada estudioso decidir adotar. Não existe algo como uma resposta única e definitiva para o que seria justo, como Hans Kelsen nos ensinou em seu livro sobre a Justiça.

Ao perguntar o que é justiça, o filósofo austríaco inicialmente menciona a pergunta que Pilatos teria feito a Jesus Cristo: "O que é a verdade?" Essa pergunta não teria sido respondida por quaisquer dos interlocutores e, segundo Kelsen, esse conceito não tem uma resposta definitiva. Para

este importante autor, a ideia de justiça está intrinsecamente ligada à concepção de felicidade, que também encontra dificuldades de definição, podendo ser caracterizada de forma diversa dependendo da teoria básica que se opte por seguir (KELSEN, 2001). A felicidade, se considerada individualmente, traz uma luta inglória em sua definição quando associada ao conceito de justiça.

Ao assumir a felicidade como sinônimo de Justiça, a teoria utilitarista, por exemplo, apresenta-nos algumas abordagens que associam o que há de mais útil e eficaz, seja do ponto de vista pessoal ou da sociedade. Para a teoria libertária, em outro quadrante, a felicidade (e a justiça, portanto) estaria envolvida na aplicação estrita dos direitos individuais, ao passo que para a teoria comunitária nem a felicidade ou a justiça atuariam de maneira tão importante quanto o bem comum da comunidade.

Como se pode perceber, não há possibilidade de pensar de modo binário; por isso, não é possível reduzir a abordagem para uma resposta certa ou errada, ao menos no campo da Justiça. Dependendo simplesmente do preceito teórico que se decida adotar, haverá um conjunto de definições, pressupostos, características e objetivos que embasarão uma ou outra resposta sobre determinado tema. Com as teorias da justiça, estamos em um ambiente onde efetivamente tudo é relativo.

Mas então qual seria a vantagem de estudar e aplicar as teorias da justiça, considerando o caráter subjetivo no mundo fático?

Embora a compreensão do que seja justo, bom, felicidade, virtude, ideia e adequado tenda a ser relativa, é importante sugerir uma posição teórica e epistemológica para apoiar os argumentos, a fim de que não prevaleçam posturas meramente individualistas e subjetivas dissociadas de quaisquer análises teóricas e, bem por isso, entregues completamente ao voluntarismo e à boa vontade do decisor.

Ademais, o exame das teorias da justiça vai além da esfera do mero deleite e prazer, atingindo, na realidade, a aparência da indispensabilidade, da necessidade efetiva e inevitável, de modo que não haverá forma de tomar decisões sem amparo nas teorias da Justiça. Decidir é escolher o que se acredita ser certo ou bom e essas noções não estão longe da Justiça; em vez disso, estão fortemente envolvidas e imbricadas entre si. Vejamos, portanto, algumas opções teóricas.

## 2 ALGUMAS ABORDAGENS SOBRE A JUSTIÇA

### 2.2 A teoria utilitária

Em "Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação", Jeremy Bentham (1984, p. 5) enunciou o princípio que representa, para ele, a marca registrada do pensamento utilitário, sua teoria ética:

A natureza colocou a humanidade sob o controle de dois senhores soberanos: a dor e o prazer... O trono desses dois senhores está vinculado, por um lado, à regra que distingue o que é certo do que é errado e, por outro, à cadeia de causas e efeitos (BENTHAM, 1984, p. 5).

Bentham viveu na Inglaterra entre 1748 e 1832 e é aceito como o pai do utilitarismo - como uma filosofia moral<sup>iii</sup>. Suas ideias giravam em torno de muitos eixos, apresentando interesses pluritemáticos que variavam desde a reforma dos sistemas educacionais e penais até a criação de um sistema completo de pensamento filosófico.

Bentham, também conhecido por seus detratores como um "radical filosófico", embora tímido e modesto na companhia de estranhos, interessou-se pela ética e pela política como forma de combater a falta de racionalidade na aplicação da lei, a distribuição de recursos públicos e o governo. A partir dos princípios teóricos que cunhou, entendeu que a maioria deve governar com base em critérios escolhidos por eles próprios, racionais a ponto de poderem ser vistos e percebidos como corretos, sem apelar para qualquer entidade mística ou racionalidade duvidosa.

Bentham tratou os princípios de "maior felicidade" e "associação" como os fundadores de seu sistema filosófico e, ao mesmo tempo, político e legal. A associação tinha um caráter comportamental determinista e baseava-se na noção de causalidade, revelada pela associação de i) ideias e linguagem; e de ii) ideias em ideias.

Por esta razão, a concepção de associação de Bentham é baseada na teoria do "reflexo condicionado" de Pavlov, que correlaciona estímulo e a reação no ambiente de tomada de decisão e a elaboração de regras de ação, manifestações jurídicas, políticas e sociais<sup>iv</sup>. Ou seja, sentimos dor e nos afastamos; percebemos prazer e nos aproximamos dele. A maior felicidade, por outro lado, está na ideia da distribuição dos bens e na escolha dos indivíduos de carne e osso sobre o que lhes parece racional.

A felicidade que se busca não seria exatamente a do indivíduo, embora a extensão da ação para qualquer tomada de decisões racionais e utilitárias seja, de fato, a busca do prazer e a fuga da dor; mas, na realidade, uma atividade legislativa capaz de equilibrar interesses individuais e coletivos, a partir de um entendimento racionalmente visualizado. Desse ponto de vista, alguém poderia discordar de uma política pública, ou de uma lei, por exemplo, mas não poderia dizer que o ato tem como fonte o interesse exclusivo de quem exerce o poder, ou mesmo objetivo diverso ao bem-estar da comunidade com base em princípios orientadores escolhidos pela própria comunidade.

Por outro lado, assim como a racionalidade conduz à previsibilidade e se alimenta de aspectos objetivos, também evita as subjetividades na aplicação do direito e das leis vigentes. Um criminoso será punido por seu crime e não pelo que é, já que violou uma ordem previamente estabelecida pela sociedade, assumindo para si o ônus de ser punido por sua decisão. Todos, portanto, devem ser tratados de forma igual, a menos que haja alguma razão em contrário (RUSSEL, 2015, p. 343 - 346). Essa foi a ideia central benthamista<sup>v</sup>.

A liberdade e a individualidade sempre cederam à ideia de segurança para ele. Bentham disse: "As guerras e tempestades são os melhores tópicos para ler, mas a paz e a calma são mais adequadas para suportarmos" (RUSSEL, 2015, p. 346).

### 2.1.1 Princípios da teoria utilitária

Existem quatro princípios centrais para a teoria utilitarista desde a matriz Benthamiana, que se resumem em:

- Maior felicidade para o maior número de membros da sociedade;
- O ponto de vista é sempre o dos indivíduos de carne e osso: os objetivos não dependem de Deus ou de outra entidade;
- Ausência de distinções - é imparcial;
- Evita a discriminação: exige prova de dano com a ação.

Com base nos princípios destacados, a teoria utilitarista parece objetiva e racional; no entanto, não há dúvida de que há problemas a serem discutidos. A composição moral da teoria utilitarista revela o maior problema quando se trata de sua aplicação, principalmente devido à postulação de que os fins justificam os meios quando a sociedade os considera aceitáveis. As consequências que aparecem como um marcador moral do desempenho de qualquer ação ou omissão consistem em um ponto essencial para a crítica, porque, entre outras razões, ameaça a existência de direitos e demonstra ser capaz de relativizar a própria ideia de ser humano.

Voltando ao exemplo de Maikon Kempinski, a infelicidade da maioria dos cidadãos pode, do ponto de vista utilitário, definir a legalidade e até a constitucionalidade de sua atuação artística. Nesses termos, teríamos, ao final, que a lei e o direito seriam definidos pelos gostos populares, como advertiu o juiz que decidiu o caso, Aldemar Sternadt:

Infelizmente, tendemos a subestimar o poder de um déspota ou tolo de causar danos aos outros, mas a ignorância está patologicamente imersa na intolerância para aceitar diferenças (crenças e opiniões de outras pessoas).

É preciso dizer que o ignorante ou o intolerante não é aquele que não sabe alguma coisa, mas aquele que vê sua violência e preconceito como sabedoria. O ignorante é facilmente reconhecido, porque tenta destruir o conhecimento que ameaça lançar luz sobre as trevas que o habitam. Afinal, como o mofo, a ignorância cresce no escuro.<sup>vi</sup>

Portanto, felicidade é um padrão muito fraco para definir justiça, principalmente porque não há consenso sobre o que seja utilidade<sup>vii</sup> e como se correlaciona com o conceito de felicidade e justiça.

Talvez pela dificuldade de definir justiça baseada na felicidade (uma vez que está envolvida com a utilidade, que também não é sólida em termos racionais), ou, ainda, porque a teoria utilitarista se situa mais em um ambiente ético do que propriamente jurídico, com alta dose de avaliação moral por parte do tomador de decisão, outras opções possam ser chamadas a interagir. Vejamos.

### 2.2 A teoria libertária

Robert Nozick (1938 - 2002), um dos defensores da teoria libertária, foi um professor americano de filosofia que lecionou em Harvard, Columbia, Oxford e Princeton.

Seu principal trabalho em filosofia política <sup>viii</sup> foi o popular livro "Anarquia, Estado e Utopia", que apareceu em resposta à teoria da justiça de John Rawls, mas também fez fortes críticas ao utilitarismo (NOZICK, 2011, p. 197).

Na seção relacionada ao utilitarismo, vimos a dificuldade de encontrar um conceito de felicidade, mesmo com as variações sobre a utilidade. Além desse problema, Nozick argumenta que mesmo que o conceito de utilidade se consolidasse, ainda existiriam problemas na aplicação da ideia de maximização.

Observando que "ninguém está em uma posição privilegiada; todos são igualmente importantes" (NOZICK, 2011, p. 197-199), a maximização da utilidade foi fortemente criticada por este autor, baseada na ideia de um agente que executa cálculos utilitários e equipara as relações jurídicas com a moral, mesmo em termos de consequências, a fim de decidir o que é correto, para ser feito com base em cálculos de utilidade.

De acordo com a posição de Nozick - e dos libertários em geral - os indivíduos são fins em si mesmos e não simplesmente meios; não podem ser sacrificados ou usados para fins estatais sem o seu consentimento. A corrente libertária considera que as pessoas não devem ser vistas como instrumentos para a satisfação de algum ideal; não podem ser equiparadas a coisas que, de acordo com o Estado, podem ser levadas de um lado para outro de acordo com a ideologia que a sociedade escolha, mesmo que a decisão provenha da maioria e, por isso, seja "legítima" e considerada "racional" (KARSTEN, BECKMAN, 2013; FRIED, 2004).

### *2.2.1 Princípios da teoria libertária*

Alguns dos princípios mais importantes da teoria libertária são os seguintes, a saber:

#### *Ausência de paternalismo do Estado*

O Estado não deve tentar proteger os seres humanos de si mesmos, mesmo que seu comportamento possa prejudicar sua própria saúde (PATARROYO, 2009; MOLYNEAUX <sup>ix</sup>, 2017). O Estado paternalista, para os libertários, é tão ruim quanto um Estado opressor, na medida em que em ambos os casos a liberdade é mitigada; na primeira, por questões que vão da ideologia à economia e, na segunda, por meio da violência e ameaças graves. Em ambas as conformações há diminuição dos direitos, principalmente da liberdade.

Apontar padrões de virtude ou comportamento é, para os libertários, algo que a esfera pública não pode realizar. Pelo contrário, o conteúdo das declarações provenientes dos Poderes não deve estar relacionado a qualquer posição que não seja estrutural, vinculado à formalização de atos de segurança e ao funcionamento orgânico do sistema público.

#### *Os atos dos Poderes não devem apresentar conteúdo moral*

De acordo com este princípio, o Estado não deve promover virtudes ou expressar as convicções da maioria por meio de legislação ou outros atos que justifiquem as

manifestações dos Poderes constituídos. Por outro lado, o Estado deve entender que ao não comentar ou decidir determinado tema, também está agindo ativamente: liberando espaço para o exercício das individualidades (FISCHER, KANE, VARGAS, PEREBOOM, 2007; BLOCK, 2010; PAUL, 2013).

#### *Não deve haver redistribuição de renda ou riqueza*

Imagine que um determinado trabalhador, que tem cerca de cinco meses de seu salário direcionados para o pagamento de impostos, decida informar ao chefe que não trabalhará durante esse período, porque não lhe pagariam. O que aconteceria? Se você, leitor, respondeu que a atitude deste trabalhador poderia lhe custar o emprego, acertou. Ou seja, o empregado seria punido por não trabalhar, embora seja razoável acreditar que durante esse período ele realmente estivesse trabalhando sem remuneração.

Agora, volte no tempo e observe a época em que a escravidão era admitida. Naquela época, os escravos não percebiam pelo trabalho; e, se eles se recusassem a trabalhar, o que acontecia? Eles eram punidos.

A conclusão libertária para não reconhecer a legitimidade na redistribuição de renda ou riqueza é que se as causas e consequências, antes e depois da escravidão, são as mesmas, geradas pela mesma situação, então o atual empregado, que tem parte de seu salário direcionado aos impostos e, apesar disso, deve trabalhar, deve também ser considerado um escravo, pelo menos do ponto de vista fático. Por essa razão, a teoria libertária não permite a redistribuição de renda ou riqueza, já que seria como obrigar o ser humano a trabalhar para o bem dos outros, sem ser remunerado e até mesmo com a possibilidade de ser punido. Murray Rothbard é muito enfático neste ponto:

O imposto é um roubo, puro e simples, mas é um roubo colossal e em grande escala que nenhum criminoso popular pode sonhar em equiparar. É uma aquisição obrigatória da propriedade dos habitantes ou súditos do Estado. Seria um exercício instrutivo para o leitor cético tentar formular uma definição de imposto que também não incluísse o roubo. Como o ladrão, o Estado exige dinheiro equivalente ao alvo de um revólver; se o contribuinte se recusar a pagar, seus bens serão confiscados à força e, se ele resistir ao saque, será preso ou fuzilado se continuar a resistir (ROTHBARD, 2010).

A não redistribuição de renda e riqueza é central para a teoria libertária, já que a liberdade pode ser diretamente afetada pela natureza obrigatória da arrecadação de impostos (BADER, MEADOWCROFT, 2011; KYMLICKA <sup>x</sup>, 2006). A afirmação de Murray de que a tributação é um "roubo institucionalizado" pelo Estado demonstra o nível de complacência (ou melhor, a falta dela) que os libertários oferecem à atitude de o Estado meter as mãos nos bolsos dos cidadãos e tomar parte da renda para as necessidades públicas.

Vinculado a esta questão, há ainda o sempre lembrado monopólio estatal do uso da violência, ao qual se acrescenta a dicção exclusiva do Direito (MURPHY <sup>xi</sup>, 2010). Numa sociedade em que só o Estado tem competência para ditar a lei e aplicá-la, com poder de recorrer à violência legítima e institucionalmente autorizada, não haverá

alternativa ao cidadão senão oferecer à sociedade a sua submissão total e absoluta

### 2.2.2 A posse de si mesmo como eixo central da teoria libertária

Entre os eixos da teoria libertária<sup>xii</sup>, a posse de si mesmo ocupa, sem dúvida, espaço especial. O restante se desenvolve a partir dela (OTSUKA, 2003, p. 1 - 40). Apenas considerando que o indivíduo tem o direito de ser visto como um fim e não apenas um meio para se alcançar algo, principalmente por parte do Estado, será possível considerar uma sociedade justa que, resolvendo seus problemas, não se ocupe apenas da Justiça Social, mas em desenvolver direitos e promover a liberdade.

Logo, tendo garantido a posse do próprio corpo, o libertarismo tratará do que se conhece como homesteading ou apropriação original, argumentando que não pode ser considerado legítimo obter a propriedade de alguém, sob qualquer justificativa. Apropriar-se da produção de outros significa escravizar aqueles que a produziram, o que afetaria a raiz original do libertarismo.

É por isso que o estudo da apropriação original é tão importante para os seguidores dessa corrente de pensamento. Alguns autores a justificam com base na lei natural (Rothbard), enquanto outros, como Locke e Nozick, sobre a res nullius, ou seja, algo que é de ninguém e, portanto, pode alguém apropriar-se sem qualquer tipo de desconforto ou lesão a direito. Se o homem trabalha a terra e assim obtém produtos, estes só surgiram devido ao seu trabalho e, bem por isso, legitimam a propriedade inerente. Afetar a propriedade implicaria afetar o próprio corpo daqueles que trabalharam para obtê-la.

No caso de Maikon Kempinski, a posse de si mesmo poderia justificar tanto sua performance artística, como também a iniciativa de quem quisesse assistir ao show, sem que o Estado pudesse se intrometer de qualquer forma ou por qualquer meio. Contudo, ainda haveria uma questão, que, inclusive, foi o motivo central para justificar a conduta do promotor de justiça: o fato de algumas pessoas se sentirem incomodadas com o acontecimento, considerando que a lei as protege de práticas sociais inadmissíveis. O relator do caso, Aldemar Sternadt, considerou, a respeito do ponto, que:

É inaceitável, portanto, imaginar que meia dúzia de pessoas perturbadas ou sensíveis à nudez do artista, em sua opinião, atrapalham uma apresentação artística. A arrogância e a ignorância saltam à vista! São pessoas que querem ser guardiãs de toda uma população, hipócritas que acreditam ter o poder de censurar o que o próximo pode ouvir, ver e consumir!<sup>xiii</sup>

Essa questão nos leva à seguinte indagação: como definir e separar a vontade geral da sociedade do comportamento de meia dúzia de pessoas perturbadas, como disse o voto? A teoria libertária, embora do ponto de vista da posse de si, é incapaz dessa análise, de modo que nos voltaremos a outra proposta teórica: o comunitarismo.

## 2.3 A teoria comunitária

O surgimento da escola comunitária é geralmente associado aos escritos de Robert Bellah, Charles Taylor, Michael Walzer e Alasdair MacIntyre na década de 80 do século XX. Esse recorte temporal poderia levar ao entendimento de que esta corrente é muito recente na história da humanidade, o que, no entanto, não seria correto, apesar do fato de que o atual formato do comunitarismo é atribuído a esses autores – que, principalmente devido ao desacordo com a teoria liberal-igualitária sustentada por John Rawls em "*A Theory of Justice*" (RAWLS, 2016), decidiram desenvolver, pesquisar e apresentar uma outra maneira de aplicar a justiça na vida cotidiana.

De fato, as características da teoria da comunidade podem ser identificadas em Aristóteles, por meio de sua concepção da ética da virtude na teoria social e política, posteriormente recuperada por MacIntyre (FARRELL, 1995, p. 69 - 94); e também em Hegel devido à sua teoria ética, amplamente utilizada por Charles Taylor para construir a ideia de framework (TAYLOR, 2003).

No entanto, a partir da década de 80 do século passado e os escritos de autores proeminentes, a teoria foi organizada e definida em seus contornos atuais. Outros autores foram acrescentados aos iniciais, como Michael Sandel, Bernard Williams, Stuart Hampshire, Susan Wolf e Amitai Etzioni, cada qual reafirmando os princípios fundamentais da comunidade e agregando seus pontos de vista sobre o assunto. Essas novas abordagens levaram à evolução da teoria, que passou a apresentar variações: i) comunitarismo conservador (MACINTYRE, 1998; 1999; 2007); ii) comunitarismo progressivo<sup>xiv</sup> (TAYLOR, 2015, p. 58 - 59); iii) comunitarismo moderado (WALZER, 2003, p. 3); iv) comunitarismo estrutural (ou orgânico) (RUBIO, 2007); e v) comunitarismo responsivo (ou sociológico) (ETZIONI, 1968).

Embora existam variações atuais da teoria da comunidade, seus princípios são comuns. Vejamos:

### 2.3.1 Princípios da teoria comunitária

#### *A visão social (ou a tese social)*

Desse ponto de vista, a comunidade está no centro do debate – e não o Estado (como na teoria utilitarista) ou os indivíduos (como na teoria libertária). O aspecto atomístico, que caracteriza o liberalismo e capacita as pessoas a considerarem a existência de um direito intocável inserido em seu patrimônio pessoal, é eliminado em favor da existência de instituições e normas que colocam a sociedade como principal criadora e receptora de valores. Todos os direitos, deveres, instituições e regulamentos correspondentes só serão materialmente justificados se, e na medida em que, reflitam a realização dos valores praticados pela sociedade e com vistas à sua defesa.

A comunidade, neste ponto, é a condição ontológica do ser humano.

Em vez do individualismo, propõe-se coletivismo. Mais importância e consideração devem ser dadas aos valores da fraternidade, igualdade e liberdade do que aos desejos pessoais ou mercantis. Além disso, o governo local será, em geral, mais vigoroso e decidido, prevalecendo as ideias de associativismo e de autogestão (NINO, 1989).

## *O bem comum*

Embora a escola comunitária seja classificada como uma das muitas teorias da Justiça, paradoxalmente a Justiça não é o principal objetivo perseguido pelos partidários dessa corrente de pensamento. Pelo contrário, o bem comum terá prioridade como um objetivo a ser buscado pela comunidade; a justiça não deve ser ignorada ou simplesmente abandonada, mas não estará no centro das preocupações de uma sociedade que se orienta por valores sociais. Entre alcançar o bem comum e a justiça, o primeiro será escolhido (GARGARELLA, 2008).

Sob este cenário, é possível refletir sobre relativizar o direito em função do bem comum. Se em Londrina, a cidade em que aconteceu a atuação de Maikon Kempinski, considera-se que tirar a roupa e ficar nu para o público não é algo legítimo de acordo com a visão do bem comum compartilhado pelos membros da sociedade, despidendo a análise da justiça do caso, uma vez que a Justiça não seria o primeiro padrão de análise a ser considerado.

Esse ideário poderia ser combatido sustentando que o direito individual não pode ser rejeitado por considerações genéricas sobre o bem de toda a sociedade. Acontece que, na esfera comunitária, o próprio indivíduo não reconheceria, embora à custa da sua liberdade pessoal, qualquer outro direito senão aquele que a sociedade o concede, porque, como se verá a seguir, não haverá desenvolvimento individual distante do que a sociedade – e, por outro lado, a tradição, (e não necessariamente a lei) – construa como agente produtor do direito.

## *Desenvolvimento social aliado ao indivíduo*

Você já notou como mantemos as tradições familiares mesmo sem perceber? Dê uma olhada em sua ancestralidade e veja se você e sua família mantêm algum hábito de seus avós, bisavós, etc. Provavelmente sim; e isso porque, segundo os comunitaristas, nossas conexões são sociais e acontecem dentro de uma comunidade específica.

Alasdair MacIntyre, por exemplo, refuta o atomismo das teorias liberais, considerando não haver qualquer tipo de identidade anterior à existência da comunidade da qual o sujeito faz parte, insere-se e desenvolve sua vida. Só na sociedade, diz o autor, o ser humano pode cultivar sua virtude, excelência moral e política. Para ele, a tradição e as práticas sociais garantem a identidade do ser humano, que simplesmente não pode existir sem elas (MACINTYRE, 1988; 2007).

A identidade entre a narrativa da vida em sociedade, os bens da comunidade e a vida privada é o que garantirá o traço peculiar do ser humano. O ser humano nasce cheio de histórias, narrativas e bens. MacIntyre denomina as diferentes formas de pensar não localizadas no meio social de "emotivismos" e explica poderem variar de acordo com as preferências morais e emocionais da época, enquanto as características da comunidade são fixas e permeiam o ambiente intergeracional (MITCHELL, 2018, p. 99).

Charles Taylor, por sua vez, traduz essa concepção da ideia de um framework, que representa um marco a partir do qual a vida humana se desenvolve. Vivemos neste tipo de bolha cultural criada por nossa comunidade e estamos tão

absortos à realidade ao nosso redor que nem nos sentimos confortáveis em tentar sair dela (TAYLOR, 2015). Tente, por exemplo, mudar algo drasticamente na sua rotina, adotando o hábito de outra religião ou de outra nacionalidade, e veja se no final foi uma tarefa fácil ou complicada. Se você é católico, tente adotar as práticas do *Shabat* (ou *Sabbat*). Se você é descendente de italianos, experimente mudar sua dieta, adaptando-a às da cultura indiana e veja se parece fácil se acostumar a essa mudança. Provavelmente, mesmo organicamente será difícil se adaptar.

De acordo com Taylor, vivemos em um framework que nos define como pessoas, indivíduos e cidadãos. Nosso panóptico invisível é tão soberano em relação às nossas vontades e intenções que não podemos, sem esforço muitas vezes grande, escapar dos hábitos, tradições e modos de vida já consolidados na nossa genética familiar e na sociedade em que vivemos.

Nessa concepção, o indivíduo e a sociedade não são opostos. Pelo contrário, a proposta da comunidade é que façam parte de um mesmo eixo, a partir do qual podem evoluir juntos, mudando à medida em que um altera o outro. A relação indivíduo-sociedade, para os membros da comunidade, é mais uma simbiose do que uma disputa de espaço (TAYLOR, 2005; 2005).

A participação na sociedade requer, nesta linha de pensamento, alguns sacrifícios individuais. E, considerando que o indivíduo vive em um *framework* capaz de defini-lo e moldá-lo, será muito difícil para ele simplesmente escolher, sem nenhum custo pessoal, abandonar este complexo modelo de significantes culturais, sociais, antropológicos e religiosos, traços normativos e vários outros que se resumem na tradição.

O direito, no ambiente comunitário, representa apenas uma das características a partir das quais se constrói uma realidade muito mais ampla do que apenas a regulamentação. A tradição substitui o direito, na medida em que é conglobada, num movimento centrípeto, de tal forma que traz para o seu interior os mais importantes vestígios da vida em sociedade, revelando-se, portanto, capaz de produzir realidades de aceitação: prática, jurídica e psicológica.

## *A existência de uma cosmovisão*

Para ilustrar essa característica, consulte os seguintes artigos da Constituição Boliviana:

Artigo 2. Dada a existência pré-colonial das nações e povos indígenas camponeses nativos e seu controle ancestral sobre seus territórios, sua autodeterminação é garantida no âmbito da unidade do Estado, que consiste em seu direito à autonomia, ao governo, a sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e à consolidação de seus entes territoriais, nos termos desta Constituição e da lei. Artigo 8. I. O Estado assume e promove como princípios ético-morais da sociedade plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (não seja preguiçoso, não seja mentiroso nem seja ladrão), suma qamaña (viva bem), ñandereko (vida harmoniosa), teko kavi (vida boa), ivi maraei (terra sem mal) e qhapaj ñan (modo de vida nobre).<sup>20</sup>

Se você examinou cuidadosamente os artigos citados, deve ter notado a deferência da Carta aos povos camponeses indígenas originais. A importância que lhes é dada é tão forte que até as línguas adotadas pelos povos são reconhecidas como oficiais (além do espanhol), bem como seus princípios ético-morais: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (não seja preguiçoso, não seja mentiroso ou ladrão), *suma qamaña* (viva bem), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa), *ivi maraei* (terra sem mal) e *qhapaj ñan* (caminho da vida nobre).

A Constituição boliviana é um belo exemplo de cosmovisão consagrada na lei. A teoria da comunidade defende a ideia de que não existe apenas uma maneira de olhar a realidade; e que as formas diversas e plurais de ver o mundo são idênticas em importância. Não há, nem pode haver, para esta corrente, qualquer tipo de hierarquia quanto aos princípios ético-morais escolhidos pelas mais diversas sociedades para o desenvolvimento da vida de seus habitantes. E se uma agenda universalista for positiva em algum estatuto cuja obrigatoriedade decorra da intervenção externa à comunidade, simplesmente não terá legitimidade no meio social interno. Será um não-direito e, como tal, sem necessidade de aplicação.

A visão de mundo parte do caráter horizontal das realidades plurais e é rica em peculiaridades regionais, reivindicando igual proteção a todas as formas de manifestações culturais existentes em qualquer sociedade. Por isso, situa-se em um campo totalmente diferente daquele dos regimes jurídicos ou econômicos que postulam a padronização de comportamentos, práticas e meios de produção.

Em uma sociedade que se baseia nas ideias de *teko kavi* (vida boa) ou *ñandereko* (vida harmoniosa), o dinheiro e a economia podem não ser tão importantes.

Os contratos capazes de gerar cumprimento em função de suas normas internas, índices econômicos ou mesmo de decisão judicial podem não surtir os mesmos efeitos em comunidades com base nessa teoria, em que a representação desses símbolos de consenso, poder econômico e força coercitiva da jurisdição pode ter uma hierarquia tão proeminente quanto uma conversa com o líder ou conselho comunitário.

A cosmovisão não pode ser definida a priori, pois cada comunidade terá seu próprio conjunto de crenças ou formas de visão sobre o que é terreno ou espiritual, com o mesmo nível de importância. Ao contrário, a cosmovisão considerará a natureza o ponto de partida das crenças da comunidade, que são estranhas à estrutura naturalmente vertical de instituições, leis, princípios gerais contratuais ou econômicos impostos aos indivíduos.

### 2.3.2 O espetáculo artístico do ponto de vista comunitário

O relator do processo "Maikon Kempinski" afirmou, em sua análise, que o artigo 233 do Código Penal Brasileiro é inconstitucional por violação ao princípio da reserva legal, uma vez que não há especificação sobre o que deve ser considerado ato obsceno em local público, aberto ou exposto ao público, que viole a lei. O juiz então se pergunta: "O que é obsceno? A nudez? O sensual? O erótico? As túnicas sumárias nas ruas, praias e piscinas? A ausência de roupas

para os mendigos e os pobres que vagam pelas ruas de nossas cidades?"

Essa ausência de sentido semântico percebida pelo juiz do caso seria, para a teoria da comunidade, uma lacuna a ser preenchida de acordo com a compreensão social do caráter obsceno da atividade desenvolvida. Pode-se entender, como fez o juiz, que "arte e cultura [...] nunca podem ser consideradas obscenidades"<sup>xvi</sup>, enquanto outros poderiam exibir posicionamento diferente, mas uma vez que a tradição, cujo conteúdo reúne traços culturais, sociais, antropológicos, religiosos e normativos, consolida o que, para aquela comunidade, naquele momento do desenvolvimento da vida social, entendeu como obsceno, isso representará o limite a partir do qual os direitos individuais devem ser concedidos ou não pelo judiciário.

Além do acima exposto, existem outros problemas que podem ser gerados na perspectiva dos direitos humanos, por exemplo: (i) quem tem o direito de dizer o que a sociedade entende como bem ou o bem comum e por quê; (ii) o que é certo equivale ao que é bom para efeitos de justiça; (iii) em que medida será possível diminuir os direitos individuais com base no bem comum; (iv) o comunitarismo permite visões individuais diferentes daquela do bem comum; (v) o que fazer se a tradição não estiver de acordo com as prescrições legais?

Tais questões, no entanto, não serão aqui trabalhadas, mas consistem em exemplos claros de que as questões centrais do comunitarismo, como de resto de todas as teorias da justiça, encontram-se abertas para análise, pesquisa e, sobretudo, aplicação no cotidiano decisório.

## CONCLUSÃO

Quando Maikon Kempinski entrou em sua bolha de plástico na cidade de Londrina/PR, nu, talvez não acreditasse que seu caso fosse tão rico para a investigação e aplicação das teorias da Justiça.

A Quarta Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná julgou o caso sob o ponto de vista de sua concepção do que seria justo sobre o evento artístico e sua possível obscenidade. Isso, entretanto, não afasta outras interpretações acerca do mesmo tema, considerando diferentes nuances teóricas, que, nada obstante, poderiam levar a conclusões diametralmente opostas.

No presente artigo tentamos demonstrar, com base no caso julgado, algumas possíveis perspectivas do ponto de vista utilitário, liberal e comunitário, expondo seus contornos teóricos, princípios e características.

No início do artigo, contamos com Hans Kelsen para argumentar que, embora as teorias da Justiça apresentem diferentes formas de solução para os problemas, por outro lado não será possível, de forma alguma, decidir sem considerá-las de alguma maneira. E, para que fique claro, todas as soluções serão adequadas e igualmente corretas, sem que uma teoria prevaleça em detrimento da outra.

A Justiça é polissêmica e de difícil (ou impossível) definição a priori, como disse Kelsen:

Comecei este ensaio com a pergunta: o que é justiça? Agora, no final, estou plenamente ciente de não ter respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de estar, neste sentido, em

grande companhia. Seria mais do que uma presunção fazer meus leitores acreditarem que eu realizaria o que os melhores pensadores falharam. Na verdade, não sei e não posso dizer o que é justiça, justiça absoluta, esse lindo sonho da humanidade. Devo me contentar com uma justiça relativa, e só posso afirmar o que justiça significa para mim: já que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, é essa justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar. E, além disso, verdade e sinceridade. É a justiça da liberdade, paz, democracia, tolerância (KELSEN, 2001, p. 25).

Não há como terminar este artigo com uma mensagem mais bonita. Se a justiça não pode ser definida porque é plural, isso absolutamente não significa que não pode ser sentida ou praticada, e certamente há muitas maneiras de fazê-lo... Maikon Kempinski tem o direito, então? Não sei. Você deve dizer...

## REFERÊNCIAS

- BADER R.; MEADOWCROFT J. *The Cambridge Companion to Nozick's Anarchy, State, and Utopia*. Cambridge University Press, 2011.
- BENTHM J. **Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural. .ed. 1984.
- BLOCK W. **Defendendo o Indefensável**. Tradução de Rosélis Maria Pereira. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- BOLÍVIA. **Constituição da Bolívia**. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf) Acesso em: 27 abr. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 07 jul. 2020
- CONSULTOR JURÍDICO. **TJ-PR transação penal contra performer acusado de espetáculo obsceno**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-pr-tranca-acao-penal-performer-acusado-ato-obsceno>. Acesso em: 7 jul. 2020.
- ETZIONI A. *La sociedad activa. Una teoría de los procesos sociales y políticos*, Aguilar, Madrid, 1968.
- FARREL M D. *“¿Hay derechos comunitarios?”*. In: Doxa. n. 17-18 (1995). ISSN 0214-8876, p. 69 - 94
- FRIED B H. *Left-Libertarianism: A Review Essay*. In: Philosophy & Public Affairs, v. 32, n. 01.
- GARGARELLA R. **As teorias da Justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GUTIÉRREZ G (1999), PAVLOV, I P (1849-1936). In: *Revista Latinoamericana de Psicología*, 31(3), 557-560. Pérez, A. M., & Cruz, J. E. (2003).
- KARSTEN F, BECKMAN K. **Além da democracia. Tradução de Fernando Manaças Ferreira**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.
- KELSEN H. **O que é justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KYMLICKA W. **Filosofia política contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACINTYRE A. *After Virtue. A Study in Moral Theory*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2007.
- MACINTYRE A. *Social Structures and their Threats to Moral Agency*. In: Philosophy, v. 74, n. 289 (Jul., 1999), p. 311 - 329.
- MACINTYRE A. **Whose Justice? Which Rationality?** Indiana: University of Notre Dame Press, 1988.
- MITCHELL, M T. *The limits of Liberalism. Tradition, Individualism, and the crisis of freedom*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2018.
- MOLYNEAUX S. **Anarquia Cotidiana**. Disponível em: [www.free-domainradio.com/books.html](http://www.free-domainradio.com/books.html). Acesso em: 7 abr. 2020.
- MURPHY R P. **Teoria do Caos. Dois ensaios sobre a Anarquia de Mercado**. Disponível em: <https://rothbardbrasil.com/teoria-do-caos/> . Acesso em: 7 abr. 2020.
- NINO C S. *The Communitarian Challenge to Liberal Rights*. In: Law and Philosophy 8 (1):37 - 52 (1989).
- NOZICK R. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- NOZICK R. *Explicaciones filosóficas*. Traducción de Jonathan Marqués. México: Innisfree, 2018.
- NOZICK R. *La naturaleza de la racionalidad*. Princeton University Pres, 1993.
- NOZICK R. *Meditaciones sobre la vida*. Barcelona: Gedisa, 1989.
- OTSUKA M. *Libertarianism without inequality*. New York: Oxford University Press, 2003.
- PATARROYO C G. *Libertarismo & error categorial*. In: Ideas y Valores, nº 141, diciembre de 2009, Bogotá, Colombia, p. 141-168.
- PAUL R. **Definindo a liberdade**. Tradução de Tatiana Villas Boas Gabbi e Caio Márcio Rodrigues. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2013.

PÉREZ A M & CRUZ, J E (2003). *Conceptos de condicionamiento clásico en los campos básicos y aplicados*. In: Interdisciplinaria, 20(2), 205-227.

RAWLS J. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins Fontes, 2016.

ROTHBARD M. *A ética da liberdade*. Tradução de Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

RUBIO M G. *Una introducción al Comunitarismo desde la perspectiva del Derecho Político*. In: *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*. n. 34, Julio, Agosto y Septiembre 2007.

RUSSEL B. *História da Filosofia Ocidental*. Livro 3. A filosofia Moderna. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

TAYLOR C. FUENTES DEL YO. *La construcción de la identidad moderna*. Traducción de Ana Lizón. Barcelona: Paidós, 2015.

<sup>i</sup> A íntegra do Código Penal Brasileiro pode ser consultada em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 7 jul 2020.

<sup>ii</sup> A descrição completa do caso e a decisão podem ser consultadas em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-pr-tranca-acao-penal-performer-acusado-ato-obsceno>. Acesso em: 7 jul 2020.

<sup>iii</sup> Embora possa eventualmente estar associado, inclusive em termos de denominação, com Hutcheson e Priestley, já havia traços de utilitarismo mesmo em Locke e, para alguns, também em Epicuro (341 a.C - 270 a.C), que pregava o hedonismo, fortemente marcado pela busca de prazer e felicidade. Na verdade, Bentham foi fortemente influenciado por Locke e Hume (1711-1776) e pelo anarquista William Godwin, da obra "Investigação sobre justiça política", publicada em 1793.

<sup>iv</sup> Gutiérrez G (1999). Pavlov I P (1849-1936). In: Revista *Latinoamericana de Psicología*, 31 (3), 557-560. Pérez A M e Cruz, J E (2003). Conceitos de condicionamento clássico nos campos básico e aplicado. In: *Interdisciplinaria*, 20 (2), 205-227.

<sup>v</sup> Interessante artigo a respeito: Thiry-Cherques H R. **A economia moral da utilidade**. In: *RAP Rio de Janeiro* 36(2): 293-317, mar./abr. 2002

<sup>vi</sup> A decisão do caso pode ser consultada, na íntegra, em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-pr-tranca-acao-penal-performer-acusado-ato-obsceno>. Acesso em: 7 jul 2020.

<sup>vii</sup> Os principais conceitos de utilidade são: (i) o hedonismo do bem-estar; (ii) a utilidade do estado mental não hedonista; (iii) a satisfação das preferências; e (iv) as preferências relatadas. Cada qual tem suas vantagens e críticas, é claro. Considerando que neste artigo não tratamos somente da teoria utilitarista, apenas nos referimos ao ponto, que pode ser consultado em: Kymlicka W. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16.

<sup>viii</sup> A filosofia política não era sua única área de interesse. Ele também se dedicou à teoria da decisão, epistemologia, entre outros ambientes teóricos. Recomendamos particularmente o livro: Nozick R. *Explicações filosóficas*. Tradução de Jonathan Marquês. México: Innisfree, 2018, em que aborda desde as próprias questões metafísicas e filosóficas, até as lógicas, relacionadas com a questão probatória. Mas existem outros títulos igualmente relevantes: Nozick R. *A natureza da racionalidade*. Princeton University Press, 1993. Nozick R. *Meditações sobre a vida*. Barcelona: Gedisa, 1989.

<sup>ix</sup> A íntegra do livro está disponível em: [www.freedomainradio.com/books.html](http://www.freedomainradio.com/books.html). Acesso em 7 abr. 2020.

<sup>x</sup> O argumento de "Wilt Chamberlain" ficou conhecido como a refutação de Nozick contra a redistribuição de riqueza e renda.

<sup>xi</sup> A íntegra do livro está disponível em: <https://rothbardbrasil.com/teoria-do-cao/>. [Acesso em 7 abr. 2020].

<sup>xii</sup> Como, por exemplo: (i) sociedade livre, organizada por mútuo acordo entre os indivíduos, onde o Estado apenas garantiria a propriedade privada, o cumprimento de contratos e seria responsável pela segurança; (ii) A ordem jurídica é baseada na reciprocidade; ou seja, o interesse que cada um tem em cumprir suas obrigações pelas vantagens obtidas nas obrigações correspondentes; (iii) inexistência de hierarquia entre direitos.

<sup>xiii</sup> A íntegra da decisão do caso pode ser consultada em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-pr-tranca-acao-penal-performer-acusado-ato-obsceno>. Acesso em: 7 jul. 2020.

<sup>xiv</sup> Sustentado, entre outros autores, por Charles Taylor.

<sup>xv</sup> O texto da Constituição Boliviana está integralmente disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf). Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>xvi</sup> A íntegra da decisão do caso, pode ser consultada em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-pr-tranca-acao-penal-performer-acusado-ato-obsceno>. Acesso em: 7 jul 2020.

# O DESENVOLVIMENTO E A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA PRÁTICA: OS PROJETOS REALIZADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

## DEVELOPMENT AND INTEGRAL PROTECTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN PRACTICE: PROJECTS CARRIED OUT BY THE COURT OF JUSTICE AND THE PUBLIC MINISTRY OF THE STATE OF PARANÁ

José Laurindo de Souza Netto <sup>1</sup>, Gustavo Calixto Guilherme <sup>2</sup>, Adriane Garcel <sup>3</sup>

O presente artigo tem como finalidade apresentar os projetos realizados pelo Tribunal de Justiça e pelo Ministério Público no desenvolvimento e na proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. A problemática está em verificar a consonância da atuação e da estratégia institucional do Tribunal de Justiça e do Ministério Público do Estado do Paraná com os preceitos constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente. A metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados. Por conclusão, tem-se que as iniciativas realizadas pelas instituições paranaenses contribuem para a garantia de direitos fundamentais, com possibilidade de expansão para todo o território nacional.

**Palavras-Chave:** Direitos fundamentais. Estatuto da Criança e do Adolescente. Tribunal de Justiça do Paraná. Ministério Público do Paraná.

This article presents the projects carried out by the Court of Justice and the Public Ministry in the development and protection of the fundamental rights of children and adolescents. The problem is to verify the consistency of the performance and institutional strategy of the Court of Justice and the Public Ministry of the State of Paraná with the constitutional precepts and the Statute of the Child and Adolescent. The methodology used is based on a doctrinal study, consultation with the relevant legislation and data analysis. In conclusion, it is clear that the initiatives carried out by institutions in Paraná contribute to the guarantee of fundamental rights, with the possibility of expanding to the entire national territory.

**Keywords:** Fundamental rights. Child and Adolescent Statute. Paraná Court of Justice. Paraná Public Prosecutor's Office.

<sup>1</sup> Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Estágio de Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná – PUC. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Projeto de pesquisa Científica - Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano, registrado no CNPQ. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: jln@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>.

<sup>2</sup> Especialista em direito processual civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Assessor do Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência do TJPR. Email: [gustavo.guilherme@tjpr.jus.br](mailto:gustavo.guilherme@tjpr.jus.br). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8273-3982>. Id Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0022546041410306>.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e Pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR. Assessora jurídica no TJPR e Mediadora Judicial. Email: [adriane.garcel@tjpr.jus.br](mailto:adriane.garcel@tjpr.jus.br). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. Id Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>.

## INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) completou 30 anos de vigência no ano de 2020.

Com o advento da Lei 8.069/1990, crianças e adolescentes passaram a ser vistos a partir de uma nova perspectiva, como sujeito de direitos, tendo sua tutela e seu desenvolvimento salvaguardados pelos ditames constitucionais e estatutários.

No entanto, para a efetivação das diretrizes estabelecidas, além da disposição normativa, é necessária a atuação do Poder Público e da sociedade na implementação de políticas e projetos que consigam complementar a lei e atuar na realidade social.

Diante de tal contexto, esta pesquisa objetiva apresentar os projetos realizados pelo Tribunal de Justiça e pelo Ministério Público no desenvolvimento e na proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, em consonância com os preceitos constitucionais, estatutários e com as estratégias organizacionais desses órgãos públicos.

A pesquisa justifica-se tendo em vista a necessidade de análise e de divulgação das boas práticas realizadas em solo paranaense, para o fomento das iniciativas e possível expansão em território nacional.

Para tanto, a metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados.

Primeiramente, serão abordados os primados constitucionais dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente que asseguram absoluta prioridade e atribuem à família, à sociedade e ao Estado o dever de proteção e garantia aos direitos fundamentais da população infanto-juvenil.

Em um segundo momento serão apresentadas a Estratégia Nacional do Poder Judiciário, o Planejamento Estratégico do Ministério Público e suas diretrizes regionais, bem como o alinhamento com o plano de ação da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

Por fim, serão demonstrados alguns dos diversos projetos realizados no Tribunal de Justiça e no Ministério Público do Estado do Paraná, que revelam a dedicação dos órgãos públicos paranaenses no desenvolvimento e na proteção integral da criança e do adolescente.

## 1 AS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS NA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX, "o aspecto da Constituição como norma diretiva fundamental assume protagonismo, dirigindo-se aos poderes públicos e condicionando os particulares de maneira a assegurar a realização dos direitos fundamentais-sociais." (STRECK, 2014, p. 113-114).

A constitucionalização do Direito produz impactos relevantes em todos os ramos jurídicos. A Carta Magna passa a ser não apenas um sistema em si, mas também um modo de interpretar todos os demais ramos do Direito. "Os valores, os fins públicos, as regras e princípios do texto constitucional passam a condicionar a validade de sentidos

de todas as normas infraconstitucionais." (BARROSO, 2013, p. 33).

A Lei Maior rege a organização política-jurídica de um Estado, dispondo acerca de sua forma e dos órgãos que integram a sua estrutura, "bem como as limitações ao poder por meio do sistema de "freios e contrapesos" e da enumeração de princípios, direitos e garantias fundamentais." (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 4-5)

A República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem entre os seus princípios fundamentais, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, duas das principais fontes de valores dominantes na sociedade.

De acordo com AGRA, "a dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, como vida, lazer, saúde, educação, cultura e trabalho que devem ser propiciados pelo Estado, os quais configuram-se como centro fundante da ordem jurídica." (AGRA, 2018, p. 156).

A consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que "a pessoa deve constituir o objetivo supremo da ordem jurídica, impondo aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna" (NOVELINO, 2010).

O princípio estruturante da dignidade humana preconiza a necessidade de reconhecimento do ente humano como passível de proteção acima de todos os outros direitos de natureza pública ou privada, "sendo uma conquista ético-filosófico-jurídica estabelecida na Declaração do Direito do Homem e do Cidadão da Organização das Nações Unidas." (SILVA; ROCHA, 2017, p. 114).

Para PIOVESAN (2014, p. 91), "a realização plena do preceito constitucional da cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados."

Os direitos e garantias fundamentais, contemplados no Título II da Lei Maior, são destinados a conferir à sociedade "os meios imprescindíveis para o seu desenvolvimento, proteger os direitos de um particular contra o outro e estruturar vias para que o cidadão possa participar de maneira direta na reivindicação de seus direitos." (ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 79).

Os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente estão previstos em diversos artigos da Constituição Federal, como no artigo 5º, 6º e mais especificamente no artigo 227, o qual dispõe que:

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Como forma de regulamentação do artigo 227 do texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente absorveu os ditames da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta. "Pautada nos preceitos constitucionais, a Lei nº 8069/1990 é reconhecida como um dos mais avançados diplomas legais dedicados à tutela dos

direitos da população infanto-juvenil" (DIGIÁCOMO, 2017, p. 7-15).

Com o objetivo de intervir positivamente na exclusão experimentada pela infância e juventude brasileira,

o Estatuto da Criança e Adolescente apresenta duas propostas fundamentais: garantir que as crianças e os adolescentes sejam tratados como sujeitos de direitos e o desenvolvimento de uma nova política de atendimento à infância e juventude, pautada nos princípios constitucionais da descentralização político-administrativa e da participação da sociedade civil (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E INTERPRETADO, 2017, p.8).

Nesse sentido, o objetivo de tratar crianças e adolescentes como sujeitos de direito e dedicá-las proteção integral é de fácil visualização no Estatuto. De início, em suas disposições preliminares, a Lei nº 8069/1990 assegura todas as oportunidades e facilidades, prezando pelo desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (art. 3º), sendo dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público a efetivação, com absoluta prioridade, dos direitos estabelecidos no Estatuto.

Apesar do vasto conjunto normativo e doutrinário a respeito do tema, a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional depende da sociedade e do Poder Público, através de projetos e políticas voltadas à infância e juventude.

O progresso no direito às crianças e adolescentes "depende da capacidade do Estado e da sociedade em completar a lei, ao fazer cumprir um programa que se inicia juridicamente, mas que se realiza no social" (SIERRA, 2002).

## 2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NAS ESTRATÉGIAS INSTITUCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

De acordo com MAGGIO (2018), "o objetivo maior da ordem jurídica é o de reger e de orientar as relações humanas, estabelecendo parâmetros e apontando o melhor caminho para diversas situações, no intuito de possibilitar o bem viver em comunidade."

O Ministério Público está elencado nos artigos 127 e seguintes do texto constitucional, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tendo como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

A Constituição Federal, em harmonia com o sistema de "freios e contrapesos", instituiu o Ministério Público como órgão autônomo e independente, não subordinado a qualquer dos Poderes da República, consistindo em autêntico fiscal da Federação, da moralidade pública, da legalidade, do regime democrático e dos direitos e garantias constitucionais' (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 720).

Em relação a atuação estratégica do Órgão Ministerial, CAMBI assevera que:

a defesa de interesses individuais indisponíveis e homogêneos de pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade social, econômica e familiar, a intensificação de ações de combate à macrocriminalidade e de controle da atividade policial, a tutela de interesses difusos e coletivos, do regime democrático e a implementação de políticas constitucionais, a proteção integral da criança e do adolescente e de práticas ambientais sustentáveis são algumas das preocupações contemporâneas que devem nortear a atuação e a estratégia do Ministério Público (CAMBI, 2015, p.11).

O Poder Judiciário está estabelecido no artigo 2º da Lei Maior como um dos três poderes da União, independente e harmônico.

Em um Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário deve ser independente, incumbido da guarda da Constituição, a fim de conferir efetividade aos direitos e princípios e ser responsável pela solução definitiva dos conflitos intersubjetivos e pela integridade do ordenamento jurídico.

O Poder Judiciário brasileiro é composto pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, pelos Tribunais e Juízes do Trabalho, pelos Tribunais e Juízes Eleitorais, pelos Tribunais e Juízes Militares, pelos Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, bem como pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão que exerce função de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, entre outras atribuições.

No que se refere às suas atribuições, o Poder Judiciário possui funções típicas e atípicas:

a função típica é a jurisdicional (ou de julgamento), pela qual lhe compete dizer e aplicar o direito às lides a eles submetidas; já a função atípica pode ser de natureza administrativa, quando administra seus bens, serviços e pessoal, e de natureza legislativa, na produção e regulação de normas gerais aplicáveis em seu âmbito e de observância obrigatória por parte dos administrados (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 661).

No exercício de sua função típica, "o Poder Judiciário deve garantir a necessária segurança jurídica, tanto no aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, quanto no aspecto subjetivo, próprio da confiança dos cidadãos no sistema de Justiça." (MARANHÃO, 2016).

Nesse contexto, impende destacar a mudança recente do significado do acesso à justiça:

Se antes a expressão significava pura e simplesmente o acesso de todos as pessoas ao Judiciário e a possibilidade de submeter cada vez mais litígios ao arbítrio do juiz togado, hoje o acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos meios adequados de resolução para

cada tipo de litígio, de forma a proporcionar às partes a solução mais satisfatória para suas contendas. (KFOURI NETO; SOUZA NETO; GARCEL, 2005, p. 7).

No que tange às estratégias institucionais, o Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público é estabelecido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e a Estratégia Nacional do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Segundo FERNANDES e BERTON (2005, p.7), estratégia organizacional refere-se ao "conjunto de grandes propósitos, dos objetivos, das metas, das políticas e planos para concretizar uma situação futura desejada." O Planejamento Estratégico é a base do planejamento de uma instituição. "Depende do desenvolvimento de uma missão clara, da definição de objetivos e da coordenação de estratégias funcionais." (KOTLER; ARMSTRONG, 1999, p. 23).

O Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público objetiva o fortalecimento do Ministério Público no Brasil, a partir da construção de uma agenda estratégica capaz de alinhar os ramos da instituição em torno de objetivos comuns, com foco na melhoria dos serviços prestados à sociedade.

O Ministério Público possui como missão, como propósito, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis para a concretização dos valores democráticos e da cidadania.

Como visão de futuro, o órgão ministerial visa ser uma instituição reconhecida como transformadora da realidade social e essencial à preservação da ordem jurídica e da democracia. Mais especificamente ao tema do artigo, entre os resultados institucionais da atuação do Parquet está a garantia e o respeito aos direitos da criança e do adolescente, do idoso e da pessoa com deficiência e do direito à educação, à saúde e ao trabalho digno.

Por conseguinte, o Ministério Público do Estado do Paraná alinha-se as diretrizes do CNMP, tendo como valores a credibilidade por meio do reconhecimento público por sua legítima atuação constitucional, efetividade, ética, legitimidade política e social, transparência e independência.

O planejamento estratégico é um caminho para aperfeiçoar a eficiência institucional, baseado na concepção do Ministério Público da seguinte forma

como agente político de transformação social, superando a visão de mero executor de atribuições processuais para a assunção da defesa efetiva dos direitos fundamentais sociais, o que exige um envolvimento com a comunidade e os demais agentes políticos, para a indução, acompanhamento e aperfeiçoamento de políticas públicas sociais (CAMBI, 2015, p. 56).

Quanto à Gestão Estratégica e Planejamento, a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020, instituída pela Resolução nº 198/2014 do Conselho Nacional de Justiça, estabelece como missão do Poder Judiciário a realização da justiça e como visão ser reconhecido pela sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social.

A Estratégia do Judiciário 2020 inclui a garantia dos direitos de cidadania no rol dos Macro desafios do Poder Judiciário 2015-2020, disposta em seu item 2, o qual refere-

se ao desafio de garantir no plano concreto os direitos de cidadania estabelecidos no artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal, em sua múltipla manifestação social: cidadão-administrado (usuário de serviços públicos), cidadão trabalhador-produtor, cidadão-eleitor, cidadão-consumidor e cidadão-contribuinte, incluídos aqui a proteção integral e os direitos de cidadania das crianças e dos adolescentes, buscando-se atenuar as desigualdades sociais e garantir os direitos de minorias.

Nessa perspectiva, uma das metas nacionais a ser adotada pelo Judiciário em 2020 é a integração da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas ao Poder Judiciário.

A Agenda 2030 das Nações Unidas estabelece um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, através de 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, entre eles a erradicação da pobreza, a educação de qualidade, a redução das desigualdades, a paz, a justiça e as instituições eficazes, todos abrangendo a população infanto-juvenil.

Especificamente quanto ao Judiciário Paranaense, a identidade institucional é assim representada nos conceitos de missão, visão e valores:

Missão: garantir à sociedade a prestação jurisdicional acessível, de qualidade, efetiva e célere, de forma transparente e ética, solucionando os conflitos e promovendo a pacificação social. Visão: ser referência de qualidade na prestação de serviços públicos, reconhecida pela sociedade e seus colaboradores como instituição da qual todos tenham orgulho e confiança. Valores: transparência, ética, celeridade, acessibilidade, justiça, inovação, eficiência.

O planejamento estratégico do Tribunal de Justiça do Paraná 2015-2020 foi formulado pelo emprego da metodologia BSC – Balanced Scorecard (O Balanced Scorecard (BSC) é um sistema de planejamento estratégico e gestão que é usado extensivamente nas empresas e indústrias, no governo, e em instituições sem fins lucrativos de todo o mundo para alinhar as atividades do negócio à visão e estratégia da organização, melhorar a comunicação interna e externa, e monitorar o desempenho da organização conforme as metas estratégicas definidas)- e propõe a gestão da instituição em quatro perspectivas: (i) sociedade, ou de como a instituição com ela procura se relacionar, em temas como atuação institucional, acesso à Justiça e responsabilidade socioambiental; (ii) processos internos, perspectiva que destaca os processos e procedimentos cruciais para a promoção da melhoria contínua na prestação dos serviços judiciários, com realce para os temas eficiência operacional, alinhamento e integração e tecnologia; (iii) aprendizado e crescimento, que trabalha com os ativos intangíveis, relacionados à obtenção de capacidades essenciais ao cumprimento das atividades da instituição, envolvendo motivação, conscientização, qualificação e compromisso das pessoas e; (iv) recursos, perspectiva que se situa na base da gestão estratégica no setor público, pois são os recursos orçamentários que garantem o funcionamento da instituição, infraestrutura, modernização e a excelência na prestação de serviços públicos.

Assim, as estratégias institucionais do Poder Judiciário e do Ministério Público estão pautadas na garantia e na proteção dos direitos fundamentais e na transformação social por meio dos serviços prestados à sociedade, abrangendo a realização de projetos como forma de efetivação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

### **3 OS PROJETOS REALIZADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**

Em homenagem aos 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, nada mais sensato do que citar alguns dos diversos projetos realizados pelo Tribunal de Justiça e pelo Ministério Público no cuidado e no acompanhamento das crianças e dos adolescentes paranaenses.

O Sistema da Infância e Juventude ganhou nova formatação no Judiciário Paranaense a partir de março de 2010, com a criação e instalação do Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e Juventude (CONSIJ), por meio da Resolução nº 04/2010 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Vinculado à Presidência do Tribunal, o Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e da Juventude tem como atribuição zelar pelo comprimento, no âmbito do Poder Judiciário Estadual, do princípio da prioridade absoluta dos direitos fundamentais da criança e do adolescente previsto no artigo 227 da Constituição da República e do princípio da supremacia do interesse da criança, consagrado no artigo 3º, 1, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Entre outras funções, compete também ao CONSIJ a promoção da implementação de políticas e programas nacionais e estaduais relacionados à área da infância e juventude.

Entre as diversas ações supervisionadas e de competência do Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e Juventude estão os projetos "Eleitores do Futuro", "Música para Todos" e "Vidas que se Encontram".

O projeto "Eleitores do Futuro" foi implementado de forma pioneira na Comarca de Ponta Grossa e possui como objetivo estimular a participação de crianças e adolescentes entre 10 e 18 anos no processo eleitoral, promovendo o envolvimento de alunos da rede escolar nas atividades educativas sobre democracia, cidadania e exercício de direitos.

O Projeto "Música para Todos" visa promover, por meio da música, da arte e da cultura, o protagonismo de crianças e adolescentes que são atendidos por medidas protetivas ou socioeducativas, explorando as potencialidades inerentes de cada aluno.

O Projeto "Vidas que se Encontram" promove o encontro entre os pretendentes à adoção e crianças e adolescentes em condições de serem adotados, oportunizando aos acolhidos uma convivência familiar e comunitária, com a possibilidade de uma futura adoção para aqueles de difícil colocação em família substituta.

A 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná é órgão integrante da cúpula diretiva e detém atribuições na gestão de três importantes políticas judiciárias: Juizados Especiais, Cidadania e Autocomposição.

Na seara da cidadania, a 2ª Vice-Presidência possui uma ampla gama de iniciativas na efetivação das diretrizes

constitucionais e na transformação das vidas das crianças e dos adolescentes participantes dos programas.

O "Projeto de Incentivo à Autonomia" (PIA da 2ª Vice), foi concebido na gestão 2019/2020, para atender crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, destinatários de medida protetiva de acolhimento institucional na faixa etária de 7 a 14 anos, bem como profissionais que laboram nas referidas instituições, especialmente educadores sociais, cuidadores e mães sociais. O enfoque da prática é salvaguardar a liberdade da criança e do adolescente, obstando a sua privação. O objetivo geral é estimular diversos setores do Judiciário, do Estado e da sociedade a promover meios de desenvolver adequadamente a autonomia de crianças e adolescentes destinatários de medidas protetivas de acolhimento, com ênfase no aspecto emocional, paramentando, quando necessário, os educadores e cuidadores que estão em convívio diário com os acolhidos. Seu objetivo específico é trabalhar na concretização da emancipação social dos acolhidos, para que, a partir da reflexão das incertezas da contemporaneidade, consigam identificar seus sentimentos e emoções para melhor lidar com a situação que estão vivenciando, como a retirada da família e a convivência dentro de uma instituição de acolhimento, para que se restituam como sujeitos autônomos. Para realizar as atividades propostas, a equipe do projeto conta com a participação de profissionais voluntários que oportunizam vivências, cursos e formações que colaborem, de alguma forma, no processo de desenvolvimento da emancipação das crianças e adolescentes acolhidos, fornecendo-lhes bases sólidas com conteúdo ético e moral para que possam assim tomar decisões que promovam seu crescimento individual e coletivo. A prática contribui de forma efetiva no aperfeiçoamento da justiça pois trata-se de uma ação de prevenção social à criminalidade, agindo diretamente na cautela e na redução de violências e criminalidades incidentes sobre grupos vulneráveis a esses fenômenos. A iniciativa atua na base, na prevenção e na salvaguarda da liberdade de crianças e adolescentes, contribuindo assim de forma efetiva com a implementação da Justiça.

O programa "Jovens Promissores" também possui grande relevância e é destinado aos adolescentes de 14 a 18 anos, destinatários de medida protetiva de acolhimento institucional, medida socioeducativa ou em situação de vulnerabilidade social. A iniciativa pretende oferecer oportunidades para o desenvolvimento da autonomia desses adolescentes, preparando-os para o início da vida adulta, dentre as quais oportunidades de emprego, de estágio, de jovem aprendiz, serviço militar, participação em processo seletivo e cursos nas mais diversas áreas.

Da mesma forma, a 2ª Vice-Presidência do Tribunal inaugurou recentemente projetos de visitação institucional, denominados "Rolê Cívico Paranaense" e "Rolê Cultural".

O projeto "Rolê Cívico Paranaense" tem como escopo propiciar aos estudantes universitários um contato direto com os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo estaduais. O programa visa o aprimoramento da formação dos estudantes, além da difusão de conhecimentos e valores culturais e a melhora da comunicação institucional. As atividades são divididas em duas etapas: na primeira as instituições de ensino recebem um material de apoio para que sejam trabalhados, em sala de aula, temas como o

histórico, o funcionamento e as particularidades de cada órgão público. Em um segundo momento, os estudantes fazem um tour guiado pelas sedes dos Três Poderes paranaenses. Apesar de ser focado no setor universitário, o projeto estende-se também a escolas que queiram proporcionar a experiência aos alunos de ensino médio e fundamental.

Nessa mesma perspectiva, o programa "Rolê Cultural" incentiva o acesso de crianças, jovens e idosos aos museus, pontos turísticos, sessões históricas e clássicas de cinema e de teatro, concertos de música e atividades esportivas, promovendo uma emancipação através da arte.

O projeto "Justiça e Cidadania também se aprendem na escola", realizado em parceria com o Ministério Público do Estado do Paraná e com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/PR), consiste em oferecer noções básicas de justiça, cidadania e sobre o funcionamento do Poder Judiciário a alunos da rede pública municipal de ensino, garantindo a integração entre o Poder Judiciário e a sociedade. O programa, focado na formação de futuros cidadãos conscientes de seus direitos e deveres, ocorre por meio da colaboração de juizes, promotores e advogados. Além disso, também contribui para a formação e o despertar da cidadania entre as crianças, consideradas agentes multiplicadores de conhecimentos. De acordo com um levantamento feito pelos gestores do programa, em parceria com o projeto Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência, foram entregues aos estudantes participantes, de 2011 a 2019, 90.654 cartilhas didáticas sobre justiça, cidadania, direitos e deveres dos cidadãos. No ano de 2019, 312 escolas aderiram ao projeto, que atendeu 13.458 alunos, o que demonstra um amplo alcance da iniciativa nas Comarcas do Estado.

A política judiciária da Autocomposição envolve a disseminação da cultura da pacificação social pela utilização de métodos adequados de resolução dos conflitos, como a mediação, a conciliação e a justiça restaurativa, visando o cumprimento das diretrizes dispostas na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. As unidades de funcionamento da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses são denominadas Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's), onde são realizadas as audiências de conciliação e mediação, práticas de justiça restaurativa e diversas iniciativas na área da infância e juventude.

Como exemplo, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de União da Vitória realiza o projeto "Combate à Evasão Escolar", que tem por objetivo incrementar a rede de atendimento e proteção às crianças e adolescentes, trabalhando de forma organizada e coordenada no combate aos índices de evasão escolar, garantindo o direito fundamental à educação escolar de crianças e adolescentes dos municípios atendidos pela Comarca. Desde sua criação, paralelamente à significativa redução do índice de abandono, houve também o crescente aumento do aproveitamento e sucesso escolar, com um índice considerável de aprovações.

Nesta lógica, outra iniciativa importante é realizada no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Cascavel. O projeto denominado "Justiça Restaurativa de mãos dadas com a escola: além da aparência" utiliza nas turmas escolares uma técnica de

justiça restaurativa baseada no diálogo que permite a identificação de causas subjacentes aos conflitos, visando a melhoria do ambiente escolar e a disseminação do respeito entre os participantes. São realizados círculos de construção da paz, círculos de relacionamento e desenvolvidos trabalhos anti-bullying, envolvendo um total aproximado de 1550 pessoas.

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Ponta Grossa busca, por meio do Projeto "Na Medida que eu penso", ofertar aos adolescentes que tenham cometido ato infracional um espaço seguro de reflexão acerca de suas atitudes, procurando despertar nos participantes um novo repertório de pensamentos e comportamentos.

O Ministério Público do Paraná desenvolve o projeto "Geração Atitude", de grande destaque no cenário paranaense. A iniciativa está ligada ao Movimento Paraná sem Corrupção e tem como principal objetivo a formação cidadã de estudantes paranaenses, promovendo a participação social, a cidadania e o protagonismo juvenil. Todas as ações visam disseminar informações e despertar o interesse de jovens em temas como: democracia, política, eleições, voto consciente, funcionamento do Ministério Público e dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. Neste pensar, o que se espera é que os alunos, compreendendo esses assuntos, tornem-se agentes transformadores da realidade e atuem como protagonistas, não só em suas vidas, como na sociedade. O "Geração Atitude" é desenvolvido em dois principais eixos: o primeiro denominado "Geração na Escola", em que as atividades são realizadas em conjunto com as equipes pedagógicas da escola, que desenvolvem trabalhos como palestras, encontros com a comunidade, debates, entre outros; o segundo chamado "Caravana da Cidadania", consiste em um concurso que destaca as 32 melhores ideias para mudar o Paraná, apresentadas por estudantes e professores da rede pública de ensino, em forma de projeto de lei. Os autores dos melhores projetos recebem como prêmio uma viagem à Curitiba, para visitar os pontos turísticos da capital e as sedes do Ministério Público do Paraná e dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para que conheçam a estrutura dos órgãos públicos e as lideranças políticas do Estado.

Outra prática importante é o projeto "Ministério Público nas Escolas", que tem como objetivo divulgar o trabalho do Ministério Público nas escolas estaduais da cidade de Ponta Grossa, aproximar as promotorias das escolas, orientar sobre a lei, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre direitos e deveres, valores, e outros temas relevantes.

A análise conjunta dos princípios constitucionais, do Estatuto da Criança e do Adolescente, das estratégias institucionais e dos projetos efetivados no Tribunal de Justiça e no Ministério Público do Paraná permite uma melhor elucidação sobre o tema, de modo a ser possível observar a tutela e o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes nas boas práticas realizadas pelos órgãos públicos.

## CONCLUSÃO

A efetivação e o progresso dos direitos da criança e do adolescente dependem do planejamento e da execução de projetos pelo Poder Público voltados à infância e juventude.

Observa-se a concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da prioridade absoluta e da proteção integral da criança e do adolescente nas ações realizadas pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Justiça no Estado do Paraná.

A estratégia organizacional do Ministério Público, com foco na melhoria dos serviços prestados à sociedade, na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais é executada, na medida em que são desenvolvidas práticas no cuidado com o público infante-juvenil paranaense.

Neste pensar, os programas desenvolvidos pelo Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e Juventude (CONSIJ), pela 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná, pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e pelas demais unidades judiciárias vêm ao encontro da Estratégia Nacional do Poder Judiciário e da Agenda 2030 das Nações Unidas, no sentido de realização da justiça e do sistema judicial como um instrumento efetivo de equidade e paz social.

Por arremate, tem-se que as iniciativas realizadas pelas instituições paranaenses contribuem para a garantia dos direitos fundamentais, para a proteção integral e desenvolvimento de crianças e adolescentes, com a possibilidade de expansão para todo o território nacional no intuito de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. Volume 1. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2015-2020/>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. **Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/planejamento-estrategico/2301-planejamento-estrategico>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. **Ministério Público do Paraná**. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/>. Acesso em: 12 mai.2020.

BRASIL. **Nações Unidas Brasil**. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 12 mai.2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/>. Acesso em: 12 mai. 2020.

CAMBI, Eduardo. Independência Funcional e Planejamento Estratégico do Ministério Público. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**. Goiás, nº 29, p. 9-62, jan- jun/2015.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca\\_annotado\\_2017\\_7ed\\_fempar.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2017_7ed_fempar.pdf). Acesso em: 06 mai. 2020.

FERNANDES, Bruno Henrique Rocha; BERTON, Luiz Hamilton. **Administração Estratégica: da competência empreendedora à avaliação de desempenho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KFOURI NETO, Miguel; NETTO, José Laurindo de Souza; GARCEL, Adriane. O Direito de Acesso a Tribunal, à Mediação e à Arbitragem. Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). **Superior Tribunal de Justiça**, 2020.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. **Princípios de Marketing**. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A, 1999.

MAGGIO, Marcelo Paulo. Saúde pública e sua tutela pelo Ministério Público. Curitiba: **Juruá**, 2018.

MARANHÃO, Clayton. O dever constitucional da fundamentação da sentença e o novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015: estudo de caso a respeito dos precedentes judiciais em matéria constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, Ano 10, Volume 17, Número 2, p. 101-119, jul-dez/2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: MÉTODO, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PIOVESAN, Flávia; **Temas de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIERRA, Vânia Morales. Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente. A inscrição de quadros participativos na política para criança e adolescentes. Civitas, **Revista de Ciências Sociais**. Ano 2, n.1, junho 2002.

SILVA, Érica Guerra da; ROCHA, Ludmilla Elyseu. A dignidade da pessoa humana, o direito humano à moradia e a sua (in)efetividade no Brasil. In: NAVALHO, Vitor; MATEUS, Ana; VEIGA, Fábio da Silva; GONÇALVES, Rubén Miranda, (coords); [prefácio Adriano Moreira]. Os novos horizontes do constitucionalismo global. 1. ed. Barcelos: Instituto

Politécnico do Cávado e do Ave, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2014.

# PRISÃO PREVENTIVA E CONTEMPORANEIDADE ADEQUADA NOS DELITOS DE COLARINHO BRANCO

## PREVENTIVE CUSTODY AND ADEQUATE CONTEMPORANEITY IN WHITE-COLLAR CRIMES

Fernando Bardelli Silva Fischer <sup>1</sup>

O requisito da contemporaneidade dos fatos para a decretação da prisão preventiva, nascido como uma construção jurisprudencial e hoje positivado, desenvolveu-se a partir de equivocadas interpretações que imunizaram criminosos de colarinho branco do instituto da segregação cautelar. O presente estudo propõe uma correção hermenêutica da contemporaneidade, de modo a conferir harmonia ao sistema criminal e abrandar sua face seletiva. Para isso, sustenta-se que, em razão da cautelaridade da medida, a contemporaneidade não deve ser informada pelo tempo da realização do fato criminoso, mas sim pelo tempo do fato que gerou o risco de manutenção da liberdade.

**Palavras-Chave:** Direito Processual Penal. Crimes de colarinho branco. Seletividade estrutural. Prisão preventiva. Contemporaneidade adequada.

The requirement of contemporary facts for the decree of preventive detention, born as a jurisprudential construction and today positivized, developed from misinterpretations that immunized white-collar criminals from the precautionary segregation institute. The present study proposes a hermeneutical correction of contemporaneity, in order to bring harmony to the criminal system and soften its selective face. In order to get that, it is maintained that, due to the urgent nature of the measure, contemporaneity should not be thought by the time of the criminal fact, but by the time of the fact that generated the risk of maintaining freedom.

**Keywords:** Criminal procedure. White-collar crimes. Structural selectivity. Preventive custody. Adequate contemporaneity.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Juiz de Direito no Estado do Paraná.

## INTRODUÇÃO

A observância da contemporaneidade dos fatos que fundamentam a decretação da prisão preventiva paulatinamente se estabeleceu em nosso ordenamento jurídico, inicialmente como uma construção jurisprudencial, para finalmente ser positivada mediante recente reforma legislativa. O presente artigo pretende apresentar uma proposta de interpretação do instituto processual da contemporaneidade, partindo da fixação dos marcos temporais que orientam esse requisito, de modo a permitir que o operador jurídico possa adequar suas valorações às peculiaridades do caso concreto.

Entretanto, não se mostra suficiente uma abordagem puramente dogmática da contemporaneidade sob a ótica processualista tradicional, uma vez que a crítica ao tratamento jurisprudencial que hoje lhe é conferido demanda uma análise do contexto em que se desenvolveu tal pressuposto da prisão preventiva. E é justamente da criminologia que se extraem as ferramentas para desnudar as vindicações seletivas que norteiam os rumos hermenêuticos conferidos à análise judicial da contemporaneidade.

Conhecer o contexto sociopolítico no qual estão inseridas nossas instituições, questionando as bases que sustentam a seletividade sistêmica do fenômeno do encarceramento, não só se mostra imprescindível para a compreensão da crítica à difundida noção de contemporaneidade, mas também é de essencial relevância para a percepção das consequências empíricas que uma má interpretação do instituto gera em termos sociais.

O estudo de normas processuais que repercutem diretamente no sistema prisional, tendo em vista o grau de violência e desigualdade social envolvidos na questão carcerária, não deve estar desvinculado de questionamentos de natureza extrajurídica. Embora a prisão cautelar tenha natureza processual, é infestável a sua compreensão como fato social, razão pela qual tal análise não pode estar desvinculada das concretas consequências sociais, sob pena de se adotar uma estreita e estéril postura de enxergar as normas processuais como um fim em si mesmo. Assim, o capítulo 2 deste artigo pretende apresentar as conjecturas que permearam a introdução normativa da contemporaneidade, pretensamente apresentada com o intuito de aprimorar a legislação processual penal. Já o capítulo 3 trará a correlação entre a seletividade do sistema prisional e a prisão processual, indicando que as origens da desigualdade podem estar mais vinculadas ao direito processual do que ao direito material, a despeito do que intuitivamente se propaga. Por fim, os capítulos 4 e 5 abordarão propriamente o instituto processual da contemporaneidade, primeiramente apresentando os contornos jurisprudenciais de desenvolvimento do conceito, para, em um segundo momento, propor uma redefinição do seu significado.

### 1 UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DAS RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

No final do ano de 2019 foi promulgada a Lei nº 13.964, intitulada "Lei Anticrime", cujo projeto foi uma das bases de campanha do atual Governo Federal e prometia um

aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, visando conferir maior eficácia no combate à criminalidade organizada e à corrupção.

Entretanto, o projeto de lei original sofreu uma série de alterações durante o trâmite legislativo no Congresso Nacional, de modo que o texto final aprovado e sancionado pelo Presidente da República em muito difere da proposta inicial. A partir de uma breve leitura da nova lei é possível verificar que houve um recrudescimento penal em relação aos intitulados "crimes comuns", ao passo que se introduziu uma série de institutos que abrem portas para manobras jurídicas voltadas a dificultar e obstruir a persecução dos "crimes de colarinho branco"<sup>i</sup>, a despeito do objetivo inicial proclamado à população<sup>ii</sup>.

Cogitando-se que o desvirtuamento da ideia primordial da lei não se deu por acaso, tendo em vista que a classe política, responsável pela alteração do projeto original, é uma das principais afetadas pelas investigações e processamentos de crimes de corrupção e demais delitos de colarinho branco, é possível se trabalhar com a hipótese de um processo de autoproteção legislativa.

Segundo Leonardo Boff (1996, p. 97):

As classes dominantes internalizaram dentro de si mesmas que elas tudo podem. E que são impunes. O autoritarismo ligado à impunidade e, por isso, à corrupção que tudo acoberta, é uma das origens da violência.

Nos últimos cinco anos, o contexto judicial brasileiro experimentou a ebulição de uma nova mentalidade, a partir de um movimento surgido nas instâncias inferiores, que se propôs a alterar o status quo da nossa Justiça criminal, de modo a alcançar criminosos provenientes de classes sociais mais elevadas e detentores de considerável poder econômico ou político.

Nesse sentido, Luís Barroso (2018, p. 20) constata que:

Nos últimos tempos, houve uma expressiva reação da sociedade brasileira, que deixou de aceitar o inaceitável. Onde se vai no Brasil hoje se vê uma imensa demanda por integridade, por idealismo e por patriotismo. E essa é a energia que muda paradigmas e empurra a história. A reação da sociedade impulsionou mudanças importantes de atitude que alcançaram as instituições, a legislação e a jurisprudência. No Judiciário, alguns juízes de primeiro grau passaram a tratar com rigor os crimes de colarinho branco (...).

A natural reação a essa nova postura judicial, proveniente daqueles que até então estavam imunes a qualquer consequência jurídica por seus ilícitos cometidos, veio por meio de alterações legislativas determinadas a esvaziar de efetividade a investigação e o processamento dos delitos de colarinho branco.

Sobre a perda de eficácia dos ordenamentos jurídicos frente a imposição de poder pelas novas corporações, Busato (*apud* FRANÇA, 2020, p. 153) observa que:

Não é um acaso que justamente a união de interesses entre o Estado – notadamente nos

seus poderes Executivo e Legislativo – e as empresas, tenha escrito a página criminal mais notória da história do Brasil.

As espúrias relações de interdependência entre setores da classe política e da classe empresarial, visando manter o ciclo de impunidade da corrupção sistêmica que assola nosso país, podem ter influenciado as recentes mudanças legislativas, corporificadas pela Lei 13.869/19 ("Lei de Abuso de Autoridade") e pela Lei nº 13.964/19 ("Lei Anticrime"). Dessa forma, tem-se um possível cenário onde redes de interesses escusos são sustentadas por meio de alterações normativas extremamente seletivas, introduzidas em leis batizadas com nomes atraentes, propositalmente utilizados de modo a ocultar da população seus reais efeitos e consequências.

Conforme o recém divulgado Índice de Percepção da Corrupção do ano de 2019, elaborado pela Transparência Internacional, em uma escala que vai de 0 pontos (altamente corrupto) a 100 pontos (altamente íntegro), o Brasil somou apenas 35 pontos, amargando a 106ª posição entre 180 países avaliados. (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2019).

## 2 DA SELETIVIDADE DO SISTEMA CRIMINAL

Em pleno século XXI, não há mais qualquer dúvida de que o sistema criminal opera de modo seletivo, direcionando toda sua severidade aos membros das classes sociais marginalizadas e menos favorecidas. Segundo ZAFFARONI (2013, p. 124 - 126) "pontua que a percepção do crime de colarinho branco evidencia a seletividade da punição, uma vez que raramente poderosos vão para a cadeia". Tal tratamento discriminatório institucionalizado se mostra mais patente em países como o Brasil, onde as desigualdades sociais atuam de maneira mais proeminente. Basta um breve olhar para nosso sistema prisional para constatar que, salvo raríssimas exceções, o cárcere só atinge as classes mais pobres da nossa sociedade, seja por meio da aplicação de pena ou por meio da decretação de prisões cautelares.

Os reflexos da seletividade do sistema prisional brasileiro podem ser percebidos a partir dos dados presentes no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2017, elaborado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Considerando os índices de escolaridade da população brasileira, 33% dos brasileiros possuem ensino fundamental incompleto, enquanto 17% ostentam ensino superior completo. Contudo, tais índices se mostram discrepantes quando comparados aos níveis de escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil, uma vez que 51% da população prisional é formada por indivíduos com ensino fundamental incompleto, ao passo que o percentual de encarcerados com curso superior completo cai para apenas 0,5%. De forma semelhante, a análise da questão étnica também reforça o caráter seletivo do encarceramento nacional, pois enquanto as pessoas de etnia/cor da pele preta representam 8,6% da população brasileira, sua participação no sistema prisional corresponde ao dobro dessa representatividade (17,37%) (BRASIL

2017; Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019, p. 31 - 35).

Embora a seletividade do direito penal e do sistema carcerário já tenha sido denunciada pela Criminologia e pela Sociologia ao longo das últimas décadas (KIRCHHEIMER; RUSCHE, 2004), poucos trabalhos se dispõem a investigar o modo como tal mecanismo é inserido no contexto da Justiça criminal brasileira. Mediante uma cuidadosa análise crítica da nossa realidade prisional, percebe-se que o tratamento discriminatório não tem no malfadado direito penal a sua principal ferramenta de disseminação, uma vez que há um instrumento muito mais sutil e eficaz: o direito processual penal.

A confortável concepção maniqueísta que enxerga o direito penal como arauto de toda desigualdade institucional e o direito processual penal como grande patrono das garantias isonômicas desmorona diante da inconveniente deturpação de institutos processuais.

Por meio de um falso discurso garantista de defesa do cidadão comum frente ao poder punitivo do Estado, criam-se normas e institutos processuais que só atingem e beneficiam aqueles cujos poderes econômicos e políticos se sobrepõem ao próprio poder estatal. Utilizam-se de discursos iluministas de proteção do indivíduo, enquanto o poder de fato dos reais beneficiados por essas criações jurídicas é muito maior do que o poder institucionalizado ao qual o juiz é investido por meio da jurisdição.

Portanto, se o mundo decimonônico precisava construir um Direito penal de garantias dos indivíduos frente ao Leviatã Estado, hoje este mesmo indivíduo precisa conviver com a realidade de um duplo Leviatã: o Estado, de um lado e a Corporação de outro (BUSATO; FRANÇA, 2020, p. 153).

Esse ideal iluminista, que representou um avanço civilizatório do Estado moderno, serviu como substrato para o desenvolvimento da teoria do garantismo a partir da segunda metade do século XX. De acordo com o relevante trabalho de Ferrajoli, "a lei penal deve se justificar enquanto lei do mais fraco, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte". Assim, na relação processual, o réu normalmente assume um papel vulnerável em face do poder de punir do Estado. (FERRAJOLI, 2002, p. 270).

Por outro lado, o embuste de garantia individual conferido a esses institutos desperta um pudor no meio jurídico que os torna quase imune a críticas, mesmo por parte de setores da doutrina que se intitulam oriundos de correntes críticas ao establishment. O principal alvo da censura doutrinária é o intitulado "direito penal simbólico". Nesse sentido, Hassemer (2008, p. 230), denuncia o direito penal como instrumento guarnecedor da política, ao afirmar que "O direito penal simbólico, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do Estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal", representado na criminalização – sabidamente ineficaz – de certas condutas, servindo apenas como instrumento para justificar e tentar legitimar o discurso punitivo a despeito da realidade seletiva do sistema. Porém, frequentemente tal denúncia para por aí, não alcançando os mecanismos

processuais que resguardam essa impunidade e conservam a estrutura meramente simbólica desse direito penal.

Para deslindar um dos fatores que operam a seletividade em nosso sistema é necessário, num primeiro momento, atentar-se à realidade estrutural do mecanismo persecutório, na fase investigativa e na fase judicial, para então perceber que empiricamente há dois tipos de procedimentos criminais em nosso país.

Embora a presente análise seja feita à luz do sistema processual brasileiro, importante consignar que, respeitadas as peculiaridades de cada sistema, a diferença entre o procedimento criminal de delitos comuns e delitos de colarinho branco pode ser observada em outros ordenamentos jurídicos. A título de exemplo, Nieva-Fenoll faz uma comparação semelhante à aqui apresentada, reconhecendo no sistema espanhol dois tipos de processos criminais: "*procesos individuales y macroprocesos*" (NIEVA FENOLL, 2013, p. 5 - 6).

O primeiro deles, que representa a imensa maioria dos processos criminais que tramitam na Justiça brasileira, decorre de prisões em flagrante realizadas pela polícia ostensiva. São os procedimentos próprios dos chamados "crimes comuns" – como furto, roubo, tráfico de drogas, etc. – que são usualmente praticados por pessoas de baixa renda, que não dispõem de recursos para cometer crimes mais elaborados e precisam se arriscar pessoalmente em empreitadas delituosas – De acordo com os dados do Infopen de 2017, os delitos de roubo, tráfico de drogas, furto e homicídio são os grandes responsáveis pelos índices de encarceramento no país (BRASIL, 2017) –. Tal procedimento dispensa investigação, é consideravelmente célere, pois sua instrução se limita à prova testemunhal, e a discussão processual se resume à mera análise de fato, ou seja, aspectos relativos à autoria e materialidade. Devido às limitações financeiras, dificilmente tais réus têm condições de contratar uma defesa técnica mais especializada, que lhes permita alcance a todos os instrumentos processuais defensivos, principalmente no que diz respeito ao acesso aos tribunais superiores.

Conforme estatística fornecida pela Central de Audiências de Custódia de Curitiba (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, 2019), no período de janeiro a junho de 2019, foram realizadas audiências de custódia na capital paranaense em que figuraram 533 casos de roubo, 505 casos de tráfico de drogas, 298 casos de furto, 199 casos de receptação e 29 casos de homicídio. Por sua vez, no mesmo período, não foi registrado nenhum caso de crimes contra a ordem econômica, crimes contra relação de consumo, corrupção passiva, peculato, crimes licitatórios e lavagem de dinheiro. Houve 11 casos de corrupção ativa, porém que não se enquadram no conceito tradicional de crime de colarinho branco, uma vez que os flagranteados, em sua maioria, eram pessoas de baixa renda, acusados de tentarem subornar policiais para evitar a prisão em flagrante. Corroborando esse panorama, de acordo com o Diagnóstico Prévio das Audiências de Custódia de Curitiba (ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES, 2019) e fornecido pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, baseado nos meses de setembro a dezembro de 2019, a média salarial dos custodiados era de R\$ 1.541,98, sendo que

46,1% declararam ganhar menos de mil reais mensais, 44,2% declararam ganhar entre mil e mil e quinhentos reais e apenas 9,7% declararam ganhar mais de mil e quinhentos reais. Esses números demonstram que a conversão de prisões em flagrante em prisões preventivas, que corresponde à esmagadora maioria das custódias cautelares decretadas em nosso país, atinge substancialmente pessoas de baixa renda acusadas pela prática de crimes comuns.

O segundo tipo de procedimento envolve a macrocriminalidade econômica e os delitos de colarinho branco. Em razão da natureza complexa e especializada desses delitos, sua descoberta e elucidação são extremamente difíceis, demandando a instauração de procedimentos investigatórios e a utilização de medidas judiciais incidentais, como interceptação telefônica, quebra de sigilo, prisões temporárias, etc. Além disso, atingem investigados com considerável influência econômica e política, o que dificulta ainda mais a atuação dos órgãos de investigação. O direito penal, tradicionalmente concebido para proteger bens jurídicos individuais, tem que se valer de conceitos oriundos de outros sistemas autopoieticos (LUHUMANN, 1990, p. 23 - 30), no atual contexto da grande criminalidade econômica, para atingir a intrincada estrutura hierarquizada dos delitos empresariais. Nesse cenário, o processo penal atinge seu ápice de formalidade, invocando a observância quase ritualística de certas criações jurídicas, com o aval de parte da doutrina e dos tribunais. Não é preciso muito esforço para perceber que tal procedimento se apresenta como um largo e fértil campo para semear instrumentos seletivos dissimulados sob o véu do discurso de garantias.

Santiago Nino alerta que a influência das decisões jurídicas nas mudanças sociais e o seu controle por parte da opinião pública são prejudicados por procedimentos judiciais formalistas demais, que permitem a manipulação dos efeitos práticos por meio do manejo de irregularidades processuais.

Nos países latinos, e, sobretudo, nos de origem hispânica, o procedimento judicial costuma ser difícil, cheio de formalidades solenes e em geral elusivo ao controle por parte da opinião pública. Observam-se ainda nesses espaços, resquícios de uma atitude mágica perante o procedimento judicial, segundo a qual pronunciar certas palavras ou cumprir certas fórmulas é condição necessária e suficiente para obter determinados efeitos jurídicos. Esses obstáculos no procedimento judicial são, sem dúvida, regressivos em relação à capacidade do direito de influenciar a realidade social. (SANTIAGO NINO, 2010, p. 358 - 359).

Um exemplo claro dessa forma de manipulação é a quantidade de novos institutos processuais trazidos pela Lei nº 13.964/19 e que só beneficiam supostos autores de delitos abrangidos por esse segundo tipo de procedimento criminal. As extensas regulamentações sobre o instituto da colaboração premiada obviamente têm como principais destinatários os acusados da prática de crimes de colarinho branco. A hoje positivada norma que impõe que os demais réus se manifestem somente após as manifestações do réu colaborador apresenta o evidente propósito de protelar o rito processual – A ideia da manifestação processual dos demais

rés após a manifestação dos réus colaboradores surgiu a partir do precedente do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 166373, em 02 de outubro de 2019. Apenas dois meses depois, tal criação jurisprudencial foi transformada em norma pela Lei nº 13.964/2019, que introduziu o parágrafo 10-A no artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, com a seguinte redação: "Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou" -. As regras ordinárias da experiência demonstram que os elementos de imputação oferecidos pelo colaborador normalmente se encerram nas declarações sobre os fatos prestadas no acordo de colaboração e no interrogatório, sendo que as demais peças processuais de defesa técnica não trazem qualquer ampliação da imputação, ao invés disso se resumem a pleitos de natureza pessoal, como a observância e a ampliação dos benefícios acordados.

Em sentido contrário, Greco e Leite entendem que os memoriais finais apresentados pelo colaborador, via de regra, aumentam a probabilidade de condenação do delatado,

por estarem vocacionados à demonstração exposta de cumprimento de um acordo pretérito destinado a intervir na esfera do delatado e por serem a versão definitiva do delator sobre a instrução finda". Entretanto, observam que nas hipóteses em que "o delator se limita a repetir conteúdo já de conhecimento do delatado, sobre o qual ele já teve ampla oportunidade de manifestar-se, sem proceder a qualquer acréscimo de fato ou de direito em suas alegações finais", a inversão da ordem de apresentação dos memoriais finais não implicaria em necessária decretação de nulidade (GRECO; LEITE, 2019, p. 11 - 12).

Dessa maneira, conclui-se que o abrandamento da repressão aos crimes de colarinho branco por meio de alterações legislativas em normas penais materiais não se mostra a primeira escolha do legislador, uma vez que tais mudanças apresentam um custo político muito elevado, diante de um provável desgaste da imagem pública dos seus idealizadores em virtude da desaprovação popular em face dessas modificações. Por outro lado, alterações de normas de natureza processual e que apresentem um aparente caráter geral, ainda que tenham um dissimulado direcionamento de efeitos a certos tipos de delitos e a determinada qualidade de acusados, têm se mostrado a melhor opção para corpo legislativo perpetuar a seletividade do sistema criminal e salvaguardar os interesses próprios das classes sociais detentoras do poder.

Por meio de uma análise científica do comportamento governamental, em específico quanto ao processo de tomada de decisões políticas, Tullock constata que a falta de informações dos eleitores sobre assuntos específicos favorece o surgimento de "grupos de interesses", formado por pessoas bem informadas em assuntos que lhes afetam diretamente. Esses grupos de interesses, dada sua maior capacidade de mobilização, exercem significativa pressão no tabuleiro político, de modo a frequentemente consagrarem vitoriosos seus privilégios em detrimento do interesse da população em geral (TULLOCK; SELDON; BRADY, 2002).

### 3 O MANTRA DA CONTEMPORANEIDADE

A seletividade do sistema criminal, no que diz respeito às prisões preventivas, tem no requisito da contemporaneidade dos fatos o seu principal e mais eficaz alicerce. Surgido como uma construção jurisprudencial, o argumento da ausência de contemporaneidade dos fatos certamente foi, nos últimos anos, o fundamento mais recorrente utilizado em habeas corpus para sustentar a liberdade de políticos e empresários presos preventivamente e acusados de envolvimento em grandes esquemas de corrupção<sup>iii</sup>.

Novamente, não por acaso, diante da postura crítica de alguns magistrados tendentes a relativizar tal entendimento, o Congresso Nacional positivou o requisito da contemporaneidade mediante a aprovação da "Lei Anticrime", que alterou o artigo 312 do Código de Processo Penal, passando a constar no seu parágrafo segundo a exigência, nas decisões judiciais, da indicação concreta da existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da prisão preventiva.

O artigo 312, § 2º do CPP passa a vigorar com a seguinte redação: "A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada". Por sua vez, o artigo 315, § 1º, do CPP passa a vigorar com a seguinte redação: "Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada".

A contemporaneidade dos fatos como requisito para decretação da prisão preventiva em quase nada altera a situação da imensa maioria da população carcerária presa provisoriamente, uma vez que ela é constituída por pessoas de baixa renda acusadas da prática de crimes comuns. Conforme pontuado no capítulo anterior, tais prisões preventivas normalmente decorrem de conversões das prisões em flagrante, típicas do primeiro e mais comum modelo empírico processual, pois os autores desses delitos carecem de maiores recursos para dissimular seus ilícitos, bem como não contam com uma intrincada rede de pessoas para colaborar na sua execução.

Em contrapartida, o requisito da contemporaneidade cai sob medida aos interesses da classe específica de criminosos de colarinho branco. Tais delitos comumente atingem vítimas de natureza coletiva ou indeterminada, o que retarda a evidenciação das condutas criminosas (ALBRECHT, 2016, p. 42). Isso é corroborado pelo fato de que o dano gerado pelos delitos de colarinho branco só é percebido pelas potenciais vítimas muito tempo após à data da consumação do crime, às vezes anos depois. Ademais, delitos como corrupção, peculato e fraudes à licitação normalmente são praticados dentro de um contexto criminoso que envolve uma série de delitos acessórios, como lavagem de dinheiro e outras falsidades, que visam dar ares de legalidade ao ilícito e dificultam de sobre- modo sua revelação.

Uma vez que as autoridades investigativas tomam conhecimento inicial dos fatos criminosos, sua investigação e apuração são frequentemente laboriosas e prolongadas,

tendo em vista que a natureza dos delitos de colarinho branco é demasiadamente complexa. Sua execução demanda uma série de atos, que podem se prolongar por um considerável período de tempo e normalmente contam com a participação de diversos agentes, cuja divisão de tarefas pode ser altamente especializada. Além disso, muitas vezes a prática de tais delitos está entremeada na intrincada estrutura hierárquica de uma grande empresa, corporação ou governo, o que dificulta em muito a individualização da conduta dos autores e a caracterização do dolo do agente.

Nesse diapasão, Moral García aponta que:

*La ineficiencia de la justicia penal frente a los fenómenos de corrupción es patente. Llegan condenas, pero llegan muy tarde, tras largos y farragosos procesos. Las investigaciones se prolongan: se reiteran diligencias, las causas van engordando. A medida que aumenta su volumen se hacen más inmanejables y se ralentizan todavía más. Se acumula documentación cuyo examen y sistematización se hace engorroso* (MORAL GARCÍA, 2015, p. 47).

Some-se a isso a maior capacidade econômica que ostenta o criminoso de colarinho branco, resultando na possibilidade da contratação de uma defesa técnica qualificada e no consequente acesso a todas as esferas judiciais de impugnação, principalmente em tribunais, onde tradicionalmente argumentos formais costumam ter maior probabilidade de aceitação. Por fim, não se pode ignorar o fato de que o elevado poder econômico ou político que tais criminosos possuem pode, infelizmente em alguns casos, gerar uma pressão externa no julgador e influir, de maneira oculta e indecorosa, na decisão sobre a manutenção da prisão ou a concessão de liberdade. As constatações proferidas por Sutherland (2015, p. 32) na década de 1940, indubitavelmente, ainda permanecem atuais:

Pessoas da classe socioeconômica mais alta são mais poderosas politicamente e financeiramente e escapam da prisão e da condenação em maior escala que pessoas que carecem deste poder. Pessoas abastadas podem contratar advogados habilidosos e outras vezes podem influenciar a administração da justiça em seu próprio favor de maneira mais efetiva que pessoas da classe socioeconômica mais baixa.

Nesse cenário, o requisito da contemporaneidade encontra terreno fértil para prosperar, simplesmente inviabilizando a utilização do instituto da prisão preventiva para os delitos de colarinho branco, subvertendo a lógica que preceitua que a segregação é medida excepcional e deve ser restrita àqueles delitos de natureza mais grave. Por outro lado, fomenta-se a tendência a que o sistema carcerário seja inundado por pessoas de baixa renda, enquanto o Poder Judiciário se ocupa com a decretação diária de centenas de prisões preventivas de anônimos, acusados de pequenos delitos patrimoniais cujos valores somados não chegam perto dos milhões desviados em grandes fraudes e esquemas de corrupção<sup>iv</sup>.

Para se evitar subjetivismos quanto à mensuração da gravidade dos delitos, von Hirsch e Jareborg (2017, p. 65) desenvolveram uma teoria, baseada na ideia do economista e filósofo Amartya Sen que classifica a gravidade da conduta de acordo com o grau de afetação do padrão de vida

das pessoas vitimadas (*standard of living*), considerando interesses econômicos e não econômicos. Normalmente se verifica que infrações criminais afetam uma ou mais das seguintes dimensões de interesses: integridade física, recursos materiais, privacidade e dignidade. Sendo assim, os referidos autores estabelecem quatro níveis de padrão de vida: mera subsistência (dano mais grave), bem-estar mínimo, bem-estar adequado e bem-estar intensificado (dano mais leve). A partir de tal construção, considerando que os delitos de colarinho branco costumam atingir um grande número de pessoas, principalmente em relação a prestações de natureza essencial, pode-se confirmar sua gravidade elevada quando comparada à maioria dos delitos comuns, tanto em relação à extensão quanto à intensidade da lesão ou perigo de lesão aos interesses juridicamente protegidos.

Além dos danos de ordem material, Bajo Fernández (1982, p. 590 - 591) destaca que os crimes econômicos causam uma série de danos imateriais – a perda de confiança nas relações econômicas, a deformação no equilíbrio de mercado e a eliminação da concorrência –, além de outros efeitos. Conforme bem pondera, “*estos efectos no se producen, la mayor parte de las veces, de forma inmediata sino remota*”. Dentre as consequências específicas, destacam-se os efeitos “ressaca” e “espiral” (*Sog- und Spiralwirkung*), em que em um ambiente altamente competitivo de mercado, as vantagens ilícitas percebidas pelo primeiro infrator geram um desequilíbrio na concorrência de modo a pressionar os demais concorrentes a também delinquirem (efeito ressaca), desencadeando novos desequilíbrios (efeito espiral). Essa ideia se coaduna com a construção de Sutherland, segundo a qual a difusão de práticas ilegais no meio empresarial está vinculada ao conceito de “associação diferencial”, que informa que o comportamento criminoso é aprendido no meio em que lhe é favorável (SUTHERLAND, 2015).

Ademais, os delitos econômicos geram uma reação em cadeia (*Kettenreaktion*) sob três prismas: a) os graves danos materiais suportados pelas vítimas imediatas são transmitidos a outras vítimas, gerando danos acessórios; b) delitos econômicos demandam complementarmente delitos secundários, como falsificações, fraudes, etc.; e c) delitos econômicos exercem um alto poder corruptor na Administração Pública.

Há que se reconhecer que a defesa da contemporaneidade apresenta um argumento simples, porém muito sedutor: não há razão para se decretar uma prisão preventiva se os motivos justificantes já desapareceram com o decorrer do tempo. Parece uma questão lógica, pois é insustentável que uma segregação cautelar, considerada uma das formas mais violentas da intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão, seja imposta quando não mais se perfaz sua necessidade. Além do mais, o decorrer do tempo é, sem dúvida, um fator que influencia na análise da conveniência da aplicação de uma prisão, seja ela de ordem cautelar ou definitiva.

Contudo, a ideia da contemporaneidade passou a ser difundida e repetida sem maiores reflexões, ecoando na doutrina e nos tribunais como um verdadeiro mantra, desconsiderando todo motivo e racionalidade da sua concepção original. E isso tudo decorre de um equívoco interpretativo do conceito de contemporaneidade, que

acabou se alastrando na jurisprudência devido à sua aplicação indiscriminada, que desconsidera qualquer peculiaridade do caso concreto, recebendo o aval de parte da doutrina em razão da sua roupagem – apenas superficialmente – garantista.

Quanto à legitimidade do direito, Hespanha observa que há quem defenda que ela não se mede pela democraticidade, mas sim pela racionalidade científica de suas proposições. Quanto a esse ponto de vista, faz o seguinte alerta:

O estado da arte no domínio da teoria dos saberes e dos discursos aponta, pelo contrário, para a ideia de que há muitos ingredientes no discurso dos juristas que traduzem convicções prévias (pré-compreensões) pouco refletidas ou que apenas exprimem pontos de vistas interessados e parciais e não perspectivas geralmente consensuais ou que respondam a interesses e expectativas neutras e geralmente aceites (HESPANHA, 2018).

Com isso, passou a ser utilizada como argumento comum na defesa dos crimes de colarinho branco, servindo aos interesses da classe dominante e colaborando de maneira decisiva para a construção de um sistema processual altamente seletivo.

Em relação à má aplicação do argumento da dogmática jurídica, Alexy observa que

o caráter racional da aplicação da dogmática jurídica, naturalmente, é virado de cabeça para baixo assim que não é mais usado como um 'instrumento para determinação do direito em questões de razão prática ou moralidade'. Esse é particularmente o caso quando dogmáticas jurídicas são usadas para ocultar as verdadeiras razões de uma decisão ou para promover programas autônomos para a tomada de decisões (ALEXY, 2001, p.257).

#### 4 CONTEMPORANEIDADE ADEQUADA

A mecanização da produção judicial, implementada como alternativa para dar vazão ao elevado volume de casos que o juiz criminal precisa resolver diariamente, gerou uma rotina de elaboração de decisões em massa, onde a aplicação e repetição de um precedente é feita de maneira automática, sem a devida reflexão crítica e adequação às peculiaridades do caso concreto. Nesse ambiente, difundiu-se a ideia da contemporaneidade como requisito intransponível para a decretação da prisão preventiva. Contudo, na grande maioria dos casos a interpretação do conceito de contemporaneidade se dá de forma mecanicista, mediante a aplicação de um simplório e estéril método de aferição temporal entre a data do fato criminoso e a data do pedido de prisão preventiva. Mesmo no âmbito dos tribunais e em casos de grande repercussão, é possível verificar a utilização dessa mesma linha básica de raciocínio, sem grande imersão em questões referentes à natureza do delito e demais circunstâncias fáticas.

O grande equívoco dessa vertente interpretativa é desconsiderar que a natureza cautelar da prisão impõe uma análise dos requisitos da segregação preventiva sob a

perspectiva do risco atinente à manutenção da liberdade do acusado. Diante disso, a cautelaridade da medida não deve ser informada pelo tempo dos fatos criminosos, mas sim pelo tempo dos fatos geradores do risco, ou seja, do *periculum libertatis*.

A prisão preventiva é uma medida de urgência, analisada com base na ameaça que a manutenção da liberdade do acusado geraria. Sendo assim, a data da prática dos fatos apresenta pouquíssima relevância em termos de valoração da necessidade de imposição do gravame cautelar, pois o que orienta o pedido de prisão é o surgimento de um risco. Ainda que, em alguns casos, o momento do surgimento do fator de risco seja concomitante ao tempo da consumação do delito, não se pode confundir esses dois conceitos.

Observando-se as hipóteses autorizadoras da decretação da prisão preventiva elencadas no artigo 312 do Código de Processo Penal – quais sejam a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal –, a distinção entre o tempo dos fatos criminoso e o tempo dos fatos causadores do risco se torna mais perceptível nas duas últimas hipóteses. Assim, por exemplo, quando um acusado constrange uma testemunha, é evidente que a cautelaridade da prisão estará vinculada a esse fato específico e não à data da consumação do delito original.

Contudo, a confusão conceitual se mostra muito mais presente na análise do requisito da contemporaneidade nas hipóteses de garantia da ordem pública e de garantia da ordem econômica. Aqui, a prática forense, na maioria dos casos, ignora o tempo do efetivo abalo à ordem pública e econômica, atentando tão somente ao momento do fato delituoso.

Isso se explica, em grande parte, porque o pensamento jurídico-criminal tradicional se desenvolveu para solucionar a demanda de crimes comuns, que normalmente lesam bens jurídicos individuais. Logo, sob o prisma dos delitos tradicionais – como roubo, furto, homicídio, etc. – onde há vítimas de- terminadas e o dano é concomitante à consumação do delito, o tempo dos fatos criminosos e o tempo do abalo à ordem pública quase sempre são indissociáveis. Esse modelo, conforme já exposto, harmoniza-se com primeiro tipo de procedimento descrito no capítulo 2 deste artigo.

Sobre as dificuldades de se adaptar o direito penal clássico às demandas atuais, Hassemer alerta que tal obstáculo também atinge os institutos de processo penal, importando em "déficits de execução" que poderão confinar o direito penal à satisfação apenas das suas funções simbólicas (HASSEMER, 2007, p. 200 - 204).

Tal raciocínio, contudo, não se aplica àqueles crimes cujas conseqüências são experimentadas em momentos futuros à consumação do delito, próprio das infrações que lesam bens jurídicos coletivos ou transindividuais. A grande evolução nas relações sociais e econômicas desenvolvidas numa conjuntura globalizada (BECK, 2008, p. 26 - 34) oferece o grande desafio ao direito penal e ao direito processual penal na contemporaneidade, qual seja a adaptação de seus institutos tradicionais para a tutela de novos bens jurídicos e para o combate de novas formas de condutas lesivas. Nesse contexto, a análise da contemporaneidade como requisito da prisão preventiva nos

delitos de colarinho branco urge uma adequação à natureza desses crimes e às conjecturas do caso concreto.

A título de exemplo, os abalos à ordem pública e econômica em delitos de fraude à licitação e corrupção passiva não podem ser considerados, respectivamente, a partir da data do ajuste entre os fraudadores do certame e a partir da data em que o agente público aceita a propina. Em delitos dessa natureza, o real abalo só se efetiva meses ou anos depois, quando o corpo social e econômico toma conhecimento dos fatos criminosos e amargura as consequências dos serviços e obras não realizados, ou das implicações que a quebra das expectativas concorrenciais gera no mercado econômico.

Sob tal perspectiva, não se pode confundir o conceito de abalo à ordem pública com a noção de clamor popular. Enquanto este representa um ruído efêmero, causado por um sentimento passageiro de comoção das massas, mas que pode ser manipulado e incitado por grupos de interesse, o que relativiza sua aplicabilidade jurídica, o abalo à ordem pública é perene, pois passa por um processo de consensualidade refletida e compartilhada entre os cidadãos, cujo impacto pode ser percebido ao longo de anos.

Embora o presente trabalho não tenha o objetivo de discutir de maneira mais aprofundada o conceito de ordem pública, que justamente pela sua abertura semântica comporta uma série de controvérsias hermenêuticas quanto à fixação do significado, torna-se pertinente um breve apontamento sobre o sentido ora adotado para tal expressão normativa. A ideia de ordem pública, prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal e nos artigos 34, 136 e 144 da Constituição da República de 1988, está historicamente ligada ao acautelamento do meio social<sup>37</sup>. Assim, ainda que fatores como a gravidade concreta do delito e o risco de cometimento de novas infrações possam influir na ponderação da custódia preventiva, a garantia da ordem pública guarda estreito vínculo com o restabelecimento da estrutura coletiva abalada, assegurando a paz social mediante a estabilização das expectativas comunitárias.

Quanto às origens normativas termo ordem pública, destaca-se as menções no artigo 10º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e no artigo 78, § 8º, da Constituição da República de 1891. Sobre a legitimidade de interpretações jurídicas que destoam das conferidas por órgãos representativos, Alexy pondera que

os argumentos que dão expressão a um elo com as verdadeiras palavras da lei, ou com a vontade do legislador histórico, têm precedência sobre os outros argumentos, a menos que motivos racionais possam ser citados para garantir a precedência sobre outros argumentos" (ALEXY, 2001, p. 239).

Nas palavras de Rangel (2012, p. 783): "Por ordem pública, devem-se entender a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade".

A partir de noções racionais e legítimas de ordem pública e ordem econômica, é possível compreender que a função da prisão preventiva nestes casos é de afastar o abalo causado pelo delito e reestabelecer as instituições sociais atingidas. Dentro da teoria comunicacional, desenvolvida por Robles (2005, p. 1-6), que concebe o direito como sistema de comunicação cuja função primordial é

organizar a vida social e regular as ações humanas, a decisão judicial aparece como paradigma da sua concretização. Embora a função comunicativa seja algo inerente às decisões judiciais, em algumas espécies de julgados tal papel ganha um protagonismo ainda maior se comparado à maioria dos atos processuais ordinários, em razão da intrínseca necessidade de se passar uma mensagem a toda ordem social - Ressalta-se aqui a função comunicacional das sentenças criminais para as teorias expressivas da pena (FEINBERG, 2001, p. 79 - 82; VON HIRSCH; ASHWORTH, 2005, p. 31 - 33; HÖRNLE, 2015).

Nesse aspecto, deve-se destacar as decisões de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica, pois sua mensagem de pacificação social tem a população como principal destinatária. Destarte, como o conteúdo dessas decisões deve buscar um consenso generalizado, estabilizador das expectativas, a legitimidade democrática será seu prumo, de modo a não restringir sua discussão a aspectos formalistas em um grupo restrito de tecnocratas.

Assim, diante de uma situação de urgência que só nasce a partir da percepção dos reais abalos à ordem pública e econômica, cuja análise da contemporaneidade está vinculada à relação de espaço/tempo, a decretação da prisão preventiva se justifica caso seja a derradeira alternativa emergencial para se reestabelecer as expectativas congruentes (LUHMANN, 1983) que recaem sobre as instituições públicas, políticas, sociais e econômicas abaladas.

E antes que se levante qualquer alusão à ideia de aplicação antecipada de pena por meio da prisão cautelar, pontua-se que anterior às construções funcionalistas que conferem à pena uma função preventivo-geral positiva (JAKOBS, 1997), a garantia da estabilização das expectativas normativas transcende a específica função da pena ou mesmo do direito penal, mostrando-se imanente ao direito como um todo. Conforme conclui Habermas (1996, p. 198), a decisão judicial deve resgatar simultaneamente a garantia das expectativas de comportamento implementadas pelo Estado e a legitimidade das expectativas estabilizadas pela aplicação do direito.

Destaca-se a formulação de Jakobs, segundo a qual a finalidade precípua da pena é reestabelecer a validade da norma contrafaticamente (em oposição ao crime), mantendo-a como modelo de orientação para os contatos sociais (JAKOBS, 1997, p. 14).

Perante isso, o conceito de contemporaneidade adequada ganha especial relevância na análise da prisão preventiva para garantia da ordem pública e econômica, principalmente em relação aos delitos de colarinho branco, em que o abalo social surge em momento posterior à prática dos fatos ilícitos. Aqui, mais do que nunca, a adequação da ideia de contemporaneidade à natureza do crime e às circunstâncias do caso concreto se mostra imprescindível, sob pena de se corromper a eficácia na norma.

Quanto à necessidade de amoldar a contemporaneidade à essência dos crimes de colarinho branco, alerta-se que sua não observância pode gerar antinomias que desestabilizam a coerência de todo ordenamento jurídico. A primeira delas, como já exemplificada no capítulo antecedente, é imunizar da medida prisional justamente aqueles delitos que

potencialmente podem apresentar um maior grau de lesividade social, relegando o cárcere aos delitos comuns que, de alguma forma, nascem a partir da desigualdade retroalimentada pelo sistema altamente seletivo.

A segunda antinomia decorre da criminalização dos delitos acessórios praticados para dissimular outras práticas ilícitas, a exemplo dos crimes de lavagem de dinheiro, obstrução de justiça, falsidade ideológica e documental, etc. Quando se afasta a possibilidade de prisão pelo simples decurso do tempo ocasionado pela dificuldade natural de elucidação dos delitos de colarinho branco, além de se recompensar o infrator pela sua capacidade de ludibriar os órgãos públicos de controle, o próprio Estado passa a estimular e legitimar a prática de condutas ilícitas de dissimulação e obstrução.

A necessidade da modulação judicial de institutos temporais não é nenhuma inovação proposta neste artigo e inclusive já foi objeto de decisão da Corte de Cassação Francesa (2014), que entendeu que a existência de um "obstáculo intransponível" (*obstacle insurmontable*) à acusação para a verificação de um fato criminoso é causa idônea para adiar ou suspender a contagem do prazo prescricional. Sendo assim, considerando a complexidade da apuração e a quantidade de dissimulações típicas dos delitos de colarinho branco, a adequação da mensuração da contemporaneidade às características do caso concreto não só é possível quanto é necessária à manutenção da congruência do sistema criminal.

Quanto às dificuldades na apuração de crimes de colarinho branco, Sutherland (2015, p. 341) assinala que "o sigilo sobre o cometimento do crime de colarinho branco é facilitado pela complexidade dos processos e pela ampla dispersão dos seus efeitos tanto no tempo quanto no espaço". Por sua vez, Dervan e Podgor (2016, p.561) observam que "*many white-collar cases have lengthy investigations. This is in part because white-collar cases are often document driven*".

A partir das constatações explanadas no presente artigo, a proposta da contemporaneidade adequada dispõe que os fatos contemporâneos que informam a decretação da prisão preventiva, requisito positivado no parágrafo 2º do artigo 313 do Código de Processo Penal e introduzido pela recém promulgada Lei nº 13.964/19, não se referem aos fatos criminosos, mas sim aos fatos geradores do risco da manutenção da liberdade, tendo em vista a cautelaridade da medida.

Dessa forma, a análise da contemporaneidade dos fatos deve ter como primeiro parâmetro a data do pedido de prisão preventiva e como segundo parâmetro: a) a data dos fatos que colocaram em risco a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal; ou b) a data dos fatos que causaram o abalo ou o risco de efetivo abalo à ordem pública ou à ordem econômica.

Uma vez estabelecidos quais os verdadeiros fatos que orientam a análise da contemporaneidade, a valoração do tempo deverá ser modulada em razão da natureza do delito e das peculiaridades do caso concreto. Aqui, chega-se à segunda proposta da contemporaneidade adequada, qual seja a adoção de uma perspectiva dromológica (VARILIO, 1996) que considere o impacto de elementos contextuais na atribuição de sentido à velocidade presente nos institutos processuais. Nesse sentido, admite-se a dilação do aspecto

temporal da contemporaneidade quando a situação fática do caso em análise indicar que há fatores que impliquem em obstáculos à apuração do delito.

Dentre os fatores que dificultam a apuração criminal e que devem ser considerados na análise concreta da contemporaneidade, destacam-se os seguintes: a) complexidade do delito, incluindo a necessidade de informações de ordem técnica ou especializada para realização da conduta típica; b) tempo de preparação e execução do delito; c) quantidade de atos praticados durante a empreitada criminosa; d) quantidade de coautores e partícipes envolvidos, e eventual grau de organização e hierarquização; e) existência de crimes acessórios ou outros ilícitos, como fraudes e falsidades, praticados com o intuito de ocultar ou dissimular o crime principal, ou de obstruir sua investigação; f) afetação de vítimas indeterminadas de modo a dificultar a percepção dos efeitos dos atos criminosos; g) gravidade concreta dos delitos e a dimensão dos danos causados.

Ou seja, a adequação da contemporaneidade impõe que o aspecto temporal seja valorado e fundamentado de maneira individualizada, de acordo com as características do caso concreto, evitando-se a utilização indiscriminada de estereis padrões pré-fixados de mensuração temporal em circunstâncias fáticas totalmente distintas. Tal teoria ganha principal relevância quando aplicada na análise da decretação de prisão preventiva para crimes de colarinho branco, uma vez que permite que se considere toda a complexidade desses delitos de modo a distingui-los dos delitos comuns, preservando a efetividade da norma processual penal.

## CONCLUSÃO

É indubitável que a proposta da contemporaneidade adequada se contrapõe a inúmeros precedentes de tribunais superiores que, com o respaldo de parcela da doutrina, reproduzem um despojado mecanismo de valoração do requisito temporal para apreciação da conveniência da segregação preventiva. Todavia, o apuramento da dogmática jurídica não se perfaz mediante deferência escolástica a argumentos de autoridade, principalmente se há um descompasso entre o discurso apresentado e as suas consequências verificadas.

O reconhecimento da adequação temporal confere, primeiramente, um incremento na pretensão de correção das decisões judiciais, uma vez que retifica uma imprecisão conceitual em relação a quais fatos são relevantes à apreciação da cautelaridade da medida. A partir de então, o tempo da manifestação do risco passa a reger o julgamento da contemporaneidade e não mais o tempo da consumação do delito, como equivocadamente se difundiu. Além de entregar maior racionalidade às decisões, tal mudança de paradigma implica em um aprimoramento no dever de fundamentação judicial, diante da opção por um modelo sensível às peculiaridades do caso concreto ao invés da antiga padronização estéril difundida na prática forense.

Como consequência externa, atribui-se à norma maior efetividade na proteção do interesse coletivo devido à possibilidade de o instituto da prisão preventiva alcançar delitos do colarinho branco, até então imunizados em face desse relevante mecanismo jurídico de estabilização social.

Em um terceiro momento, a correção da racionalidade decisória e o ganho de efetividade da norma, decorrentes da adoção da contemporaneidade adequada, convergem em uma conformação harmônica do sistema criminal, na medida em que se proporciona que a excepcionalidade do cárcere seja destinada às condutas de maior gravidade e lesividade social. A coerência do sistema também é revigorada com tal modelo, em virtude da cessação do estímulo à prática de delitos acessórios de ocultação e de obstrução de investigação.

Por fim, a teoria da contemporaneidade adequada constitui um avanço na pretensão de se reduzir a seletividade do sistema criminal, que historicamente usou a força de maneira violenta e ilegítima, imersa em um mecanismo voltado à dominação e à opressão dos sujeitos sócio-históricos e das classes marginalizadas (DUSSEL, 2000, p.546). Não se trata de um discurso punitivista que busca a criminalização da riqueza, mas sim de uma readequação do sistema criminal para que volte suas atenções às reais condutas causadoras das grandes mazelas sociais do nosso país. Enquanto o sistema criminal funcionar de maneira efetiva apenas para a criminalidade comum e ignorar o atual quadro de corrupção endêmica, estará fadado a combater as consequências sem se atentar às suas autênticas causas.

Contudo, não se rompe um ciclo de seletividade com a reprodução de interpretações normativas que só reforçam a discriminação institucionalizada, ainda que albergadas pela força de um precedente judicial ou de um argumento de ordem. O urdido e ao mesmo tempo arcaico discurso sustentado por aqueles ocupados na manutenção do poder deve ser desmantelado por uma justiça equânime e liberta de qualquer influência política e econômica, que seja apta a assegurar de forma transparente os direitos e garantias individuais, sem qualquer espécie de distinção de classe, origem ou gênero.

De acordo com os ensinamentos de Pierre Bourdieu, no campo jurídico, local onde se desenvolve a concorrência pelo monopólio de dizer o direito, muitas vezes se utiliza o discurso técnico para racionalizar decisões em que o direito não tem qualquer participação. Nesse corpo hierarquizado e relativamente independente às pressões externas, em que o formalismo participa na eficácia simbólica do direito racional, o desvio entre a visão do profano e do especialista jurídico "nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder". Considerando que os juristas normalmente provêm de classes com afinidades aos detentores do poder político e econômico, não é raro que "a lógica imanente dos textos jurídicos", invocada para justificar e inspirar, está adequada "aos interesses, aos valores e à visão de mundo dos dominantes" (BOURDIEU, 1989, p. 211 - 212, 226, 241 - 242).

Mas tal evolução só será alcançada a partir de um processo de resistência ética (GROS, 2018, p. 184), em oposição aos velhos mantras entoados nos altos escalões de poder e que não se alinham ao ideário de justiça igualitária e democrática. Se a decisão que analisa a necessidade da decretação da prisão preventiva tem em seu âmago uma função comunicativa, não se pode extirpar sua democraticidade a partir de construções formalistas oriundas de um estreito círculo de intérpretes preocupados com a manutenção do status quo e totalmente carentes de

um processo assentado no intersubjetivismo refletido que lhes confira legitimidade.

## REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Hans-Jörg. **Direito penal e periculosidade: a política criminal entre prevenção, combate a perigos e retribuição de culpa**. Trad. Yuri Corrêa da Luz. /n. M. R. d.A. Machado, & F. P. Püschel (Ed.). Responsabilidade e pena no estado democrático de Direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: Acadêmica Livre, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **La delincuencia económica, un enfoque criminológico y político criminal**. In: *Estudios penales: libro homenaje al Prof. J. Anton Oneca*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO. Luís Roberto. **Anotações para o voto oral da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874 do STF**. 2018. Disponível em <https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2018/12/Ano-tac%CC%A7o%CC%83es-para-ovo-to-oral-ADI-5874-Indulto.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial: em busca de la seguridad perdida**. Trad. Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008.

BOFF, Leonardo. **A violência contra os oprimidos: seis tipos de análise**. /n. BATISTA, Nilo (Dir.). Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Ano I, n. 1 (jan./jun. 1996). Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto de Lei Anticrime**. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/proje-to-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: atualização junho 2017**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sint-eticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BUSATO, Paulo César. **Posfácio**. /n. FRANÇA, Leandro Ayres (coord). Colarinho-branco: reflexões sobre a discussão original (1940-1960). Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2020.

DERVAN, Lucian E.; PODGOR, Ellen S. *Investigating and prosecuting white-collar criminals*. In: VAN SLYKE, Shanna R.; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. (Ed.). *The Oxford handbook of white-collar crime*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

DUFF, R. Antony. *Punishment, communication, and community*. New York: Oxford University Press, 2001.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves et al. Petrópolis: Vozes, 2000.

EDELHERTZ, Herbert. *The nature, impact and prosecution of white-collar crime*. Washington D.C.: Department of Justice, 1970.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. **Diagnóstico prévio de audiências de custódia em Curitiba: período de setembro a dezembro de 2019**. Mensagem recebida por fbfi@tjpr.jus.br, em 05 de fevereiro de 2020.

FEINBERG, Joel. *The expressive function of punishment*. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O status processual do corréu de-lator**. In: JOTA. Penal em foco. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-status-processual-do-correu-delator-30092019>. Acesso em: 12 ago. 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Fabris, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **O direito democrático numa era pós-estatal: a questão política das fontes do direito**. Amazon [eBook Kindle], 2018.

HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE; TRANS-PARENCY INTERNATIONAL; THE UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT; THE WORLD ECONOMIC FORUM PARTNERING AGAINST CORRUPTION INITIATIVE (PACI). **The business case against corruption**. Disponível em <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2008/07/The-business-Case-against-Corruption.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pontes, 1997.

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, George. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Trad. Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1990.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MORAL GARCÍA, Antonio del. *La justicia penal ante la corrupción*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2015.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Proceso penal y delitos de corrupción: algunas bases para la reforma estructural del proceso penal*. Barcelona: InDret 2/2013. Disponível em <https://indret.com/proceso-penal-y-delitos-de-corrupcion/>. Acesso em: 05 fev. 2020.

PONTELL, Henry N. *Theoretical, empirical, and policy implications of alternative definitions of "white-collar crime": "trivializing the lunatic crime rate"*. In: VAN SLYKE, Shanna R.; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. (Ed.). *The Oxford handbook of white-collar crime*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Haroldo V; ALVES, Luiz G A; MARTINS, Alvaro F; LENZI, Ervin K; PERC, Matjaž. **The dynamical structure of political corruption networks**. In: *Journal of Complex Networks*, v. 6, Issue 6, December 2018, p. 989 - 1003. Disponível em <https://doi.org/10.1093/comnet/cny002>. Acesso em: 26 abr. 2020.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Crimes de colarinho branco: versão sem cortes**. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TULLOCK, Gordon. **The theory of public choice**. In: TULLOCK, Gordon; SELDON, Authur; BRADY, Gordon L. *Government Failure: a primer in public choice*. Kindle Edition. Washington: Cato Institute, 2002.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Índice de percepção da corrupção 2019**. Trad. Vicente Melo. Disponível em: [https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/assett/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao\\_2019?stream=1](https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/assett/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao_2019?stream=1). Acesso em: 05 fev. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – **Central de Audiência de Custódia de Curitiba. Relatório dos meses de janeiro a junho de 2019**. Mensagem recebida por [fbfi@tjpr.jus.br](mailto:fbfi@tjpr.jus.br) em 07 de fevereiro de 2020.

VIRILIO, Paul. **Velocidade e Política**. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

VON HIRSCH, Andrew. ***Deserved criminal sentences***. Oxford: Bloomsbury, 2017.

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. ***Proportionate sentencing: exploring the principles***. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. [A onda punitiva]**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<sup>i</sup> Quanto ao conceito de crime de colarinho branco, destacam-se duas grandes vertentes doutrinárias de definição. A primeira e mais tradicional abordagem, desenvolvida por Sutherland e defendida por Pontell, baseia-se nas características sociais do agressor, para definir o crime de colarinho branco como aquele “cometido por uma pessoa respeitável e com alto status social no curso de sua ocupação”. A segunda abordagem, promulgada por Edelhertz, define o crime de colarinho branco a partir do enfoque na natureza da ofensa, como sendo aqueles atos praticados por “meios não-físicos e com dolo de ocultação, para obtenção de vantagens econômicas”. Independentemente das discussões teóricas acerca do melhor modelo conceitual, adota-se no presente trabalho a definição de crime de colarinho branco a partir das características do agente ofensor, uma vez que tal posição melhor se coaduna com a crítica ao abuso de poder das elites aqui proposta. Em SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Crimes de colarinho branco: versão sem cortes**. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 34; PONTELL, Henry N. ***Theoretical, empirical, and policy implications of alternative definitions of “white-collar crime”: “trivializing the lunatic crime rate”***. In: VAN SLYKE, Shanna R.; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. (Ed.). *The Oxford handbook of white-collar crime*. Oxford: Oxford University Press,

2016. p. 53; EDELHERTZ, Herbert. ***The nature, impact and prosecution of white-collar crime***. Washington D.C.: Department of Justice, 1970. p. 3.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

2016. p. 53; EDELHERTZ, Herbert. ***The nature, impact and prosecution of white-collar crime***. Washington D.C.: Department of Justice, 1970. p. 3.

<sup>ii</sup> De acordo com o artigo 1º do projeto original da “Lei Anticrime”, o objetivo da reforma legislativa era estabelecer “medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa”. Tal disposição foi substituída no texto final e o artigo 1º foi promulgado com a seguinte redação: “Esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”. Em BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. 2019.

<sup>iii</sup> Como exemplo: **Habeas Corpus nº 0001249-27.2019.4.02.0000**, do TRF2, de 25/03/2019; **Habeas Corpus nº 157.661**, do STF, de 31/05/2018; **Habeas Corpus nº 156.730**, do STF, de 15/05/2018.

<sup>iv</sup> O Banco Mundial estima que o custo anual da corrupção exceda 5% do Produto Interno Bruto global (US\$ 2.6 trilhões), com mais de 1 trilhão de dólares pagos anualmente em propinas. (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE; TRANSPARENCY INTERNATIONAL; THE UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT; THE WORLD ECONOMIC FORUM PARTNERING AGAINST CORRUPTION INITIATIVE (PAC)). ***The business case against corruption***. p. 2.).

# COMO CONCEBEMOS A JUSTIÇA: O DEBATE ENTRE RAWLS E SANDEL E A SUA APLICAÇÃO A PARTIR DA ANÁLISE DE SITUAÇÕES DA PRÁTICA JURÍDICA E SOCIAL BRASILEIRA

## HOW WE CONCEPTUALIZE THE JUSTICE: THE DEBATE BETWEEN RAWLS AND SANDEL AND YOUR APPLICATION FROM ANALYSIS OF SITUATIONS OF BRAZILIAN LEGAL AND SOCIAL PRACTICE

Nicola Frascati Junior <sup>1</sup>, Jacqueline Sophie Periotto Guhur Frascati <sup>2</sup>, José Antonio Francisco <sup>3</sup>

O presente artigo tem por objetivo explicitar o debate existente entre liberais e comunitaristas acerca da ideia da justiça na sociedade. Para tanto, analisou-se a ideia de justiça desenvolvida na teoria liberal-igualitária de John Rawls e, sequencialmente, na filosofia perfeccionista de Michael Sandel. Diante das conclusões, foram examinadas algumas situações pertinentes à prática jurídica e social que, ainda que de forma involuntária e não explícita, utilizam-se de argumentos próximos às compreensões de Rawls e Sandel, tornando o debate, que é teórico, possível de ser verificado na realidade. Para a investigação foi utilizada, como proposta metodológica, a dialética histórico-estrutural, priorizando-se uma abordagem crítica reflexiva da realidade e do conhecimento. Partiu-se do pressuposto de que realidade social/cultural é composta de diferentes "formas do acontecer", razão pela qual sempre carrega em si antagonismos, conflitos que visam reformá-la ou, até mesmo, superá-la. Enquanto resultado, a análise permitiu, por meio de Sandel, uma recondução à filosofia aristotélica clássica; possibilitou vislumbrar na proposta de Sandel uma alternativa possível ao modelo liberal de justiça; e contribuiu para explicitar qual é o lugar que tais compreensões desempenham ou podem desempenhar, na atualidade, quando se discute o conceito de direito e a sua capacidade de realização do justo.

**Palavras-Chave:** Justiça. Liberais. Comunitaristas. Direitos individuais. Vida boa.

This paper aims to explicit the liberals and communitarians' debate about the idea of justice in society. For that, the idea of justice in John Rawls' liberal-egalitarian theory and in the perfectionist philosophy of Michael Sandel were analyzed. In front of the conclusions, some relevant situations to legal and social practice, which, even if involuntarily and not explicitly, use arguments close to the understandings of Rawls and Sandel, were examined in order to make possible to verify this theoretical debate in reality. The historical-structural dialectic was used as methodological proposal, prioritizing a critical reflexive approach of the reality and knowledge. It was based on the assumption that social/cultural reality is composed of different "forms of the happening", reason why always carries in itself antagonisms, conflicts that seek to reform it or even overcome it. As a result, the analysis allowed, through Sandel, a renewal of classical Aristotelian philosophy; made it possible to envisage Sandel's proposal as a possible alternative to the liberal model of justice; and contributed to explicit the place that such comprehensions occupy or can occupy when discussing the concept of law and its ability to achieve the just today.

**Keywords:** Justice. Liberals. Communitarians. Individuals' rights. Good life

<sup>1</sup> Doutorando pela Universidade Autónoma de Lisboa UAL. Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Especialista em Direito e professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Juiz de Direito Titular da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Maringá-PR. Professor de Pós-Graduação do Centro Universitário Univel- PR e na Escola da Magistratura do Paraná (EMAP-PR). Professor de graduação no Curso de Direito das Faculdades Maringá -PR. Afiliação: Universidade Estadual de Maringá - PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7234726576320567>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7608-1770>. E-mail: [frascati junior2@hotmail.com](mailto:frascati junior2@hotmail.com).

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Maringá - PR. Professora do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá da disciplina de Filosofia do Direito e Ética. Coordenadora Grupo de Estudos em Filosofia do Direito - Kínesis. Afiliação: Universidade Estadual de Maringá - PR. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1972-6699>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9680054095573706>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1972-6699>. E-mail: [jacquelinefgs@hotmail.com](mailto:jacquelinefgs@hotmail.com).

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Licenciado em Letras Português/Inglês pelo Centro de Ensino Superior de Maringá. Servidor do Ministério Público do Estrado do Paraná. Afiliação: Universidade Estadual de Maringá - PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0871187139084405>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0076-5583>. E-mail: [jose-antonio-francisco@hotmail.com](mailto:jose-antonio-francisco@hotmail.com).

## INTRODUÇÃO

Discutir a justiça impõe, em grande parte, imiscuir-se especialmente nos caminhos trilhados pela ética e filosofia política. Mas, quando o direito assume o papel de ser um dos instrumentos para a consecução da justiça em uma sociedade (ainda que sua capacidade, para tanto, seja discutível), o saber o que é a justiça e quando uma sociedade pode ser considerada justa são temas que lhe são afetos e podem ser debatidos no âmbito da filosofia do direito. Assim é que a justiça é objeto comum desses vários campos do saber.

Evidentemente, a justiça pode ser pensada a partir de diferentes teorias filosóficas, cada qual inserida em seu contexto, uma vez que a filosofia não é alheia à realidade discutida, ao contrário, faz parte dela. Desta forma, diferentes filosofias apresentam distintas respostas para as questões que envolvem a justiça, formando um conjunto de compreensões que estão, em grande parte, em desacordo umas com as outras. Na atualidade, convivem, em especial, as compreensões filosóficas consideradas juspositivistas e as não-juspositivistas ou críticas. Entre as juspositivistas, destacam-se aquelas inseridas no pensamento liberal, com sustentação nos direitos individuais, e aquelas tituladas como comunitaristas, as quais buscam exprimir um sentido vivo de comunidade. As perspectivas elaboradas com base no discurso político liberal são consideradas hegemônicas nas sociedades ocidentais contemporâneas.

Tendo em consideração este panorama, a presente investigação realiza a análise da justiça segundo as perspectivas de um dos representantes da via liberal, qual seja, John Rawls e de um dos representantes da via comunitarista (compreendida em sentido amplo), Michael Sandel, a fim de explicitar como esse debate se realiza, bem como com vistas a contribuir no desenvolvimento de soluções para os problemas que se apresentam na realidade social e jurídica. Para tanto, no tópico um é explicitado porque é preciso discutir a justiça na atualidade. No dois, são referenciadas algumas das discussões ocorrentes na atualidade, a esse respeito. No tópico três é analisada a teoria de Rawls e no quatro a concepção de Sandel. Por fim, no tópico cinco são apresentados alguns casos em concreto que explicitam o debate existente acerca do justo com o fim de examinar em que medida as concepções estudadas encontram respaldo na realidade social e jurídica.

A investigação é essencialmente bibliográfica e se utiliza, como proposta metodológica, da dialética histórico-estrutural, priorizando-se uma abordagem crítica reflexiva da realidade e do conhecimento. Parte-se, como embasamento teórico, essencialmente das concepções acerca da justiça desenvolvidas por John Rawls e Michael Sandel. Diante da complexidade destas concepções, o artigo não tem pretensão de esgotar o debate, mas sim contribuir para a sua compreensão.

### 1 POR QUE DISCUTIR A JUSTIÇA

A discussão filosófica acerca do justo pode ser remontada às origens da filosofia, à Antiguidade. Quando o homem começa a questionar qual é o seu lugar no mundo e, de consequência, como deve agir no mundo, a ideia da justiça se apresenta e floresce, entre os gregos. A partir de

Sócrates, o tema justiça será recorrente nas análises realizadas pelos inúmeros filósofos e passará a ser assumido, principalmente, na contemporaneidade, pelos filósofos da política e do direito.

A história da filosofia do direito se insere na própria história da filosofia e, tal como ela, participa da crise da razão, dos questionamentos levantados em um período que é identificado, por alguns, como "pós-modernidade". Diante da perda da confiança na certeza, na verdade, o apontamento de uma sociedade justa se torna, a cada momento, mais distante. De qualquer modo, há pensadores que, guardadas as devidas distinções, enfrentam ora com otimismo, ora com desencanto o mundo. Para uns, como Ronald Dworkin, é possível vislumbrar o direito como um fenômeno moral, coerente, consistente, amparado em princípios constitucionais e legais que contêm os princípios morais e políticos da sociedade, mesmo frente à realidade indiferente que o subjaz. Direito, moral e justiça estariam entrelaçados, e a justiça seria possível a partir de uma hermenêutica filosófica comprometida com princípios. Para outros, como Carl Schmitt e Michel Foucault, bem como para expoentes da filosofia jurídica crítica, como Pachukanis e Ernest Bloch, a verdade do direito é outra e aponta, em geral, para o poder subjacente, para o direito enquanto servo da política atual, da economia, da utilidade, para a consequente proliferação das formas de regulamentação jurídicas, pelo que não se deve superestimar a capacidade do direito no sentido de transformar a realidade, de realizar a justiça. (MASCARO, 2012; MORRISON, 2006; BITTAR, 2014).

Pode-se, assim, dizer que no âmbito do conhecimento ou racionalidade desenvolvida a respeito da "verdade" sobre o direito desde o início do século XX encontram-se, de modo geral, pensadores que nele vêem a realização da justiça ou uma possibilidade de sua realização (e tudo o que esta expressão possa significar), e outros que o vislumbram como um instrumento do poder, um vetor de exploração, desvinculado daquilo que entendem por justo. Mas, ainda assim, pensar o direito atrelado à lei positivada pelo Estado, seja com maior ou menor intensidade (teorias juspositivistas e ditas "pós-positivistas"), ou para além da lei (poder subjacente), envolve sempre responder à questão, qual seja, se o direito realiza (ou pode realizar) a justiça, para o que é importante definir o que se entende por justo. Assim é que debater "o que é a justiça?"; "quando uma sociedade pode ser considerada justa?"; ou se "existem princípios que fundamentam uma justiça universal?", ajuda a elucidar os diferentes pensamentos que enxergam no direito a realização da justiça, ou um instrumento que pode colaborar para tanto ou, mesmo, que veem no direito a sua negação.

Certo é que o voltar-se a discutir tais questões e outras que se encontram nelas implicadas se apresenta como uma tarefa árdua e sem perspectiva conclusiva, irrestrita a uma única solução. Ao contrário, é um questionar sujeito a uma abrangente diversidade de respostas. E se isso traz certo desalento para os que ainda vivem a ânsia de buscar uma verdade definitiva sobre a justiça (assim como sobre o direito), uma história-mestra com a qual se possa trabalhar para todos os fins, entende-se, por outro lado, que a interpretação e reinterpretação da justiça faz parte da própria transformação contínua pela qual passa o homem. Afinal, sendo o homem temporal, espacial, mutável, e por consequência (e vice-versa) a realidade social, também o

são as compreensões que o homem tem acerca de suas relações com outros homens e com o mundo e das avaliações/valorações que realiza a respeito. Se a justiça é uma invenção humana, como seria possível compreendê-la a uma só maneira? (MORRISON, 2006; WALZER, 2003)

Há um constante questionar da justiça na sociedade. Discutir a justiça envolve investigar, por exemplo, a ligação da justiça com o modo de produção econômico (à serviço do capitalismo), com os micropoderes (como instrumento do poder disciplinar e biopolítica), com a utilidade (como meio de maximização do bem-estar), com a liberdade (como garantia à consecução de um projeto de vida individual) ou com o que é considerado bom (o cultivo das virtudes, a preocupação com o bem comum). Ainda, envolve investigar quais desses pensamentos fundamentam as respostas aos diversos questionamentos quanto ao como distribuir os direitos e deveres na sociedade, como acontece quando se discute a respeito da eutanásia, da venda de órgãos, do uso/tráfico de drogas, da barriga de aluguel, das ações afirmativas, do casamento, do serviço militar obrigatório, dos cargos políticos, dos conflitos étnicos e refugiados, das religiões, da educação, da saúde, do trabalho, do meio ambiente, entre inúmeros outros. E é preciso compreendê-las para lidar com essa diversidade que se apresenta. (SANDEL, 2015; MASCARO, 2009)

Ainda, discutir o que é a justiça impõe questionar acerca dos parâmetros do justo utilizados, não apenas nas decisões políticas primeiras, mas também nas decisões judiciais. A pretensa neutralidade do positivismo jurídico trouxe consigo o problema da discricionariedade judicial, o saber como os juízes decidem. Geralmente, a opção de não discutir os problemas morais, religiosos, no âmbito da política deixa, para o magistrado, a difícil tarefa de encontrar fundamentos que expressem mais do que um "subjetivismo" ou "emotivismo" no momento de definir o justo (STRECK, 2010; 2011)

Daí, sucintamente, a abrangência da discussão acerca da "justiça" e a importância de se voltar às diferentes interpretações/ressignificações realizadas por certos pensadores a seu respeito. Compreendê-las é essencial para que se possa reconhecer os fundamentos que constantemente são levantados para justificar escolhas que são realizadas nas relações estabelecidas com as outras pessoas e com o Estado (mesmo "apesar" daquilo que determina o Estado), bem como, para se reconhecer os fundamentos de determinadas decisões tomadas no âmbito político e judicial.

## 2 DEBATES CONTEMPORÂNEOS ACERCA DA JUSTIÇA

Partindo-se de questões presentes em debates jurídicos e artigos de periódicos diversos, bem como em pesquisas acadêmicas contemporâneas, que se intitulam, em especial, "pós-positivistas", observa-se que estas muitas vezes ora se limitam a pressupor a justiça no direito legislado e nas decisões judiciais, ora se voltam contra a sua própria matriz (o juspositivismo normativo de Kelsen) criticando a abertura que ela faz para a discricionariedade do juiz, argumentando daí no sentido da injustiça das decisões judiciais. Supõe-se que tal percepção se apresenta, salvo algumas exceções, como conservadora e circular, incapaz de

imprimir um novo olhar para com a realidade da justiça e do direito.

Ampliando a ótica de discussão, pode-se dizer que a justiça pode ser pensada a partir do indivíduo, da coletividade, do multiculturalismo, da realidade social e econômica, do poder, entre outras perspectivas. E, se se observar as diferentes respostas apresentadas para as questões que envolvem a justiça, como as relacionadas anteriormente (eutanásia, aborto, religião, saúde, entre outras), é possível concluir que existe um conjunto de compreensões que estão em desacordo umas com as outras.

Sem pretensão de exaurir as diferentes filosofias, pode-se dizer que, de um lado, as compreensões que podem ser apontadas como não-juspositivistas e/ou críticas põe em questão a capacidade do direito ser instrumento da justiça. A relação do direito, de modo geral, seja com o capitalismo, seja com os micropoderes existentes na sociedade, contamina o discurso da justiça no âmbito da política (e do próprio direito), deixando pouco espaço para modificações no plano institucional e do saber. (MASCARO, 2009; FOUCAULT, 2002)

De outro, as teorias juspositivistas buscam esmiuçar a possibilidade da justiça, em especial, no âmbito das instituições sociais, com arrimo no Estado e no direito, a partir de algum fundamento a ser observado. Dentre elas, existem, exemplificadamente, as que atribuem relevância ao mérito, a um cálculo de custos e benefícios, a uma liberdade expressa nos direitos humanos inalienáveis ou à realização do bem comum, conferindo racionalidade prática às decisões tomadas com base em uma dessas escolhas. (SANDEL, 2005; MACINTYRE, 2010) Neste sentido, especialmente tangenciando a ligação entre justiça e liberdade e justiça e bem comum, pode-se apontar a discussão existente entre os liberais ou liberais-igualitários (Rawls e Dworkin), os comunitaristas, perfeccionistas ou de compreensão teleológica<sup>1</sup> (Sandel, Walzer, Taylor e MacIntyre), para além dos habermasianos (que, em geral, buscam conciliar as duas primeiras), guardadas as divergências a respeito destas categorizações e inclusão dos pensadores nas mesmas.

A democracia liberal, com sua proposta de economia (ou sociedade) de mercado e institucionalização da liberdade individual, é a visão hegemônica na atualidade e, desde o fracasso do socialismo real – o que é praticamente um consenso entre os teóricos da filosofia política –, não encontrou um modelo político alternativo capaz de suplantá-la. Para pensadores como Rawls, a ideia de justiça deve estar em consonância com a compreensão do homem como um ser livre e independente, capaz de escolher sozinho os seus objetivos, o seu projeto de vida. Não devem existir amarras morais que precedam as nossas deliberações, pelo que o direito (e a concepção de justiça) deve apontar os direitos e deveres de modo a respeitar tal neutralidade moral. Assim, a política deve se abster de se enveredar por controvérsias morais e religiosas, respeitando as diferentes concepções que os indivíduos possuem a respeito da melhor forma de viver, do que resultaria a tolerância e o respeito mútuo. No mais, a política deve discutir a justiça social no limite do respeito às liberdades individuais (RAWLS, 2008). As teorias do direito juspositivistas se adequam a esta concepção de justiça com maior facilidade, realizando algumas críticas conservadoras em relação às injustiças,

mas sem a pretensão de uma reforma ou modificação mais profunda de sua concepção.

Embora seja esta a base do discurso político liberal, certo é que ela não fornece soluções para modificar a insatisfação do homem para com a realidade, como já mencionado. Há vários "nós" a serem desatados, como, por exemplo, os referentes aos limites morais do mercado/aos pressupostos de sua capacidade de autorregulação (pode-se dizer que todos os bens estão no mercado?); aos problemas trazidos pela desigualdade social e étnica; ao enfraquecimento da solidariedade propiciado pela referida desigualdade; e a falta de virtude cívica que permeia as sociedades. (BITTAR, 2014; SANDEL, 2005)

Assim é que a visão liberal, ainda que majoritária, pode e deve ser constantemente colocada em questionamento, a fim de que se possa buscar alternativas possíveis para a realização da justiça na sociedade. Daí essa concepção ter encontrado, principalmente a partir do final do século passado, críticos que se denominam, em sentido geral, como comunitaristas. Estes pensadores realizam a retomada de algumas ideias (principalmente a partir dos gregos), no sentido de discutir uma concepção de justiça que envolva o cultivo da virtude, a preocupação com a comunidade e o bem comum, assim como assumem a necessidade, apresentada pela realidade, de se proceder à aceitação de princípios pluralistas resultantes da história e da cultura. As teorias comunitaristas têm esse nome, em síntese, por priorizar a comunidade em relação ao indivíduo, no sentido de entender o indivíduo como um membro pertencente à comunidade, e não um indivíduo enquanto ser abstrato e racionalmente autônomo. Daí, também, a justiça estaria vinculada à comunidade, ao seu contexto e particularidades, aos seus valores culturais e tradições, o que envolve o enfrentamento e o debate de questões morais, religiosas, e não a simples suposta neutralidade ou imparcialidade como solução mais justa. (WALZER, 2003; SANDEL, 2015)

Certo é que no âmbito do direito brasileiro predominam as análises das ideias dos filósofos categorizados como "liberais" ou "liberais-igualitários", em especial, a Teoria da Justiça de John Rawls. Mas, ainda que ela seja extremamente relevante e atual, também se pode afirmar que, para alguns, suas ideias se encontram desgastadas ou incapazes de modificar a insatisfação do homem para com a realidade. Evidentemente, sempre existem (e existirão) choques de interesse, provocações, competição entre adversários políticos, filósofos, juristas, a esse respeito. Os conflitos sempre se apresentam, ora a eles se dando mais enfoque, ora menos. Mas, existe uma tendência, seja pela facilidade, intimidade, notoriedade alcançada ou pela simples rotina, de se investir na análise de ideias que levam a consensos fáceis e mais duradouros acerca da realidade.

Por isso se entende como relevante analisar outras perspectivas de pensamento acerca da justiça que não fazem parte do "consenso" maior, no sentido de propiciar uma reflexão crítica a respeito deste saber. De qualquer forma, voltar-se à questão da justiça (o que é ou quando uma sociedade pode ser considerada justa) e ao problema da capacidade do direito de realizá-la significa assumir um debate de extrema relevância jurídica, política e social. O abrir os olhos à "justiça" e ampliação das bases para sua

discussão (como a inserção de pensadores comunitaristas, por exemplo), é um importante passo rumo à sua compreensão.

Diante disto, é que será apresentada a proposta de justiça considerada comunitarista (em sentido amplo) de Michael Sandel, a qual se contrapõe à Teoria da Justiça de Rawls. De qualquer forma, uma vez que a proposta de Sandel é construída a partir de uma crítica realizada à teoria de Rawls, impõe-se analisar, inicialmente, os principais elementos desta teoria. Ao final, alguns casos da realidade social e jurídica brasileira serão apontados para explicitar como o debate existente entre liberais ou liberais igualitários e comunitaristas (a partir das concepções de Rawls e Sandel) é experimentado ou assumido pela sociedade brasileira.

### 3 UM PONTO DE PARTIDA: A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

A teoria de John Rawls, de justiça como equidade, encontra-se delineada, especialmente, na obra "Uma teoria da justiça" (1971), a qual foi revisada pelo filósofo em alguns de seus elementos, em novas edições, tendo ocorrido uma modificação significativa a respeito do indivíduo moral, que é tomado como base para sua teoria, na sua obra posterior "O liberalismo político" (1995). Rawls se utiliza de uma perspectiva inspirada nos teóricos contratualistas, bem como, em um primeiro momento, de elementos que o aproximam da ideia do homem moral e do imperativo categórico kantiano.

A teoria de Rawls inspirou e continua a inspirar vários debates acerca da justiça, especialmente por ter se apresentado como uma alternativa ao utilitarismo e às suas considerações a respeito da maximização do bem comum. Aqui, em todo caso, interessa salientar o debate que se dá no nível da teoria moral entre liberais ou liberais-igualitários e comunitaristas, instaurado a partir do momento em que Rawls aponta que os princípios da justiça e os direitos não devem ser justificados por qualquer concepção de vida boa/do que é bom, pelo que, para o filósofo, o justo é anterior ao bem. (RAWLS, 2008)

Algumas características podem ser apontadas a respeito da teoria de Rawls, as quais se mostra imprescindíveis para a compreensão da crítica formulada por alguns comunitaristas, em especial, Michael Sandel. Inicialmente, pode-se dizer que ela se insere entre as filosofias deontológicas, uma vez que busca fundamentar a justiça em alguns princípios estruturantes das instituições sociais. Rawls procura estabelecer uma maneira justa pela qual devem ser atribuídos direitos e deveres fundamentais aos indivíduos e distribuídas as vantagens provenientes da cooperação social. Aliás, o filósofo se preocupa em perquirir acerca da justiça na estrutura básica da sociedade, deixando de cuidar do fenômeno da justiça na ação humana individualmente tomada. Assim é que sua concepção de justiça serve para ser aplicada a estrutura básica da sociedade. (RAWLS, 2008)

Continuando, a teoria de Rawls defende a prioridade do justo sobre o bem, explicitando que o mundo político deve ser neutro quanto às incontáveis e conflitantes visões do bem no âmbito social (desde que essas concepções de bem, em todo caso, observem os princípios

da justiça, por ele apontados). Diante do pluralismo moral que caracteriza as sociedades contemporâneas, não é coerente, para Rawls, que o Estado imponha aos indivíduos uma única noção de bem. A sua teoria da justiça, portanto, não se direciona a uma maximização do bem (como os utilitaristas) e tampouco a identificação de qualquer concepção de vida boa para justificar princípios sobre o que é justo ou moralmente certo (como alguns comunitaristas), e pretende, em vista da necessidade da convivência e respeito mútuo dentro de uma sociedade democrática e multicultural, preservar a liberdade e fomentar a tolerância. (RAWLS, 2008)

Finalmente, há um modelo de pessoa pressuposto por Rawls. O homem que dá consecução a tal ordem de ideias é um ser racional, que se preocupa em refletir a cada momento (ou ação pública) se os princípios da justiça estão sendo alcançados no agir social. Em sua obra "Uma teoria da justiça" Rawls liga a prioridade do justo a uma concepção filosófica e voluntarista de pessoa, que é racional e livre em relação a laços morais anteriores, sendo capaz de eleger seus próprios fins, isto é, seu projeto individual de vida. Já, em sua obra "O liberalismo político", abandona a concepção metafísica e insere uma concepção política e dualista de pessoa que: no âmbito de sua identidade pública, perspectiva a si mesmo como cidadão livre e independente, sem concepções morais específicas; e, no âmbito da sua identidade pessoal (não pública), se encontra vinculada a diferentes concepções. É esse homem dual que mantém, em sua vida privada, uma doutrina abrangente particular, dentro da qual está a concepção política de justiça para o exercício público do justo, conforme um critério de razoabilidade. Essa última perspectiva política de pessoa busca guardar uma maior relação com a pessoa que somos na realidade (ou seríamos na sociedade justa), em resposta às críticas advindas à primeira concepção, que é filosófica. (RAWLS, 2000; 2008)

Explicitadas algumas das características identificadas na teoria de Rawls, impõe-se apresentar, de forma sumária, a sua teoria de justiça como equidade. Para o filósofo, a maneira pela qual se distribuem direitos e deveres em uma sociedade é produto de escolha política e dos principais acordos econômicos e sociais, que inevitavelmente beneficiam alguns mais que outros, implicando uma desigualdade na formação social que, inclusive, influenciará todo o projeto de vida de um cidadão. Dessa forma, é que vislumbra a necessidade de serem fixados princípios que orientem a formação política, econômica e social de uma sociedade, isto é, que configurem uma concepção pública de justiça (RAWLS, 2008).

Rawls tem de lidar como necessidade de estabelecer um sentido compartilhado de justiça em meio a uma sociedade formada por indivíduos que possuem diferentes crenças morais e religiosas e distintos interesses individuais quanto ao seu projeto de vida, tudo, ainda, em meio a desigualdade natural dos indivíduos, isto é, às diferentes "condições de partida" dos indivíduos na sociedade concreta. Ele afirma existirem diversos "elementos arbitrários" que fazem parte da vivência social e que não permitem que uma condição de igualdade seja estabelecida, a princípio, entre as pessoas, impossibilitando condições justas para o convívio social. Como exemplo, aduz que a ideia de mérito na conquista de situações sociais

(como passar no vestibular ou concursos para cargos públicos), ou ainda ter feito grande fortuna em razão de aptidões e habilidades socialmente valorizadas (como as referentes a jogadores de futebol profissional), são arbitrárias, não sendo controladas totalmente pelos indivíduos, mas sim contingenciais. Uns têm acesso à educação de qualidade ímpar, enquanto outros ficam à mercê da comisseração pública para poder fazer o ensino básico. Outros têm habilidades naturais e apreciadas por determinada cultura, sendo socialmente recompensados com grandes fortunas, enquanto outros não possuem talentos naturais ou possuem talentos não reconhecidos culturalmente, em determinado momento. Daí porque, uma vez presentes as desigualdades entre as pessoas, faz-se necessário levar tais desigualdades em consideração quando do estabelecimento do projeto de justiça na sociedade (RAWLS, 2008).

A saída, segundo Rawls, está em se pensar na capacidade de escolha do homem para a transformação da realidade (levando-se em consideração a racionalidade humana como norte orientador) e estabelecer o justo antes do bom, de modo que cada um possa desenvolver sua concepção de bem limitada pelo campo do justo, o qual é neutro em relação às definições particulares. Tal possibilidade requer sejam definidos, pelos indivíduos os princípios ou pressupostos que serão capazes de orientar a justiça na sociedade, estabelecendo-se o justo antes do bem (RAWLS, 2008).

Para Rawls, o ser humano é capaz de um senso de justiça; é capaz de julgar, com apoio em suas razões, se algo é ou não justo e, em conformidade, orientar seu agir. Porém, pode ser que o juízo emitido apresente distorções, como, por exemplo, quando são produzidos em uma situação de aborrecimento ou medo ou quando se pretende alcançar determinado objetivo sob qualquer custo. Assim, deve haver uma situação adequada para o exercício do senso de justiça (na qual se pressupõe, além da capacidade moral, o desejo de alcançar o justo), cujo produto ele denomina "juízos ponderados" sobre justiça (RAWLS, 2008). Nas palavras de Rawls, "juízos ponderados são simplesmente aqueles emitidos em condições favoráveis ao exercício do senso de justiça e, por conseguinte, em circunstâncias nas quais são inaceitáveis as desculpas e explicações mais comuns para o erro" (RAWLS, 2008, p. 57).

Na teoria rawlsiana, concebe-se que a escolha dos princípios de justiça social deva se realizar em uma situação em que os indivíduos desconheçam seu lugar na sociedade, sua cor de pele, suas habilidades, sua força, sua inteligência, suas concepções de bem, o gênero a qual pertencem, suas opiniões políticas e suas crenças religiosas, não ocupando uma posição de maior vantagem do que outro. Isso porque o desconhecimento de suas condições particulares, bem como as dos demais sujeitos, é que viabiliza a construção de critérios públicos objetivos para nortear a atribuição de direitos e deveres básicos e a divisão das vantagens sociais sujeitáveis à aceitação geral (RAWLS, 2008)

Postos em uma situação hipotética em que estão todos acobertados por um véu de ignorância, caracterizando um momento inicial de plena igualdade moral, os indivíduos, vistos por Rawls como racionais e capazes de um senso de justiça, escolhem os primeiros princípios que regularão as instituições sociais. Por estarem todos em uma situação

semelhante e ninguém poder propor princípios que promovam a sua própria condição, tem-se que os princípios da justiça são resultantes de um acordo justo ou equitativo. (RAWLS, 2008)

Como observado, a teoria da justiça de Rawls se funda na ideia de equidade e resgata, em parte, a noção do contrato social. A equidade, para o filósofo, se expressa no estado de igualdade existente entre as pessoas na posição original e consiste no pilar de toda a sua teoria da justiça (RAWLS, 2008). Em seus termos: "justiça como equidade": ela expressa a ideia de que os princípios da justiça são definidos por acordo em uma situação inicial que é equitativa". (RAWLS, 2008, p. 15) O contratualismo, na teoria da justiça como equidade, é peculiar. Apega-se única e exclusivamente à noção procedimental do pacto social, permeada pela presunção de pluralidade de indivíduos e de publicidade de princípios de justiça. (RAWLS, 2008)

Os princípios da justiça, para John Rawls, são escolhidos sob o véu da ignorância, mas, além disso, devem coincidir com os juízos ponderados sobre justiça em equilíbrio reflexivo. Explica-se: segundo Rawls, as pessoas, que são racionais e moralmente capazes, escolheriam a concepção de justiça por ele proposta em detrimento das demais em um estado inicial de igualdade, já que o homem possui, em sua visão, um senso de justiça que se aproxima dos princípios apontados pela teoria da justiça como equidade. Trata-se, portanto, de princípios que coincidem com os juízos particulares sobre a justiça e que deles se originam (RAWLS, 2008).

Rawls esclarece que, ainda que sob o véu da ignorância, o sujeito não é destituído de toda e qualquer compreensão do mundo social em que irá viver. Além de perceber a necessidade dos bens primários, "a racionalidade de escolha de uma pessoa não depende de quanto ela sabe, mas apenas da sua capacidade raciocinar a partir das informações que dispõe, por mais incompletas que sejam" (RAWLS, 2008, p. 491). Assim, o sujeito que está sob o véu da ignorância tem a possibilidade de utilizar da razão para estabelecer os princípios de justiça necessárias para a vivência em uma sociedade bem ordenada.

Segundo Rawls, dois princípios de justiça emergirão do contrato hipoteticamente estabelecido na posição original: o princípio da liberdade e o princípio da diferença. São eles que regularão toda a distribuição de direitos e deveres, benefícios e ônus aos indivíduos. O princípio da liberdade traduz a escolha por liberdades básicas iguais para todos os cidadãos, isto é, "[...] requer simplesmente que certos tipos de leis, aquelas que definem as liberdades fundamentais, se apliquem igualmente a todos e permitam a mais abrangente liberdade compatível com uma liberdade semelhante para todos" (RAWLS, 2008, p. 77). Defende-se a prioridade das liberdades em relação a qualquer tentativa de maximização do bem-estar geral, de maneira que não há se falar em direitos e liberdades fundamentais sacrificados em prol de um benefício coletivo. (RAWLS, 2008) Rawls lista as principais liberdades básicas: "liberdade política [...] e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; a liberdade individual, que compreende a proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação [...]; o direito à propriedade pessoal e a proteção contra a prisão e a

detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito" (RAWLS, 2008, p. 74).

Não obstante uma distribuição igual de liberdades básicas, Rawls observa existir na sociedade, como já mencionado, aqueles indivíduos que são naturalmente favorecidos por seus talentos, ou favorecidos por qualquer outra contingência, o que impede que uma condição de igualdade inicial seja estabelecida entre os indivíduos na realidade concreta. Dessa maneira, é preciso que as instituições sociais se organizem para converter as contingências naturais e sociais em benefício comum (RAWLS, 2008).

Nesse contexto, o princípio da diferença implica que só serão admitidas as desigualdades sociais e econômicas que impliquem benefícios aos integrantes menos favorecidos da sociedade. Isso significa que a diferença será, pois, justificável se, e somente se, beneficiar ao máximo os menos favorecidos. Mas como quantificar esse benefício aos menos favorecidos? Não se trata, segundo Rawls, de distribuir todos os bens igualmente, mas sim, garantir a distribuição dos bens considerados primários (RAWLS, 2008).

Os bens primários seriam tudo aquilo que um indivíduo racional precisa, enquanto cidadão livre e igual, durante toda a vida, independentemente do seu projeto de vida. Os bens primários constituem, inclusive, premissa para o exercício das liberdades básicas (primeiro princípio), isto é, Rawls pressupõe que é preciso satisfazer as necessidades materiais básicas dos indivíduos como seres humanos, uma vez que elas constituem condições mínimas para uma vida digna. Porém, para além da realização de um mínimo existencial em termos de necessidades materiais, o filósofo enfatiza se impõe, também, atender às necessidades dos sujeitos enquanto membros de uma sociedade, a fim de possibilitar o desenvolvimento de sua capacidade moral. Neste contexto, a noção de bem primário extrapola a definição de um mínimo material, sendo apresentados como bens primários as liberdades e oportunidades, renda, riqueza e autorespeito (RAWLS, 2008).

Exemplificando, um jogador de tênis que – por força de seu talento para o esporte e por ter sorte de saber um esporte que a sociedade atual admira – conseguiu amediar um considerável capital, deve contribuir, com uma parte de seus ganhos, para que os menos favorecidos tenham acesso aos bens primários necessários dentro de determinado contexto social. Para isso, a tributação sobre as fortunas ou sobre as heranças se coloca como um dos instrumentos hábeis para a promoção de um estado de ordenação social que propicie o desenvolvimento das habilidades arbitrárias ou o crescimento social a partir do nascimento em condições arbitrárias em prol da igualdade social, a partir da qual uma real liberdade pode ser concretizada.

O pensamento de Rawls também se apresenta como fundamento de algumas políticas públicas da contemporaneidade, como daquelas que estabelecem cotas sociais para o ingresso nas universidades públicas, excepcionando a regra da seleção por mérito. Esta medida pode ser compreendida como um instrumento, dentro da teoria de Rawls, para fazer frente à arbitrariedade das condições de nascimento e posições sociais, propiciando àqueles que são marginalizados do ensino universitário a possibilidade de ingressar nesta modalidade de ensino,

ofertando condições mínimas de igualdade para a concorrência no mercado de trabalho.

Como já apontado, Rawls elege um modelo de homem capaz de dar consecução ao projeto de sociedade justa, o qual não apenas escolhe os princípios descritos, mas também se comporta de acordo com eles quando referida sociedade estiver instalada. Na vivência dentro de tais princípios de justiça é necessário que o homem mantenha um posicionamento ético mínimo, já que pretende viver numa sociedade bem ordenada e deseja que ela se perpetue, seja estável. Tal ética está atrelada a duas capacidades: a capacidade de definir uma concepção de seu próprio bem, que se expressa na definição de um plano racional de vida; e a capacidade de senso de justiça, que se expressa em um desejo regulador de agir segundo certos princípios do justo. Desta forma, o posicionamento ético mínimo na vivência em uma sociedade bem ordenada estará presente quando o sujeito realizar seu plano racional de vida, regulando seu agir segundo certos princípios do justo (RAWLS, 2008).

Importa, finalmente, esclarecer, que muito embora Rawls tenha apresentado o referido modelo de homem, ele não pretende descrever um ideal moral para a condução da vida individual. Como observado anteriormente, a sua concepção de justiça serve para ser aplicada a estrutura básica da sociedade. Mas, para que ela tenha lugar, exige-se a lealdade dos cidadãos às instituições definidas a partir dos princípios escolhidos, o que decorre da aceitação pública dos referidos princípios no momento do contrato (e não em uma mesma concepção de bem) (RAWLS, 2008).

#### **4 UMA ALTERNATIVA: O PERFECCIONISMO DE MICHAEL SANDEL**

O debate acerca da justiça, enveredado por Michael Sandel, pode ser encontrado nas suas obras "O liberalismo e os limites da justiça" (1982) e "Justiça: o que é fazer a coisa certa" (2009), para além de outras obras que abordam a justiça em relação a temáticas específicas. Suas obras têm se destacado na filosofia política contemporânea diante de suas críticas ao liberalismo orientado para os direitos individuais, e vêm ganhando amplitude mundial especialmente por força da acessibilidade do texto e dos casos práticos apresentados e discutidos. A par da crítica realizada, Sandel busca novas respostas para os problemas da atualidade, remontando à filosofia aristotélica e formulando uma proposta de compreensão da justiça, por ele denominada de perfeccionismo.

Apesar de ser geralmente categorizado como "comunitarista"<sup>ii</sup>, Sandel discorda deste rótulo na medida em que, em diversos pontos, afasta-se do pensamento comunitarista geral. Aponta que sua visão acerca da justiça não guarda relação com o liberalismo e o comunitarismo, tendo em vista que ambas "procuram evitar um juízo de valor sobre as finalidades promovidas pelo direito" (SANDEL, 2005, p. 12), o que para ele é essencial, como será explicitado mais adiante. De qualquer forma, é possível se referir a Sandel como comunitarista num sentido amplo, qual seja, enquanto filósofo que realiza uma crítica à compreensão de justiça que se funda em um liberalismo orientado para os direitos individuais e dissociada de uma explicação adequada de comunidade. É, portanto, diante da necessidade de se incluir a comunidade no debate político e no debate acerca do justo,

que será utilizada a expressão "comunitarista (em sentido amplo)", para que se referir a Sandel.

A concepção de justiça proposta por Sandel é formulada a partir de uma crítica que ele realiza ao liberalismo, razão pela qual se faz necessário explicitá-la. Sua crítica é dirigida diretamente ao liberalismo rawlsiano, especialmente à pretensão de prioridade do justo em relação ao bom. É preciso ter em consideração que, assim como Rawls, Sandel entende que determinados direitos individuais, dada a sua relevância, têm primazia em uma ordenação da sociedade, o que significa que nem mesmo o bem-estar da população/as exigências de uma comunidade podem sobrepô-los. Mas, Sandel discorda de Rawls quando esse defende que os princípios da justiça que governam a estrutura básica da sociedade devem ser neutros em relação às diferentes concepções morais e religiosas que os indivíduos apresentam. Para Sandel, a identificação e justificação de direitos depende de uma concepção particular de vida boa. (SANDEL, 2005)

Na formulação de sua proposta, Sandel recorre ao pensamento teleológico e aristotélico, afastando-se das perspectivas deontológicas. Ele propõe que, para a construção de uma sociedade justa, faz-se primeiro necessário estabelecer qual é a o modo de vida desejável, a ideia de vida boa, que uma determinada comunidade compartilha, o qual orientará e justificará a distribuição dos direitos e deveres. Aponta que "os princípios da justiça dependem do valor moral ou do bem intrínseco das finalidades que servem", e acrescenta que "o reconhecimento de um direito depende da capacidade de se demonstrar que esse direito honra ou promove um bem humano importante" (SANDEL, 2005, p. 11). Daí ressaltar que a justiça tem caráter teleológico e honorífico. A força moral que justifica o justo deriva do grau de consecução de um relevante bem humano, um propósito. Ainda, emitir juízos de valores sobre as finalidades a que servem os direitos é o modo de justificá-los (SANDEL, 2015).

A partir dessas premissas, a questão que se coloca é: como se pode desvelar o propósito das coisas? Sandel propõe a realização de um respeito mútuo deliberativo, pelo qual as pessoas com diferentes convicções do certo e do bom e que fazem parte de uma mesma comunidade política, respeitam suas diferenças quanto à visualização do mundo e engajam-se em debater e ouvir as diferentes concepções do bom. Com tais debates, as decisões a serem tomadas em importantes matérias expressarão o consenso possível a partir das diferentes perspectivas, agregando ideias e exprimindo o significado de uma sociedade pluralista. (SANDEL, 2015).

Com isso, para Sandel, há uma valorização da própria multiplicidade cultural e também da vida democrática de uma nação: "na medida em que as nossas divergências morais e religiosas reflectem a pluralidade última de bens humanos, um modo deliberativo de respeito permitir-nos-á apreciar melhor os bens distintivos expressos pelas nossas vidas diferentes" (SANDEL, 2005, p. 282).

Importa salientar que a proposta de Sandel também pressupõe um modelo de pessoa que, para ele, encontra-se relacionado à natureza humana. Destaca que, em consonância com Aristóteles, a natureza do homem é a de ser um ser social, razão pela qual, para alcançar a vida

boa, necessita exercer a política. Para o filósofo, é o exercício da política que contribui para a constituição de uma identidade em comum e para a verdadeira convivência em comunidade. É, pois, na política que o ser humano pode desenvolver as virtudes, pelo exercício da deliberação e sabedoria prática. A ação deliberativa, na interpretação de Sandel acerca de Aristóteles, é voltada para o atendimento do bem humano adequado para a circunstância vivenciada em específico (SANDEL, 2015, 2005). Ainda, aponta que "os indivíduos com sabedoria prática são capazes de deliberar corretamente sobre o que é bom, não apenas para si mesmos, mas também para seus concidadãos e para os seres humanos em geral". (SANDEL, 2015, p. 246).

Como instrumento para evidenciar a pertinência da concepção aristotélica da natureza do homem como ser social<sup>iii</sup>, Sandel utiliza-se de questões relativas à responsabilidade coletiva de uma comunidade, bem como reivindicações sociais. Destaca que o individualismo moral – pelo qual cada é um responsável por aquilo que escolheu ser responsável, sendo um agente moral livre e independente – não é uma saída filosófica adequada diante da problemática posta em questão. Para ele, a concepção individualista de liberdade, "que nos transforma em autores das únicas obrigações morais que nos restringe" (SANDEL, 2015, p. 272), está equivocada, sendo necessário rever vários aspectos da vida pública. Liberdade de escolha (libertários) ou liberdade de escolha em condições justas (liberais igualitários) não são pressupostos que ensejam uma sociedade justa, uma vez que "nem sempre é possível definir nossos direitos e deveres sem se aprofundar em alguns questionamentos morais; e mesmo quando isso é possível, pode não ser desejável" (SANDEL, 2015, p. 272).

A partir da desconstrução da pretensão de liberdade do individualismo moral, Sandel propõe uma alternativa. Explicita que, em conformidade com a concepção narrativa da ação moral, existem obrigações morais que não necessitam do consentimento para serem estabelecidas. Aponta, inicialmente, que existem três categorias: deveres naturais (categorias universais que não requerem consentimento e que se dão pelo respeito mútuo entre os seres humanos); obrigações voluntárias (tem validade particular e requerem o consentimento recíproco); e obrigações de solidariedade (ocorrem em situações particulares, não requerendo o consentimento para o seu estabelecimento). Para ele, as duas primeiras modalidades estão em sintonia com as teorias liberais da justiça e da liberdade. É com arrimo na terceira, portanto, que ele busca explicitar sua visão sobre a liberdade humana. (SANDEL, 2015)

De acordo com Sandel, o homem está inserido em diversas instâncias comunitárias, por meio das quais faz parte de diferentes histórias que singularizam sua existência. Como membro e participante destas instâncias, experimenta uma força moral que impulsiona a sua conduta de tal forma que sua liberdade de ação não consegue ignorar tal realidade, independentemente do consentimento. Para argumentar a respeito desta tese, ele traz diversos exemplos pelos quais se pode vislumbrar a terceira modalidade de responsabilidade moral: as virtudes de lealdade e solidariedade existentes dentro do seio doméstico, mesmo que inexistente o consentimento; a lealdade e solidariedade para com o pátria, seja pela resistência contra invasões

estrangeiras ou pela restrição de benefícios a estrangeiros e imigrantes ilegais em favor dos demais membros da comunidade política; o sentimento de vergonha nacional, impulsionando o pedido de desculpas por erros históricos. (SANDEL, 2015). Segundo ele, "os argumentos de solidariedade vistos nesses exemplos são características comuns de nossas experiências morais e políticas. Seria difícil viver ou entender nossas vidas sem eles". Aponta ser "igualmente difícil explicá-los na linguagem do individualismo moral. Eles não se enquadram na ética do consentimento (...). Eles se valem dos nossos ônus. Refletem nossa natureza de seres que contam histórias e que se enquadram nelas". (SANDEL, 2015, p. 294)

A partir destes exemplos e argumentos Sandel pretende evidenciar que tanto a compreensão acerca da liberdade humana quanto da justiça, sob perspectiva liberal, não consegue oferecer uma resposta coerente para os problemas enfrentados. Por isso, defende ser necessário – para atender aos critérios de coerência e de ligação com a vivência moral do homem – pensar a liberdade em conjunto com as responsabilidades comunitárias que recaem sobre as pessoas, bem como perceber a justiça acontecendo a partir da promoção do bem humano. Diante deste quadro, Sandel vê como pertinente regatar a filosofia de Aristóteles, à medida que deliberar sobre a justiça implica em deliberar sobre a noção de vida boa, já que a pessoa está inserida dentro de uma vida comunitária. (SANDEL, 2015)

O Estado e, por consequência, a política, devem se preocupar em "cultivar o bom caráter e formar bons cidadãos", afirma Sandel (2015, p. 267), voltando-se aos dizeres de Aristóteles. Ele não desconhece que, para muitos, quando a política se preocupa com o cultivo de virtudes, há margem para coerções, opressões e fundamentalismos. Entretanto, Sandel argumenta que a sociedade liberal com pretensões de neutralidade também pode gerar tais situações. Pontua que "uma política sem o comprometimento moral substancial resulta em uma vida cívica pobre" e acrescenta que a defesa de uma pretensa neutralidade moral "é também um convite aberto a moralismos limitados e intolerantes. Os fundamentalismos ocupam rapidamente os espaços que os liberais têm receio de explorar" (SANDEL, 2005, p. 297). Como expõe, a própria defesa de uma pretensa neutralidade consiste, na realidade, em uma escolha que não permite o reconhecimento da necessidade de diálogo público e valorização dos relevantes bens humanos. A partir de tal panorama, Sandel evidencia a necessidade de criação de meios que viabilizem os debates acerca da justiça e os consensos progressivos, tendo em vista que, para se chegar ao justo, antes, deve-se passar pela análise da questão do bom. Para ele, as concepções morais e religiosas devem adentrar o campo das discussões políticas. Aponta que a justiça deve ser crítica, não se tratando, portanto, apenas da escolha de um modo de se distribuir todas e quaisquer coisas, mas de uma forma de se avaliar aquilo que se quer distribuir. Aponta que não interessa se estamos discutindo, por exemplo, "barrigas de aluguel ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, ação afirmativa ou serviço militar (...), questões de justiça são indissociáveis de concepções divergentes de honra e virtude, orgulho e reconhecimento" (SANDEL, 2015, p.322-323).

A política, portanto, coloca-se como palco central de construção e cultivo do bom caráter e da formação

de bons cidadãos, virtuosos, contribuindo para suprir uma necessidade comunitária de sentido de existência, de luta por uma concepção de mundo. Constrói-se um mundo com um novo encantamento (SANDEL, 2005).

Assim é que Sandel vislumbra, como possibilidade para uma política do bem comum, quatro caminhos, quais sejam: (a) estimular a cidadania, propiciando práticas que proporcionem o cultivo das virtudes do civismo, da solidariedade e do sentimento de responsabilidade mútua; (b) estabelecer limites morais aos mercados, incitando o debate público a esse respeito, para que sejam definidas quais práticas sociais ou bens não materiais precisam ser protegidos de uma mercantilização ou redução a valores econômicos; (c) combater a desigualdade social, estimulando a solidariedade e a tolerância por meio de práticas e espaços públicos que propiciem, em especial, entre ricos e pobres, o fortalecimento dos vínculos sociais degradados pela desigualdade econômica; e (d) estimular um modelo de política que possibilite o comprometimento moral, abrindo espaço para que, na seara pública, sejam levadas à debate as diversas problemáticas morais e religiosas, de modo a combater a pretensa "neutralidade" dominante (SANDEL, 2015).

Observa-se que que, quanto ao item (c), Sandel também vê na distribuição de riquezas um mecanismo para a formação de uma comunidade, haja vista que, com um abismo econômico entre ricos e pobres, dificilmente as pessoas poderão compartilhar experiências, compreender os diferentes anseios e se solidarizarem. Ou seja, é preciso que os debates não se limitem a temas polêmicos do âmbito da família ou saúde, mas também sejam travados no que tange à falta de distribuição de riquezas entre as pessoas e a quase inexistente solidariedade (SANDEL, 2015).

Em suma, a proposta de justiça de Sandel se encontra atrelada a ideia da vida boa. E é quanto ao estabelecimento de instrumentos para que ela seja alcançada na sociedade ocidental contemporânea, tão culturalmente diversa, que o filósofo busca evidenciar caminhos que possam viabilizar esse intento. Sua proposta está direcionada, portanto, a proporcionar, inicialmente, o surgimento de uma cultura comum: uma cultura pública que crie laços entre os participantes de uma comunidade e que se aproprie, constantemente, do debate a respeito da ideia de vida boa. A partir da definição da vida boa é que colocará a ideia da justiça, dos seus princípios fundamentais, em uma comunidade.

Sandel não concebe que esta concepção possa, em sentido estrito, ser tomada como comunitarista. Argumenta que a visão comunitária não é suficiente para estabelecer a relação de dependência entre a força moral dos princípios da justiça e uma concepção de vida boa, porque (a) para se ter um comportamento como justo não basta um acordo coletivo ou a aprovação pela tradição histórico-cultural de determinada comunidade e (b) no estabelecimento do justo há um caráter crítico imanente que é retirado quando o torna fruto de um acordo. Para ele, a visão teleológica oferece uma relação de dependência entre a força moral do justo e as concepções de bem que consegue dar respostas mais adequadas às problemáticas morais e políticas vivenciadas no seio da existência em comunidade (SANDEL, 2005).

Para ilustrar sua tese e destacar as insuficiências do liberalismo de Rawls (que, como mencionado, é o alvo de

suas críticas) Sandel apresenta exemplos. Um deles se refere ao direito à liberdade religiosa, protegido constitucionalmente. Aponta que, no âmbito do pensamento liberal, não há fatores que diferenciem a liberdade religiosa da liberdade individual e geral, residindo a justificativa de sua proteção constitucional tão somente na compreensão da liberdade religiosa como resultado de uma escolha livre e voluntária. Ou seja, para os liberais, vivenciar uma crença seria uma questão de preferência ou escolha entre possibilidades (SANDEL, 2005).

Diante deste pensamento, há o apontamento de algumas falhas explicativas, quais sejam:

(a) a natureza singular das convicções religiosas não é considerada; (b) não se vislumbra o papel comumente desempenhado pelas religiões – de estímulo as virtudes – para o bem-estar do sujeito praticante e das pessoas que com ele convivem; e (c) é ignorado que a religião é, em grande parte das vezes, adquirida pela revelação, persuasão ou pelo hábito (SANDEL, 2005).

Ao apresentar suas críticas, Sandel explicita que a justificativa para a proteção de um princípio religioso está no fim que ele promove, que deve ser, no contexto da ideia de vida boa, uma visão de felicidade e significado na vida de seus participantes, contribuindo para desenvolverem qualidades desejáveis para a vida em comunidade, isto é, para o cultivo das virtudes necessárias aos bons cidadãos (SANDEL, 2005). Com isso, fica claro, também, que não é toda e qualquer prática que poderá ser compreendida como constituinte de uma religião, ainda que seja assim nominada por um grupo ou comunidade. É preciso que a "religião" esteja alinhada à ideia de vida boa.

Ainda, para Sandel, justificar o direito à liberdade religiosa com os mesmos argumentos que se abona a liberdade individual, em geral, pode criar diversos embaraços quando da sua necessária regulamentação estatal (SANDEL, 2005). Ora, se colocada a liberdade religiosa no mesmo plano da liberdade individual, em geral, como justificar que, por convicções religiosas, um estudante pode prestar um concurso em data diversa daquela estipulada no edital, enquanto outro estudante, por simples liberdade de escolha (por optar por comparecer a um evento social na referida data do concurso), não pode participar das provas em outro dia? Em se tratando do exercício de uma escolha livre e voluntária, como realizar diferenciação entre os dois casos?

O estudante religioso está sob um dever voluntário para com sua crença, enquanto o estudante que deseja ir a um evento social prefere este evento a outro, por valorizá-lo mais. E por que o Estado deve ter este respeito especial (e mesmo de incentivo) à prática religiosa e não a qualquer prática ou evento social? Sandel coloca duas motivações para este respeito especial.

Primeiro porque o indivíduo religioso vê na religião um projeto que imprime significado a sua vida. Portanto, presume-se que ele sofreria uma frustração exacerbada se houvesse restrição do Estado à sua vivência religiosa. E segundo porque se supõe que muitas das práticas e princípios religiosos "produzem modos de ser e agir merecedores de honras e de estima" por se "acreditar que os princípios e as práticas religiosas contribuem para modos de vida moralmente admiráveis". Assim, conclui Sandel, "o argumento em prol do direito não pode ser totalmente desligado de um juízo substantivo acerca do valor moral da

prática que esse direito se propõe a proteger" (SANDEL, 2005, p. 14).

O segundo exemplo apresentando por Sandel elucidada, além das insuficiências do liberalismo, também as do comunitarismo (em sentido estrito). A situação analisada consiste no discurso e ação de manifestantes neonazistas em uma comunidade com sobreviventes do Holocausto, em Skokie, Illinois, nos Estados Unidos da América. Sandel explicita que, pela concepção liberal, haveria proibição do discurso em razão da possibilidade de dano físico concreto, mantendo-se, entretanto, uma completa neutralidade quanto ao conteúdo do discurso. Pela via comunitarista, em sentido estrito, salienta que o dano psíquico-cultural-social da comunidade já bastaria para que houvesse a proibição de tal discurso de ódio (SANDEL, 2005).

Debatendo com os comunitaristas, Sandel traz outra situação para análise a fim de, de forma comparativa, elucidar por que a ideia do dano psíquico-cultural-social também não é suficiente para justificar a proibição do discurso de ódio. Ele aponta que, se aceita, essa ideia também poderia ter sido utilizada, por exemplo, pelos segregacionistas do Sul dos Estados Unidos, para proibirem as manifestações por direitos civis nos anos cinquenta e sessenta do século XX, naquele país, manifestações estas que foram compreendidas, posteriormente, como essenciais para as mudanças ocorridas quanto à poluição negra. Ou seja, trata-se de uma ideia que não valora o discurso e a ação em questão, prestando-se para impedir seja qual for o intento de mudança. Sandel destaca que o reconhecimento de um dano, seja físico ou psíquico-cultural, é insuficiente, já que "o que importa é a relevância moral do discurso relativamente ao estatuto moral das identidades enraizadas que esse discurso poderia desfazer ou ofender" (SANDEL, 2005, p. 16).

A partir do pensamento comunitarista e liberal, não há uma maneira coerente de distinguir os dois casos. Sandel só vê no pensamento teleológico uma saída razoável. Dois fundamentos simples permitem a diferenciação: (a) os neonazistas promovem o ódio e o genocídio, enquanto as marchas capitaneadas por King buscavam a defesa por direitos civis para os negros. Assim, o que os neonazistas estimulam não faz parte da concepção de vida boa existente nas sociedades ocidentais enquanto o que fora defendido por King, sim; e (b) as memórias dos sobreviventes do Holocausto merecem deferência moral, enquanto a história dos segregacionistas do sul dos Estados Unidos, não. (SANDEL, 2005)

## 5 O DEBATE SOB A PERSPECTIVA DA PRÁTICA JURÍDICA E SOCIAL BRASILEIRA

A análise realizada evidenciou os principais elementos que caracterizam a Teoria da Justiça como equidade de Rawls e a proposta de concepção teleológica ou perfeccionista de justiça de Sandel, tendo sido salientada, ainda, a crítica de Sandel ao posicionamento liberal de Rawls. Interessa averiguar, neste momento, se a concepção de Sandel, em especial, é assumida pela prática jurídica e social nacional, e, caso não seja, como ela poderia ser apresentada se encontrasse espaço em alguns debates inseridos na realidade brasileira atual.

Veja-se que o intento da pesquisa foi o de examinar uma perspectiva contemporânea de pensamento acerca da

justiça que não fizesse parte do "consenso" maior, de qual faz parte, por exemplo, a filosofia de Rawls, com o intuito de propiciar uma reflexão crítica a respeito deste saber. É para melhor elucidar essa perspectiva que a análise, ainda que perfunctória, de algumas situações reais se apresenta como importante. As situações reais trazidas a debate, ainda que não mencionem, expressamente, a concepção de justiça que utilizam como referência, possuem elementos que podem auxiliar (a) a vislumbrar como seriam abordados/solucionados alguns problemas se fosse utilizada a perspectiva de Sandel; e (b) na realização de um exame crítico acerca da própria visão de Sandel, a partir da sua aproximação à realidade brasileira.

As situações reais foram escolhidas dentre aquelas que têm ganhado destaque em discussões jurídicas e da comunidade. Não são objeto de investigação, neste momento, as situações pertinentes às desigualdades sociais nem à redistribuição de bens e direitos. Ainda, não se desconhece os riscos de se realizar uma interpretação simplificada ou mesmo incompleta dos casos a partir da pesquisa ora realizada acerca da concepção de Sandel, o que, aliás, faz parte da investigação hermenêutica e de sua estratégia básica da compreensão. Busca-se, de qualquer forma, pelo sentido implícito nos casos, "apesar do texto", com arrimo na análise realizada quanto à visão de Sandel. Também não se deve ignorar os diversos fatores que poderiam ser levantados na análise das práticas em questão e as diferentes áreas do saber que auxiliariam para a sua compreensão. A discussão, entretanto, acontece no âmbito da proposta apresentada.

A (1) primeira situação diz respeito ao ensino religioso nas escolas públicas, debate que acompanha a sociedade brasileira e que se tornou jurídico com sua apreciação, em última análise, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de número 4439 foi proposta pela Procuradoria-Geral da República (PRG) e questionou o modelo de ensino religioso nas escolas da rede pública, que muitas vezes possui natureza confessional. A PGR alegou que o ensino religioso nas escolas públicas não poderia estar vinculado a culto específico, sendo vedada a admissão de professores representantes dessas religiões. Defendeu que tal disciplina deveria estar orientada para o ensino da história e do pensamento das diferentes religiões, sob um olhar laico. O Plenário do STF, por sua vez, decidiu, por maioria (seis votos), que o ensino religioso nas escolas públicas pode ter natureza confessional, julgando improcedente a ADI (BRASIL, 2017a).

Dentre os ministros que votaram pela procedência da ação estão os ministros Marco Aurélio e Celso de Melo. O primeiro compreendeu que o Estado não pode incentivar o avanço de correntes religiosas específicas, mas sim assegurar que as pessoas possam escolher suas religiões por si mesmas. Para ele, "o Estado laico não incentiva o ceticismo, tampouco o aniquilamento da religião, limitando-se a viabilizar a convivência pacífica entre as diversas cosmovisões" (BRASIL, 2017a). O ministro Celso de Mello também argumentou que o Estado laico não pode promover religiões específicas, já que isso afetaria sua neutralidade, interferindo na liberdade das pessoas fazerem suas escolhas religiosas (BRASIL, 2017b).

Dentre aqueles que votaram pela improcedência da ação, estão os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski. O ministro Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, argumentou que o ensino religioso confessional nas escolas públicas é uma garantia da liberdade religiosa e uma continuidade da neutralidade estatal. Assim como em espaços públicos outros, como presídios e hospitais, a escola também deve oferecer espaços para que as pessoas que possuam orientação religiosa possam exercitar sua visão de mundo particular, como respeito à individualidade (BRASIL, 2017c). O ministro Edson Fachin apontou que a disciplina de ensino religioso é oportunidade de formação de cidadãos conscientes da diversidade religiosa existente no contexto da sociedade multicultural em que todos estão inseridos. Aduziu que aprendizagem da diferença e do respeito, envolvidos no processo educacional, estão incluídos na vivência de situações em que o diferente existe e se manifesta; apontou que a neutralidade do Estado não implica ignorar as diferenças, mas sim propor o diálogo, o debate e o aprendizado para uma convivência harmoniosa. Nestes termos Fachin expôs que o objetivo, previsto constitucionalmente, do direito à educação, qual seja, de preparo para o exercício da cidadania "parece ter sentido somente se desenvolvida a educação como uma antessala para uma sociedade democrática e plural, da qual as razões religiosas não sejam eliminadas, mas traduzidas, o que, evidentemente, pressupõe sua abertura a todos." (BRASIL, 2017d)

O ministro Ricardo Lewandowski sustentou que as religiões não são incompatíveis com a democracia dentro do Estado laico, visto que ambos buscam o bem comum. A existência do ensino religioso confessional não ofende a neutralidade do Estado, já que nele há a compreensão das diferenças e do papel que as religiões exercem no mundo. Observou que a abertura ao ensino confessional nas escolas públicas não rompe o dever de laicidade do Estado, mesmo que haja a predominância de algumas confissões "porque um dos propósitos da educação é justamente fornecer aos alunos o conhecimento necessário à compreensão dos valores e do papel que a religião exerce no mundo". Daí porque, acrescentou, "abrir espaço para o ensino das confissões majoritárias em uma determinada sociedade não se mostra, segundo penso, incompatível com tal desiderato". (BRASIL, 2017e).

A partir do debate apontado, supõe-se que o pleito da Procuradoria-Geral da República e os votos dos ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Alexandre de Moraes, aproximam-se da concepção de justiça defendida por Rawls. Apesar das diferenças evidentes que existem na formação de argumentos dos ministros acima citados (até o nível de influir no voto a favor ou contrário à ação, já que o ministro Alexandre de Moraes, ao contrário dos demais, votou pela improcedência), observa-se que todos se preocuparam em proteger a neutralidade do Estado quanto às religiões específicas, defendendo, acima de tudo, as liberdades individuais de escolha das pessoas quanto às concepções de bem que tem em suas vidas particulares.

Quando da análise da teoria da justiça como equidade de John Rawls, percebeu-se que o mundo político deve ser neutro quanto às visões de bem no âmbito social. Diante do pluralismo moral que caracteriza as sociedades

contemporâneas, não é coerente, para Rawls, que o Estado imponha aos indivíduos uma única noção de bem. Deve-se preservar o princípio da liberdade, propiciando-se que cada um possua sua concepção de bem, garantindo-se, ao mesmo tempo, uma convivência harmoniosa e respeito mútuo democrático dentro de uma sociedade multicultural. Rawls questiona: como estabelecer um consenso acerca do que é justo e o que é injusto para uma sociedade se cada indivíduo possui seus próprios princípios, que refletem seus interesses, suas crenças morais e religiosas e suas posições sociais?

Por outro lado, levanta-se a hipótese de que o pensamento dos ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski se aproximam da concepção de justiça de Sandel, haja vista que consideram o ensino confessional justo porque dá consecução a um bem humano relevante, seja ele a formação de cidadãos ou a construção de uma cultura pública de respeito mútuo. Ainda, explicitam no sentido de que referido ensino permite um diálogo público entre pessoas com diferentes concepções de bem para atender à formação de uma concepção de vida boa comum no contexto de uma sociedade pluralista.

Para Michael Sandel (2005, p. 11), como observado, "os princípios da justiça dependem do valor moral ou do bem intrínseco das finalidades que servem". Ou seja, a força moral que justifica o justo deriva do grau de consecução de um relevante bem humano. O bom está em viver sua visão de mundo religiosa e a compartilhar com aqueles que desejarem, tanto no ambiente público quanto particular. Ainda, para ele, os sujeitos devem se conduzir para a seara pública como seres integrais, buscando a realização de seus princípios morais, econômicos, espirituais etc. Assim, presume-se que as religiões tradicionais que propõem cursos confessionais em escolas públicas (sem que haja obrigatoriedade de participação), aproximam-se, até certo ponto, da concepção de justiça de Sandel, haja vista que visam contribuir para que os alunos possam participar, mais adiante, da seara pública como seres integrais, dialogando com suas visões de mundo para o fim de estabelecer um consenso sobreposto acerca do que sejam, para a comunidade, os melhores meios para se desenvolver a concepção de vida boa. Evidentemente, como já observado anteriormente, tal não implica que toda e qualquer prática denominada como religiosa seja valorada positivamente.

A (2) segunda situação diz respeito à liberdade sexual de crianças/adolescentes e é analisada a partir de um acontecimento da realidade social brasileira e de sua leitura por uma psicóloga (Cristina Fernandes), especializada em abuso de crianças e adolescentes (BETIM, 2016). O texto, que constitui uma entrevista, propicia avançar no debate existente entre Rawls e Sandel a respeito da ideia, de cunho liberal, que apregoa que as escolhas morais não devem ser levadas em consideração quando discutidas determinadas questões na esfera pública/política (como a questão do que constitui abuso sexual/respeito à liberdade sexual).

A entrevista, realizada pelo jornalista Felipe Betim à psicóloga, aponta, inicialmente, que a entrevistada atua no Rio de Janeiro na área de violência sexual contra crianças e adolescentes, bem como no atendimento de mulheres vítimas de violência. O entrevistador destaca, inicialmente, que ela possui grande experiência na área, estando envolvida diretamente com as pessoas em contextos sociais diversos,

inclusive nas favelas da cidade (BETIM, 2016). Em uma de suas falas acerca de sua atuação junto às diferentes pessoas a que presta serviço, a psicóloga destaca: "como profissional tenho que ter cuidado de que minha intervenção não tenha um cunho moralista". Evidencia, assim, a sua preocupação com as consequências que suas falas, gestos e práticas repercutem, ou podem vir a repercutir, nas pessoas quanto aquilo que se considera certo ou errado nas práticas sociais sexuais. No caminho para evidenciar o porquê não poderia realizar uma intervenção dita "moralizante", a psicóloga retrata que "há violências que eu posso entender como violência, mas que não são para os indivíduos envolvidos" (BETIM, 2016).

Para demonstrar essa sua percepção, a entrevistada narra um caso. Conta que, durante uma palestra sobre paternidade, ela começou a ouvir risadas de adolescentes no auditório e, tendo perguntado qual o motivo da graça ouviu "tia, aqui ninguém tem pai não. Aqui é tudo filho do cadinho". Ao final da aula, conta que foi esclarecido o sentido da frase, que ela narra dizendo que "as meninas já iam para o baile funk sem calcinha porque elas transavam num trenzinho. Então, é um bocadinho de cada um." Na visão da psicóloga, as meninas não entendiam aquilo como algo abusivo. Aponta que, para esse grupo de meninas, "ser mãe significa libertação da família e status dentro dessa comunidade. Não tem como saber quem é o pai, mas para elas tem um significado de pertencimento e de autonomia" (BETIM, 2016).

A psicóloga conclui que, diante deste quadro, há perspectivas morais diferentes entre o grupo social a que pertence e o grupo social em que tais meninas estão inseridas e que ela não pode, enquanto profissional, interferir nas noções de certo e errado construídas naquela realidade social. Para ela, há um marco cultural e geracional na forma como são vistas as práticas sexuais, não sendo permitindo modificar ou intervir no "como" aquele contexto, diverso do seu, lida com a sexualidade e identidade. Ao final, a entrevistada ressalta que o seu papel não é de intervir para trazer uma moralidade externa ao que aquela comunidade já possui; nem interferir na visão cultural desenvolvida naquele local. Para ela, seu papel deve ser de garantir que as mulheres tenham "conhecimentos, dados e informações sobre as possíveis consequências para a saúde e bem-estar físico e emocional" de suas ações. A psicóloga considera que o consentimento, aqui preenchido por consciência e vontade, é o necessário e suficiente para a realização de certas práticas sexuais. Assim, para ela "[...] se a menina sente prazer em fazer competição de sexo ou de participar de trenzinho, me cabe respeitar", de outro lado "[...] se eu entendo que aquilo foi algo imposto, que é uma violação, então quem fez vai ter que responder por aquilo" (BETIM, 2016).

No caso, não se desconhece que a fala é proveniente de uma profissional da psicologia, a qual, provavelmente, deve ter encontrado justificativa nesta seara do saber para a leitura realizada. De qualquer forma, entende-se possível supor que sua leitura seja uma opinião partilhada por um número de pessoas, assumida como verdadeira ou defensável não a partir, unicamente, de teorias ou compreensões adstritas à psicologia, mas a partir do senso comum de justiça que cada qual carrega (inclusive a

entrevistada) e que encontra parâmetros nas teorias desenvolvidas acerca do justo.

Assim é que, ampliando-se a perspectiva da entrevistada para uma compreensão de justiça encontrada no senso comum, é possível enxergar na sua visão um sentido liberal de justiça, quando de seu julgamento em relação a opção sexual de vida dos adolescentes. Há uma ideia de neutralidade em relação as opções sexuais definidas, ainda que não individualmente, mas dentro do contexto de pertencimento a uma comunidade. A entrevistada não partilha da opinião das adolescentes, mas reconhece as escolhas destas (quando praticadas no âmbito da autonomia da vontade) como sendo expressão do exercício da liberdade que possuem em construir e gerir suas vidas, no âmbito da comunidade e da moral na qual se encontram inseridas. Supõe-se, assim, ser possível encontrar uma aderência do seu pensamento à teoria da justiça como equidade de Rawls, já que as concepções de bem particulares são respeitadas, garantindo-se a liberdade individual para consecução de um projeto particular de vida.

Pensando-se em Sandel, entretanto, uma pergunta poderia ser realizada. A entrevistada diz que uma moralidade que é externa à comunidade à qual pertencem as adolescentes não deve intervir na concepção moral das mesmas, sendo suficiente a consciência e vontade delas na prática das ações. Ora, a própria escolha da entrevistada de não submeter a situação relatada a uma "moralidade externa" já não seria uma escolha moral sua, entre aquilo que ela considera como certo ou do errado, justo e injusto? Sendo "neutra", como pretende se apresentar a entrevistada, ela não estaria assumindo a possibilidade da prática narrada ser considerada correta pela sociedade? Aqui se presume, a partir da leitura de Sandel, que ainda que tal não seja admitido pela entrevistada, seu posicionamento pode ser compreendido como tradutor de uma escolha acerca daquilo que se considera moralmente aceitável, correto.

Desta forma, o texto analisado parece demonstrar que a pretensão de neutralidade defendida pelo liberalismo, tal como realiza Rawls, não se mantém na prática, uma vez que todas as pessoas, por serem reais, concretas, possuem opções morais e religiosas e, mesmo que não admitindo/percebendo, quando se dizem indiferentes ou neutras em relação à uma determinada situação, acabam por realizar uma escolha, no sentido de admitir a possibilidade de que aquela situação possa acontecer na sociedade.

A (3) terceira e última situação consiste no debate em torno ideia da escola sem partido. O programa do Movimento Escola sem Partido, redigido pelo procurador Miguel Nagib, de São Paulo, em 2004, tem por objetivo combater o que o autor denomina de "a doutrinação política e ideológica em sala de aula e nos livros didáticos" e é objeto de crítica por parte de parcela da população, sobretudo educadores e entidades ligadas ao ensino. (POR, 2017) As ideias do referido procurador têm sido aproveitadas na elaboração de projetos de lei em âmbito municipal e estadual, algumas das quais foram aprovadas e entraram em vigor, como uma lei alagoana que cuida da "Escola Livre", mas que se encontra suspensa por decisão judicial liminar – proferida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luis Roberto Barroso –, até a apreciação da ADI que contempla a discussão acerca da referida lei (BRASIL, 2017f).

A análise é realizada tendo em consideração um resumo das ideias daqueles que defendem a escola sem partido (o referido Movimento da Escola sem Partido) e a opinião crítica de um professor português que foi entrevistado no Brasil. No portal eletrônico do Movimento Escola sem Partido é possível encontrar um texto com alguns dizeres, o qual, para os defensores do movimento, deveria ser afixado em todas as salas de aula do país, no âmbito do ensino fundamental e médio<sup>iv</sup>. De outro lado, a entrevista mencionada contempla as ideias de Licínio Lima, a partir das perguntas formuladas por Luís Eduardo Gomes, e se encontra disponível no site Rede Brasil Atual (GOMES, 2017).

Inicialmente, o entrevistado apresenta o que considera ser o papel da educação hoje e salienta que o modelo atualmente praticado não dá conta de desenvolver este papel. Na sequência, aborda a ideia da escola sem partido. Para o entrevistado, a educação é um elemento central da democratização, porque é um dos espaços em que a população jovem se socializa conforme "os valores predominantes num determinado contexto histórico e social". Apesar da escola, para o entrevistado, não ter sido criada para a democracia, afirma que ela pode ser reinventada para esse propósito, tendo em vista que os países chamados de democráticos devem procurar perpetuar os valores a ela inerentes. O entrevistado pontua que para perpetuar a democracia há necessidade de que as pessoas pratiquem a democracia, pensem consoante os valores democráticos, sendo, para tanto, estimuladas desde jovens. A educação escolar, porque constitui um dos espaços em que a população jovem mais passa seu tempo, deve também contribuir para essa formação (GOMES, 2017).

Entretanto, afirma o entrevistado, nosso modelo atual de escola é muito autocrático e hierárquico, sendo um modelo sobrevivente de épocas de regimes não democráticos. É um modelo que descende de uma perspectiva industrialista de "produção em larga escala", com o professor como centro do conhecimento e os alunos como reprodutores. Para ele, esse modelo arcaico não dá conta dos desafios da educação contemporâneos, sob um regime democrático. O entrevistado pondera que é muito importante repensar os espaços de socialização para a democracia, a fim de atender à própria sobrevivência desse regime. Os cidadãos não são naturalmente democráticos, isto é, a democracia é uma construção realizada pela experiência social de contato com o outro e reflexões sucessivas. Não há democracia se não houver participação dos cidadãos, se não houver a prática democrática (GOMES, 2017).

Fica claro que, para o entrevistado, há uma necessidade de aprendizagem da democracia. Tal aprendizagem ocorre com o exercício, praticando-se a vivência democrática desde a escola. A família não é um dos ambientes mais propícios para tal prática em razão de sua estrutura muito tradicional. Portanto, a escola é um dos espaços privilegiados em que a democracia pode ser aprendida para atender a uma missão de formação de cidadãos conscientes e críticos que consigam perpetuar a democracia (GOMES, 2017).

Para muitos, tal como para o movimento "Escola sem Partido", a tarefa da escola é apenas instruir e transmitir conhecimento, não sendo de sua competência,

como acentua o entrevistado ao tecer críticas a esse argumento, instigar a "socialização para os valores democráticos e morais". Entretanto, segundo argumenta o professor entrevistado, "é uma escola que, pretendendo ser neutra, já faz uma opção política contra os valores democráticos e de cidadania", ou seja, que deseja promover um mundo não democrático. Esconder os vieses políticos da escola sob um véu de neutralidade é uma hipocrisia porque esconde suas opções políticas, já a própria opção por se afastar a dimensão dos valores democráticos é uma ação política. O professor, ao fim, arremata que "é a advocacia dos valores democráticos, absolutamente essencial que a escola faça, é central que seja feita, isso não tem partido, é uma visão de mundo democrática". Os partidos políticos, por sua vez, devem expor sua ideologia com mediação do professor/escola e de forma pluralista (no contexto do ensino fundamental, já que a formação das crianças e jovens não está completa para encarar certas facetas da persuasão), sem buscar doutrinar, mas sim fazer conhecer a realidade marcada por diferentes posições ideológicas. (GOMES, 2017).

Recordando Rawls, tem-se que o justo é anterior ao bom, pois se faz necessário que haja um primado da justiça para que esta possa delimitar as diversas concepções de bem que convivem dentro do ambiente democrático. Em sua concepção, o mundo político deve ser neutro quanto às visões de bem no âmbito social; e deve ser observada a concretização dos princípios da justiça estabelecidos sob o véu da ignorância para que uma sociedade continue bem ordenada. Diante do pluralismo moral que caracteriza as sociedades contemporâneas, não é coerente, para Rawls, que o Estado imponha aos indivíduos uma única noção do bem. Sendo assim, supõe-se que as noções expressas pelo movimento "Escola sem Partido" se aproximam da concepção de justiça em Rawls, já que se visam garantir que nenhuma concepção de bem única seja imposta pelo Estado aos indivíduos, respeitando-se sua liberdade.

Por outro lado, para Sandel, é preciso estimular o debate público – sair da esfera institucional do Estado –, de modo a propiciar uma construção consciente, pelos diferentes interessados, de uma concepção de vida boa comum que venha orientar o desenvolvimento das virtudes e da cidadania. Os sujeitos devem se levar para a seara pública como seres integrais, buscando a realização de seus princípios morais, econômicos, espirituais, construindo o diálogo sem embates destrutivos. Desta forma, levanta-se a hipótese de que a compreensão do professor se alinha com a concepção de justiça de Sandel, ao procurar atribuir à escola uma função que atenda a um bem humano relevante, qual seja, a formação cidadã para a vivência no contexto de uma democracia. A escola é vista como um espaço propício para a discussão (e não de doutrinação) de temas diferentes, com indivíduos com valores diferentes, que precisam deste espaço para o exercício da reflexão, do diálogo, a fim de estabelecerem um consenso sobreposto. Ainda, parece haver aproximação entre a entrevista do professor com a concepção de Sandel, quando se observa que, para os dois, a escolha pela neutralidade não deixa se ser uma opção por uma concepção de bem que orienta o justo, ainda que seus defensores não percebam ou não admitam essa ideia.

## CONCLUSÃO

Com o texto, buscou-se proporcionar uma aproximação às bases liberal e comunitarista que orientam o debate atual acerca da questão da justiça. A partir da análise realizada, pode-se afirmar que as concepções de justiça de John Rawls e Michael Sandel contribuem para a discussão acerca daquilo que é considerado certo/errado em uma comunidade política, quanto à definição do propósito das suas instituições e da legislação jurídica, bem como do ideal de vida boa a ser alcançado.

A teoria de Rawls consiste em uma concepção deontológica alternativa ao utilitarismo, inserida no liberalismo político, com viés igualitário, e é considerada ponto de partida para as discussões contemporâneas acerca da justiça. A perspectiva de Sandel, por sua vez, constitui uma visão teleológica ou perfeccionista e aparece incluída entre as propostas comunitaristas, em sentido amplo, por se tratar de uma visão diferenciada do liberalismo orientado para direitos individuais, expressando-se como uma compreensão mais adequada de comunidade. Em especial, observa-se que a compreensão de Sandel permite uma recondução à filosofia aristotélica clássica, a qual vem sendo atualmente explorada por diferentes filósofos e juristas. A análise, de qualquer forma, não teve por objetivo apresentar a proposta de Sandel como a melhor escolha para as diferentes sociedades, mas sim como uma alternativa interessante às propostas dos libertários, que merece ser explicitada e conhecida, especialmente diante das incessantes mazelas que são experimentadas na atualidade e diante da insuficiência da teoria dos direitos humanos e universais, especialmente das liberdades, para confrontá-las.

Com a análise das três situações sociais, vislumbrou-se que as concepções de justiça de Rawls e Sandel estão presentes, ainda que não de forma declarada ou consciente, no debate de questões importantes do cenário jurídico e social brasileiro, fazendo parte do discurso de diferentes atores sociais e justificando convicções morais, políticas e jurídicas diversas. Certamente, elas ajudam a compreender que a questão da justiça deve ser pensada no âmbito da Política e do Direito, com as diferentes concepções como ponto de partida, mas sempre em conjunto com situações concretas e, ainda, de forma compartilhada, a partir de diferentes interlocutores.

## REFERÊNCIAS

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF conclui julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas**. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099>. Acesso em: 20 out 2017a.

BRASIL. **Voto do Ministro Celso de Melo na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439**. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mCM.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017b.

BRASIL. **Voto do Ministro Alexandre de Moraes na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439**. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>. Acesso em: 20 out 2017c.

BRASIL. **Voto do Ministro Luis Edson Fachin na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439**. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoFachinEnsinoReligios.o.pdf>. Acesso em: 20 out 2017d.

BRASIL. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439**. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mRL.pdf>. Acesso em: 20 out 2017e.

BRASIL. **Suspensa lei alagoana que instituiu o programa Escola Livre**. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338884>. Acesso em: 10 dez 2017.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2006.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1989.

<sup>i</sup> O termo "comunitarismo" designa algumas compreensões acerca da justiça formuladas a partir da década de 80, elaboradas por filósofos que se autodenominam liberais (como Walzer e Taylor) ou perfeccionistas (como Sandel), muitas vezes negando o rótulo de "comunitaristas". Segundo Roberto Gargarella (1999, p. 124) "*dentro del núcleo de autores más típicamente asociados con el movimiento comunitarista nos encontramos con teóricos que son críticos con el liberalismo pero que, en definitiva, defienden criterios bastante cercanos a los de dicha postura — como Charles Taylor—; otros que oscilan entre la defensa de posiciones socialistas y republicanas —como Michael Sandel—; y aún otros que asumen posturas más decididamente conservadoras —como en el caso de Alasdair MacIntyre*". Mas, por apresentarem uma crítica ao liberalismo (ao realizarem uma crítica a autonomia individual enquanto fundamento ou princípio racional da sociabilidade que permeia as teorias da justiça liberais) e, em particular, o liberalismo-igualitário, e por renovarem o conceito de comunidade, são denominados, em sentido amplo, como comunitaristas. (GARGARELLA, 1999). Daí porque essa expressão será empregada neste artigo em um sentido amplo.

<sup>ii</sup> Importa lembrar que existem diversas correntes dentro do próprio comunitarismo e liberalismo. No âmbito do comunitarismo – no qual se inserem pensadores como Charles Taylor, Michael Walzer e Alasdair MacIntyre –, no que diz respeito à definição da justiça, há aqueles que pensam que os valores da comunidade devem prevalecer sobre os valores dos indivíduos e outros que vislumbram que não há direitos humanos universais, devendo-se respeitar as diferentes culturas e perspectivas histórico-tradicionais que informam cada comunidade. Sandel não se assume como defensor de nenhum destes pensamentos, dizendo que nem sempre se encontra do lado dos mesmos. No que tange ao liberalismo pode-se afirmar que se seu pensamento não se identifica com o de John Rawls e Robert Nozick, para os quais os indivíduos sempre prevalecem sobre a coletividade. Nesta concepção, existem os direitos naturais decorrentes da condição de ser humano e as obrigações surgidas do consentimento (SANDEL, 2005).

<sup>iii</sup> Muitos liberais evidenciam que a concepção teleológica pode ensejar a opressão e restrição da liberdade dos indivíduos. Sandel diferencia a concepção teleológica de Aristóteles e a posição

liberal moderna quanto ao posicionamento do indivíduo na sociedade, basicamente com duas expressões: adequação versus escolha. Para Aristóteles, conforme Sandel, os homens devem adequar-se à sua natureza, porque assim alcançam a vida boa, realizando a justiça. Para os liberais, a capacidade de escolha é que está na base da justiça das posições sociais, possibilitando que cada homem estabeleça qual seja sua posição social, sem que haja opressão (SANDEL, 2015). A partir deste ponto, Sandel realiza uma defesa da concepção teleológica de Aristóteles, enfatizando que, ao se posicionar como favorável a escravidão, Aristóteles afastou-se de suas próprias convicções filosóficas. Destaca que dentro das relações de trabalho a concepção teleológica é mais rigorosa que as correntes liberais. Se se pensa, por exemplo, em um trabalho a ser desenvolvido em condições de contínua repetição e sob certo perigo para a vida do homem, para os libertários a relação de trabalho é justa se houver livre consentimento; para os liberais igualitários, será justo se houver um consentimento emanado dentro de condições justas; para a concepção teleológica de Aristóteles, todavia, o trabalho em si não é justo por não atender à natureza humana, sendo necessário que o trabalho seja modificado para atender tal natureza, desenvolvendo-se outros meios para que tal atividade seja realizada. (SANDEL, 2005)

<sup>iv</sup> No texto, os dizeres que resumem o posicionamento do referido movimento são: "1) O Professor não se aproveitará da audiência cativa dos alunos, para promover os seus próprios interesses, opiniões, concepções ou preferências ideológicas, religiosas, morais, políticas e partidárias; 2) O Professor não favorecerá, nem prejudicará ou constrangerá os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas; 3) O Professor não fará propaganda político-partidária em sala de aula nem incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos e passeatas; 4) Ao tratar de questões políticas, socioculturais e econômicas, o professor apresentará aos alunos, de forma justa – isto é, com a mesma profundidade e seriedade –, as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas concorrentes a respeito da matéria; 5) O Professor respeitará o direito dos pais dos alunos a que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções; 6) O Professor não permitirá que os direitos assegurados nos itens anteriores sejam violados pela ação de estudantes ou terceiros, dentro da sala de aula." (POR, 2017).

# DESPERSONALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DO ROMANCE “A HORA 25” E O MÉTODO APAC COMO MEIO RESTAURADOR DA PESSOA

## DESPERSONALIZATION: AN ANALYSIS OF THE NOVEL “THE 25TH HOUR” AND APAC METHOD AS RESTORATIVE MEANS OF THE PERSON

Gilmar Siqueira <sup>1</sup>, José Sebastião Fagundes Cunha <sup>2</sup>, Rogério Cangussu Dantas Cachichi <sup>3</sup>,  
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior <sup>4</sup>

O propósito deste artigo é abordar o tema da despersonalização através de um comentário do romance A Hora 25, de Constantin Virgil Gheorghiu. Ver-se-á como ocorre a despersonalização e como a vida humana, quando reduzida a meras funções e utilidades, passa a perder por completo o seu valor: se a vida humana for apenas um elemento, ela já não será humana. Nesse sentido, como exposto no romance, a técnica pode ser um instrumento de utilização e exploração do ser humano. Numa sociedade que tende a incentivar a despersonalização, um dos muitos sintomas desse incentivo é a crise no sistema carcerário. Por essa razão o método APAC, com seu objetivo de restauração total do ser humano, é uma alternativa para o resgate da pessoa e a verdadeira recuperação humana. A pesquisa foi desenvolvida utilizando o método de abordagem hipotético-dedutivo, o procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta, a pesquisa bibliográfica: em livros e periódicos jurídicos; documental; em legislação e em sites eletrônicos.

**Palavras-Chave:** Método APAC. Dignidade Humana. Pessoa. Técnica.

The purpose of this article is to address the theme of depersonalization through a commentary on the novel The 25th Hour, of Constantin Virgil Gheorghiu. It will be seen how depersonalization occurs and how human life, when reduced to mere functions and utilities, completely loses its value: if human life is only one element, it will no longer be human. In this sense, as it is exposed in the novel, technics can be an instrument for the use and exploitation of human beings. In a society that tends to encourage depersonalization, one of the many symptoms of this incentive is the crisis in the prison system. For this reason the APAC method, with its objective of total restoration of the human being, is an alternative for the rescue of the person and the true human recovery. The research was developed using the hypothetical-deductive approach method, the comparative procedure, the indirect documentation technique, the bibliographic research: in books and legal journals; documentary; legislation and on electronic websites.

**Keywords:** APAC method. Human Dignity. Person. Technics.

<sup>1</sup> Doutorando em direito pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília.

<sup>2</sup> Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra - Centro de Estudos Sociais, orientado pelo Prof. Dr. Boaventura de Sousa Santos. Mestre e doutor em Direito. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001). Desembargador no TJ/PR, diretor da Escola Judicial da América Latina e vice-presidente de capacitação da Rede Latino-americana de Juízes.

<sup>3</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2019) sob a orientação do Prof. Dr. Lafayette Pozzoli e coorientação do Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa. Graduado em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina (2011). Magistrado Federal da Seção Judiciária do Paraná-- Justiça Federal - Brasil.

<sup>4</sup> Pós-doutor em Direito pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE, Bauru - SP (2012). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP (2001). Graduado pela Faculdade de Direito de Marília, hoje Curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM, mantida pela Fundação Eurípides Soares da Rocha (1995). Líder do Grupo de Pesquisa: Direitos Fundamentais Sociais, DIFUSO. Autor de obras e artigos científicos. Professor da Graduação (1999), Mestrado (2012) do UNIVEM e Advogado (1996).

## INTRODUÇÃO

O objetivo do método APAC é preparar as pessoas que cumprem uma condenação penal para o reingresso no seio da sociedade uma vez findo o cumprimento da pena. Essa ressocialização do condenado – que, no método APAC, passa a ser um recuperando – é vista como consequência de uma abordagem e um tratamento mais profundamente humano, isto é, através da consciência que a pessoa adquire da responsabilidade de seus atos e a necessidade de assumir essa responsabilidade.

Para lograr esses objetivos, então, o método APAC precisa tratar de todas as dimensões do ser humano: física, social, profissional, vocacional e também espiritual. A verdade é que o método APAC não busca uma espécie de “redenção” nem mesmo adestramento do condenado através do trabalho: o que a APAC busca é a recuperação da pessoa como um todo, que só pode se dar quando todas as suas dimensões estão reordenadas.

No entanto, o tempo presente – dada a visão de mundo vigente na sociedade – parece querer reduzir a vida humana à mera utilidade ou aos mais baixos desejos dessa mesma natureza. Com isso o que acontece, na prática, é uma despersonalização. Para apresentar um exemplo mais claro do que é a despersonalização e como ela ocorre (ver-se-á no decorrer do artigo, com Julián Marías, que a despersonalização é livre e consentida), será analisado o romance “A Hora 25”, do escritor romeno Constantin Virgil Gheorghiu. Nele se verá também como a técnica pode ser um instrumento de despersonalização do ser humano.

No segundo tópico, por fim, se verá como a despersonalização – constante em nossa sociedade – se manifesta com notória força no sistema carcerário atual e como o método APAC – através de seus doze fundamentos e de sua pedagogia da presença – luta pela preservação da pessoa como um todo. Só ao preservar a pessoa é que se pode falar em ressocialização.

A pesquisa foi desenvolvida utilizando o método de abordagem hipotético-dedutivo, o procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta, a pesquisa bibliográfica: em livros e periódicos jurídicos; documental; em legislação e em sites eletrônicos.

### 1 “A HORA 25” E A DERSPERSONALIZAÇÃO

O romance “A Hora 25”, do escritor romeno Constantin Virgil Gheorghiu (1916 - 1992), é dominado por um tom crepuscular: sem embargo, não é o mundo propriamente que se acaba – é a vida humana que aos poucos vai sendo exterminada pela despersonalização em favor de uma técnica que defende um progresso inumano. Os personagens do livro – o pope Alexandre Koruga, o escritor Traian Koruga, o camponês Iohann Moritz e a jornalista Eleonora West, entre outros – são exemplos concretos de como vidas humanas podem ser completamente esvaziadas enquanto as funções vitais continuam seu percurso normal.

Para falar desse romance, é imprescindível tratar de sua estrutura narrativa. Conquanto esse tema pareça ser mais atinente à crítica literária do que ao escopo do presente trabalho, seu tratamento se justifica na medida em que um dos personagens, o escritor Traian Koruga, é ao mesmo tempo e dentro do romance, autor de um livro chamado

também “A Hora 25”. Trata-se, claro está, do mesmo livro e em alguma medida se pode dizer que Traian Koruga é a versão romanesca do próprio Constantin Virgil Gheorghiu. Logo no princípio da estória, quando ele está a falar com seu pai e seu amigo Jorge Damião, Traian comenta que escreverá esse romance em que “*los acontecimientos dramáticos ocurrirán primeramente en la vida y después en mi novela*” (GHEORGHIU, 1984, p. 41). Com isso, tanto o autor real (Gheorghiu) quanto o autor personagem (Traian Koruga) querem dar a entender a narrativa que virá a seguir será um autêntico testemunho do caminho que a vida humana estava a trilhar naquele momento; um testemunho dado por personagens que viveram essa atroz realidade em suas próprias carnes.

A expressão “hora 25” significa a hora que está para além do relógio, ou seja, a hora final que está para além daquilo que compreende a vida humana: quando esta é esvaziada de seu conteúdo autêntico (biográfico) tudo o que resta são as meras funções vitais. A pessoa deixa de ser pessoa e passa a ser tratada como uma função ou engrenagem numa máquina. Quando a biografia – quando a estrutura da vida pessoal e individual – se perde, então não pode haver esperança nem qualquer tipo de conversão ou redenção.

A narrativa transcorre desde o período imediatamente anterior à Segunda Guerra Mundial até o seu fim e termina com o anúncio da Terceira Guerra. Sem embargo, não se vê na estória que a Segunda Guerra foi um conflito contra o fascismo, o liberalismo, o nazismo o comunismo ou quaisquer outros “ismos” que poderiam estar tanto num lado quanto no outro dos campos de batalha. Todas as ideologias de progresso – tanto num lado quanto no outro dos beligerantes – não eram mais do que duas faces da mesma moeda: duas expressões de uma mesma revolução interna que, no Ocidente, buscava destronar a pessoa e fazer dela uma espécie de máquina. Por essa razão Traian Koruga (1984, p. 46) se refere aos escravos técnicos:

*Aprendemos las leyes y la manera de hablar de nuestros esclavos para dirigirlos mejor. Y así, poco a poco, sin darnos siquiera cuenta, renunciamos a nuestras cualidades humanas, a nuestras leyes propias. Nos deshumanizamos, adoptamos el estilo de vida de nuestros esclavos técnicos y terminamos por imitarles. El primer síntoma de esa deshumanización es el desprecio al ser humano. El hombre moderno sabe que sus semejantes, y hasta él mismo, son elementos que pueden reemplazarse. La sociedad contemporánea, que cuenta con un hombre por cada dos o tres docenas de esclavos técnicos, se ha organizado y funciona según las leyes técnicas. Es una sociedad creada según las necesidades mecánicas y no humanas. Y ahí es donde comienza el drama.*

Os chamados escravos técnicos são as máquinas. Elas foram criadas para atender a todas as necessidades humanas e facilitar a vida, torná-la melhor e até mesmo mais proveitosa.

Sem embargo, como ao mesmo tempo em que se deu esse desenvolvimento ocorreu também o olvido das características humanas mais profundas, passou-se a medir a vida da pessoa também por critérios de avanços técnicos: estatísticas, rendimento, números e mais números

A vida pessoal, biográfica, deixou de contar. Por isso Adrian Koruga (1984, p. 47) prossegue explicando que:

*Todos los acontecimientos que se desarrollan en estos instantes sobre la superficie de la tierra, y todos los que tengan lugar en años venideros, no son más que los síntomas y las fases de una misma revolución, la de los «esclavos técnicos». Al final, los hombres no podrán vivir en sociedad guardando sus caracteres humanos. Serán considerados con un criterio de igualdad, de uniformidad, y tratados según las mismas leyes aplicables también a los esclavos técnicos, sin concesión posible a su naturaleza humana. Habrá arrestos automáticos, condenas automáticas y ejecuciones automáticas. El individuo no tendrá ya derecho a la existencia; será tratado como un émbolo o una pieza de máquina, y si desea llevar una existencia individual se convertirá en la irrisión de todo el mundo.*

Com isso Traian Koruga não quer dizer que as máquinas ganhariam uma vida semelhante à humana para então levantarem-se contra seus criadores. O problema é um pouco mais complicado: esses mesmos criadores das máquinas – os seres humanos – é que aos poucos passariam a reduzir suas vidas aos critérios puramente mecânicos e de utilidade enxergando neles o único caminho de progresso possível para a sociedade. Entenderiam, assim, que a humanidade precisaria de uma evolução que a tornasse mais própria das máquinas sem perceberem que, para isso, perderia suas características humanas. Como se verá através do exemplo do personagem Iohann Moritz, a despersonalização não acontecia apenas sobre vítimas mais ou menos conscientes dela: para que beligerantes de um e outro lado do conflito pudessem despersonalizar seus adversários, eles precisaram ter sido despersonalizados antes – por vontade própria, muitas vezes.

*Desde el momento que el hombre ha sido reducido a la sola dimensión de valor técnico social, puede sucederte cualquier cosa. Pueden detenerle y enviarte a hacer trabajos para un plan quinquenal, para la mejora de la raza u otros fines necesarios a la sociedad técnica, sin ningún miramiento para su persona. La sociedad técnica trabaja exclusivamente según leyes técnicas, manejando solamente abstracciones de planos y teniendo una sola moral: la producción (GHEORGHIU, 1984, p. 49).*

Todas as palavras citadas até aqui saíram diretamente do personagem Traian Koruga. Pouco antes de a guerra começar, ele foi capaz de perceber o que aconteceria e como os dois lados do conflito na verdade eram um mesmo lado, com um objetivo oculto sob todas as promessas políticas: a despersonalização da vida humana. Se a pessoa não vale enquanto tal – não tem uma igualdade ontológica – então seu valor pode ser medido de fora, por critérios variáveis e sempre desumanos. Outro personagem – Iohann

Moritz – sofreu na própria pele a situação descrita por Traian Koruga. Aqui vale citar sua última fala no livro:

*En 1938 yo me hallaba en un campo de judíos en Rumanía. En 1940, en un campo de rumanos, en Hungría. En 1941, en Alemania, en un campo de húngaros. En 1945, en un campo americano. Hace poco me liberaron de Dachau. Trece años de campo en campo. Estuve libre dieciocho horas y luego me trajeron aquí (GHEORGHIU, 1984, p. 401).*

Iohann Moritz era inocente. Foi preso primeiro, na Romênia, porque um gendarme que queria ficar com sua esposa o inscreveu entre os "judeus e suspeitos". Então os judeus eram obrigados a trabalhos forçados. Moritz não era judeu, mas como assim estava escrito nos papéis da burocracia, ficou no campo até conseguir fugir para a Hungria. Lá, onde os judeus não eram perseguidos, ele foi preso e torturado sob a acusação de ser um espião romeno. Quando Hungria e Alemanha concertaram um acordo para que a primeira não fosse ocupada, os húngaros enviaram alguns de seus trabalhadores (numa verdadeira venda de escravos) à Alemanha. Entre eles estava Moritz, que não era húngaro mas teve sua identidade falsificada (como muitos outros prisioneiros). Enquanto trabalhava para os alemães, um coronel o notou e disse que ele pertencia a uma chamada "raça heroica" germânica e que devia ser alistado no exército alemão. Passou então de trabalhador a sentinela do campo de concentração e tratava com gentileza a todos os prisioneiros. Encontrou, no meio deles, um amigo francês e ajudou-o a escapar. Fugiu com ele também, sob a promessa de que logo após a guerra poderia viver em paz. Mas os aliados tornaram a prendê-lo porque era romeno, ou seja, um inimigo.

Feito desse modo o resumo da trajetória de Iohann Moritz não se pode ter sequer a mínima ideia do que lhe aconteceu de verdade. Claro que as mudanças e os acontecimentos externos foram importantes, mas um resumo como esse exclui um aspecto capital da realidade humana: a vida interior. Precisamente por essa razão que se fez um resumo assim no presente artigo: o parágrafo anterior não é nada diferente do que leriam os soldados burocratas que recebiam Moritz em seus campos. Ele era só mais número que passou de lá para cá e não uma pessoa com vida interior. A ideia de que ele, individualmente, pudesse ou não ser inocente, nem passava pela cabeça daqueles que o custodiaram em um ou outro lado do conflito.

*El Occidente mira al hombre con los ojos de la técnica. El hombre de carne y hueso, capaz de alegría y sufrimiento, no existe, ésa es la causa de que nuestra detención, nuestro encarcelamiento y acaso mañana nuestra ejecución, no pueda ser considerada como criminal. Sería criminal si tuviera alguna relación con hombres de carne y hueso. Pero la sociedad occidental es incapaz de comprender la presencia del hombre vivo. Cuando detiene o mata a alguien, esa sociedad no detiene o mata nada vivo sino tan sólo una noción. En buena lógica, el crimen no puede imputarsele, pues nadie puede acusar de crimen a máquina alguna. Y nadie sabrá pedir de una máquina que tratara a sus hombres según características individuales (GHEORGHIU, 1984, p. 251)*

Também essas são palavras de Traian Koruga. Suas análises ao longo de todo o romance são um diagnóstico do rumo tomado pela sociedade – ele viu e viveu na própria carne aquilo que pôde antecipar. Quando, já depois da guerra, questionou um oficial americano sobre a prisão dele e da esposa – também inocentes, como Moritz – a resposta que recebeu foi a seguinte:

*¿Quiere usted decir que nuestras leyes no están de acuerdo con los principios eternos del Derecho? Tampoco es la primera vez que oigo esa alegación. Todos ustedes la hacen. Pero invocar la falta de valor eterno o de universalidad de las leyes que han servido para detenerles, es perfectamente ridículo. En primer lugar, cada país tiene derecho a poseer las leyes que quiera. En segundo lugar, no hay principios eternos del Derecho. La Justicia ha sido creada por los hombres. Y nada humano puede ser eterno. Todas las leyes son efímeras y eternas al mismo tiempo. Y quienes sostienen lo contrario no hacen más que engañarse a sí mismos (GHEORGHUI, 1984, p. 305).*

Desde o fim da barbárie promovida no século passado até os dias de hoje tem-se buscado um limite e ao mesmo tempo um fundamento universal a partir do qual semelhantes atrocidades não se repitam. Por isso a ênfase na dignidade da pessoa humana. No entanto, se essa dignidade mesma não for ontológica à pessoa, se ela não abranger mais do que prazeres, desejos e continuar a ser medida por números (utilidade, felicidade da maioria, etc.), então o discurso do oficial americano citado acima ainda terá validade: a Justiça será apenas uma criação humana e as leis que tendem a ela podem variar de um ano para outro, conforme a moda ou qualquer desejo de um determinado grupo de pessoas dentro de uma comunidade.

Nesse sentido, é preciso ainda mencionar dois outros personagens do romance: Iorgu Iordan e Marcu Goldenberg. O primeiro era o pai de Suzanna, a esposa de Iohann Moritz. Ao descobrir que a filha estava grávida sem sequer saber se ela tinha noivo ou não, decidiu matá-la; quando não encontrou a moça, espancou a mãe dela até a morte. Depois de preso, Iorgu Iordan começou a chorar e tentou até mesmo o suicídio porque, sem ele, ninguém poderia cuidar de seus cavalos. A esposa morta não lhe provocava remorso algum, mas deixar os cavalos sozinhos sim. Ao começar a guerra, Iorgu Iordan foi libertado da prisão para juntar-se à SS. O outro personagem, Marcu Goldenberg, era judeu e foi transportado ao campo de trabalhos forçados ao lado de Iohann Moritz. Deram-lhe um trabalho burocrático por sua saúde débil. Ele, no entanto, recusou-se a trabalhar (o que acarretaria em punições para os demais presos). Lengyel, que era o mais velho no campo, tentou convencê-lo de que faziam tudo aquilo por suas famílias, de que era preciso transigir de algum modo: se ele não quisesse manter o seu trabalho, que limpasse as privadas. Esse pedido foi apenas uma estratégia para assustar Marcu; mas o jovem, cheio de raiva, aceitou o trabalho. Lengyel, sentindo-se culpado por isso, foi atrás dele pedir que retomasse seu trabalho burocrático:

*El anciano se dispuso a decirle que a partir del día siguiente podría trabajar de nuevo como*

*escribiente en la oficina. Pero Marcu, sin poder aguantar más, levantó los brazos, cerró los ojos y descargó el golpe. El filo de la pala se hundió en el cráneo de Lengyel. El viejo se desplomó. Con las manos crispadas en el mango de la pala, Marcu siguió descargando golpes una y otra vez. Cuando abrió los ojos vio al viejo Lengyel desangrándose a sus pies, con el cráneo hendido. No había querido matarle. Pero una vez cometido el homicidio, no se arrepentía de nada (GHEORGHUI, 1984, p. 94).*

Quando as tropas soviéticas entraram na Romênia, Marcu juntou-se a elas. Foi ele quem deu o “tiro de misericórdia” em prisioneiros cujas execuções sentenciou no “tribunal do povo”. Marcu Goldenberg e Iorgu Iordan estavam cheios de raiva. As palavras que Lengyel dirigiu ao primeiro ainda na discussão sobre o trabalho ilustram perfeitamente esse sentimento: “Eres un fanático. Y todo fanático me parece un animal rabioso, al que no debo aproximarme” (GHEORGHUI, 1984, p. 91). Iohann Moritz também tentou dissuadi-lo, mas recebeu uma resposta brusca e se deu conta de que “la mirada de Marcu Goldenberg se parecía mucho a la de Iorgu Iordan” (GHEORGHUI, 1984, p. 93). Iorgu Iordan e Marcu Goldenberg, que estavam em posições política e militarmente opostas no conflito, eram na verdade muito parecidos.

Também eles – pessoas – tornaram-se agentes de despersonalização para os demais. Deixaram voluntariamente de lado – pode ser que sua raiva tenha algo que ver com isso – aspectos mais profundos da vida humana para servir a causas que esvaziavam, despersonalizavam, essa mesma vida. Iohann Moritz, sem embargo, ainda os via como pessoas. A eles e a todos os que estiveram com ele nos campos de concentração: prisioneiros, guardas e oficiais. Iohann Moritz é como que o símbolo da resistência da pessoa contra a despersonalização. Num dado momento do romance, enquanto ele, Traian Koruga e outros eram transportados de um campo a outro pelos aliados, o trem parou numa estação: Moritz então viu alguns franceses ali e lembrou-se do amigo francês que ele ajudou a escapar; teve vontade de dizer àquele francês algumas palavras gentis. Como não sabia a língua, disse em alemão. Todas as pessoas que estavam foram do trem – antigos prisioneiros – ficaram com raiva e começaram a atirar-lhe pedras. Os demais presos, do lado de dentro, também ficaram com raiva por causa das pedras e pisotearam-no:

*Todo el mundo quería aplastarle. Todos deseaban la muerte de Iohann Moritz. En aquel instante comprendió la terrible verdad, y presintió que el mundo dejaría de existir y que no habría más progreso en el mundo en tanto él siguiera viviendo. (GHEORGHUI, 1984, p. 287).*

Essa resistência de Iohann Moritz consistia basicamente em duas coisas: no seu desejo de ter um pedaço de terra para trabalhar e viver com a família e na necessidade que tinha de saber a razão pela qual o prenderam – ou seja, seu desejo de uma justiça pessoal, humana, concreta. Iohann Moritz é como que o símbolo da resistência da pessoa no romance pela simples razão de que ele queria continuar vivendo, queria realizar a sua vida e cuidar das pessoas que amava. Mesmo sem saber, Moritz se

recusava a ser considerado um ente abstrato, um mero número dentro de uma cadeia burocrática.

## 2 O MÉTODO APAC E A PRESERVAÇÃO – PARA RECUPERAÇÃO – DA PESSOA NO SISTEMA PRISIONAL

Como se viu no comentário sobre o romance "A Hora 25" escrito no tópico anterior, os personagens ali retratados foram exemplos concretos do que aconteceu a muitos outros: graças a uma concepção diminuída da vida humana – e, conseqüentemente, da pessoa – várias vidas concretas foram reduzidas a tal ponto que ocorreu uma despersonalização nelas; por isso a referência à "hora 25", a hora depois de todas as horas, dentro da qual o ser humano não é mais que um conjunto de funções que pode ser descartado em nome de algo maior. Julián Marías (1997, p. 18) adverte para a possibilidade de despersonalização: "*el hombre está expuesto a la despersonalización, de hecho gran parte de la vida está por debajo del nivel propio de la persona, consiste en caídas u omisiones de esa condición*". O filósofo explica que todas as pessoas estão sujeitas ao risco de despersonalização; sem embargo, lembra ainda que esse processo é "*libre y consentido*" (MARIAS, 1997, p. 89). Com isso quer dizer que, por mais ameaçadoras que sejam as condições externas, a própria estrutura da vida humana e a força da pessoa fazem com que ainda sobre um reduto da pessoa que só pode ser diminuído por sua aquiescência. A complexidade da vida humana e a necessidade de se conhecê-la dentro de uma perspectiva biográfica impedem qualquer afirmação geral e categórica sobre o livre consentimento da despersonalização.

Para que isso fique mais claro, é preciso voltar ao romance "A Hora 25" e tomar outra vez os personagens Iohann Moritz e Traian Koruga – de um lado – e Iorgu Iordan e Marcu Goldenberg – de outro. Os primeiros, dentro da prisão, foram submetidos a um intenso processo de despersonalização e deram-se conta disso. Pelo fim da estória – com Traian Koruga morto e Moritz outra vez num campo de prisioneiros – parece que eles foram vencidos. Mas não. A mera consciência de suas vidas, de suas perspectivas biográficas e o horror diante da diminuição humana a que foram submetidos preservaram suas personalidades – suas pessoas – até o fim. Iorgu Iordan e Marcu Goldenberg, por outro lado, se entregaram conscientemente ao processo de despersonalização exigido pelas ideologias a que serviram:

Otra grave forma de despersonalización es el error a que se adhiere definitivamente, sin admitir razones, como entrega de la persona a algo que no es ella: una forma radical de enajenación, distinta de la psíquica en el sentido habitual del término. Y hay la posibilidad extrema: la entrega a la maldad, posibilidad estrictamente humana, que no tiene el animal, y que se podría entender como una «posesión consentida» – la única que permite la forzosa libertad del hombre (MARIAS, 1997, p. 19).

No romance se pode ver como pessoas submeteram outras à despersonalização porque antes também se entregaram a ela. E o fizeram pela razão de que a visão de mundo descrita pelo autor exigia a diminuição da vida humana a critérios numéricos, funcionais e técnicos. A

sociedade atual não se diferencia muito da descrita por Constantin Virgil Gheorghiu. Dentre os sintomas de uma visão de mundo bem próxima à descrita pelo autor romeno, pode-se colocar o problema carcerário: impossibilidade de arrependimento por parte dos presos, superlotação, abusos de direitos humanos, entre outros. O sistema carcerário atual – que além de um problema em si é o resultado de uma visão de mundo – incentiva a despersonalização. Por isso Ferreira (2016, p. 189) relata que:

A exemplo do que ocorria durante a Segunda Guerra Mundial, nos campos de concentração nazista, o preso não mais será chamado pelo nome, perdendo assim sua identidade. A pessoa somente importa na medida em que tem um número de prisioneiro. Porém a vida do número é irrelevante, e o que está por detrás desse número, o que representa essa vida, é menos importante ainda: seu passado, seu destino, sua história. Números não sonham, não têm sentimentos, não têm projetos de vida.

Essa citação de Valdeci Antônio Ferreira, conquanto concisa, revela uma série de elementos importantes sobre o sistema prisional atual e sobre a preocupação do método APAC: no sistema prisional a vida humana como um todo – biográfica e projetiva – é deixada de lado em favor do número. Sem embargo, esse "número" já causou problemas fora da cadeia e poderá voltar a causá-los quando sair dela. Então surge o problema – exatamente como na narrativa de Gheorghiu – de como resolver a situação desse "número" para que um certo tipo de progresso social continue. Mas a citação de Ferreira também revela uma outra visão de mundo existente na APAC: "Números não sonham, não têm sentimentos, não têm projetos de vida" (FERREIRA, 2016, p. 189). A APAC não está preocupada com números, mas com pessoas.

A sigla "APAC" significa Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. Trata-se de um sistema humanizado de cumprimento de pena que se caracteriza por um método, aplicado há mais de 40 anos no Brasil, baseado em doze fundamentos: 1. A participação da Comunidade; 2. O recuperando ajudando o recuperando; 3. O trabalho; 4. Assistência Jurídica; 5. Assistência à saúde; 6. O voluntário e o curso para sua formação; 7. Valorização Humana; 8. Espiritualidade; 9. Jornada de Libertação com Cristo; 10. Mérito; 11. Centro de Reintegração Social – CRS; 12. A família.

Apresentados sem luxo de pormenor, a participação da Comunidade caracteriza uma abertura cidadã da execução penal prometida desde os idos da década de 80, quando a exposição de motivos da Lei de Execução Penal ainda vigente hoje (Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984) já reconhecia: "Nenhum programa destinado a enfrentar os problemas referentes ao delito, ao delinquente e à pena se completaria sem o indispensável e contínuo apoio comunitário" (Exposição de Motivos, item 24). O recuperando ajudando o recuperando almeja desenvolver no interior de cada um o sentimento de fraternidade na vivência comunitária (DARKE, 2014, p.370), rechaçando a filosofia individualista e egoísta presente no sistema penitenciário tradicional e, de certa maneira, prevalente na sociedade hodierna. O elemento do trabalho não está ligado apenas à profissionalização para garantir sustento material, mas a

finalidades humanizadas, das quais se falará detidamente abaixo. As assistências – notadamente jurídica e à saúde, mas não apenas elas – são prestadas por voluntários, responsáveis pela efetivação da participação da comunidade em quase todas as atividades da APAC. A valorização humana e a espiritualidade, incluindo a Jornada de Libertação com Cristo, constituem elementos de profunda transformação integral da pessoa humana, restabelecendo todas as dimensões que lhe são próprias: física, psicológica, espiritual. O mérito é fato estimulante de boas práticas e da harmônica convivência, convivência essa que se desenvolvem na maior parte em local adequado e humanizado do Centro de Reintegração Social – CRS, formando ambiente em que as famílias são dignamente recebidas, amparadas e instruídas, fazendo parte do grande sistema de relações proporcionado pelo método APAC.

O método APAC é levado a efeito em pequenas unidades prisionais, geridas por voluntários e alguns funcionários, sem concurso da polícia, sob a supervisão do juízo responsável pela Corregedoria dos Presídios e da execução penal e outros órgãos públicos (Ministério Público, Departamento Penitenciário), pela FBAC, pela comunidade. A FBAC é órgão que orienta e fiscaliza todas as APACs, que no Brasil passaram de 50 unidades em funcionamento, a maioria delas no Estado de Minas Gerais. O método APAC, assim, engloba e transcende a ideia de ressocialização: coloca-a como objetivo principal, mas também a transcende por considerar em seus princípios que a ressocialização é na verdade uma consequência da restauração total do ser humano, e não mero adestramento profissional. Por isso, no método APAC, a pessoa é que é importante e para ela foi elaborada a chamada pedagogia da presença.

A pedagogia da presença tem no recuperando o seu centro e objetivo, de modo que ela só surtirá efeito caso produza no recuperando uma mudança interior, isto é, caso possa despertar sua consciência. A chamada pedagogia do medo, ao contrário, estimula apenas uma série de comportamentos externos destinados ao cumprimento de algumas regras e que não tocam na vida interior da pessoa.

Vale abrir um parêntese para explicar um pouco desse “tratamento individualizado”, que tem chances de se desenvolver somente em unidades menores na qual a pedagogia da presença (e não do medo) possa ser aplicada. Nos grandes presídios o estímulo de comportamentos adequados dá-se pelo medo, isto é, pela punição em caso de violação dos regulamentos e normas do presídio. Diferentemente dessa “pedagogia do medo” largamente utilizada no sistema tradicional, outra forma de estimular bons comportamentos é a “pedagogia da presença”. Sobre o assunto, Ferreira (2017) bem explica que a pedagogia da presença pressupõe, em primeiro lugar, um tratamento individualizado de cada recuperando, que é chamado sempre pelo nome, nunca por um apelido ou número. O elemento central está no conhecimento por parte do responsável direto pela execução penal, aquele que de fato tem contato com o recuperando, da história de vida e dos problemas individuais, familiares e sociais de cada um deles (...). (POZZOLI; SCARMANHÃ; CACHICHI, 2019, p.172).

O preso, quando vem do sistema tradicional, sente-se um lixo: a autoestima desaparece por completo (PEREIRA, 2006, p. 190). Além de fisicamente debilitado, psicologicamente está destruído e espiritualmente quase morto. A vida do crime é materialista, “a qualquer gesto delicado, fidalgo, o condenado tem como resposta a desconfiança, a reserva, porque imagina sempre que, por trás de tudo, há interesses escusos” (OTTOBONI, 2012, p. 58). Com efeito, a recuperação de valores sempre foi objetivo transformador objetivado pela APAC (OTTOBONI; FERREIRA, 2016, p. 72). A vida do crime – dentro e fora do presídio – parece invadir o núcleo mais íntimo da pessoa para destruí-lo: o criminoso é sempre um miserável, esteja ele livre ou não. Os fundadores do método APAC perceberam isso e, graças a essa percepção, viram que a autêntica ressocialização só poderia acontecer num contexto de resgate da pessoa em sua totalidade. Por isso a APAC busca:

(...) implantar no interior do indivíduo um estímulo próprio e autônomo, para que ele mesmo busque as ações e comportamentos esperados dele (FERREIRA, 2017, p. 240); assim, o recuperando, incorporando valores que internamente o motivam a agir corretamente, tende a manter-se com o mesmo padrão comportamental esperado quando, agora transformado intimamente, ganha a liberdade. (POZZOLI; SCARMANHÃ; CACHICHI, 2019, p. 173).

Mas tal estímulo não nascerá se a pessoa não compreender que uma vida virtuosa é boa por si mesmo, que uma vida virtuosa não é mais do que um sinônimo de vida feliz. E a felicidade, como elemento autêntico da vida humana, tem um elemento muito importante de projeção, isto é, de expectativa para o futuro. A APAC, em sua preocupação com a pessoa e com a ressocialização das pessoas condenadas, tem feito também um trabalho de resgate da perspectiva mais profunda da vida humana através da pedagogia da presença. Assim, exatamente na direção do escopo constitucional (CF, art.5º, XLVI) e legal (LEP, art. 5º) da individualização da pena, a pedagogia da presença pressupõe tratamento individualizado de cada recuperando (FERREIRA, 2017, p. 236). Toma-se como ponto nuclear circunstâncias que tornam cada recuperando único: “Seus nomes, sua genealogia, suas histórias, sonhos, projetos, suas expectativas, alegrias, angústias, preocupações, derrotas, decepções, seus medos...” (FERREIRA, 2017, p. 236). A APAC, através da pedagogia da presença e do tratamento pessoal dos presos, estimula ainda a imaginação, tão necessária à projeção da vida humana pois:

*Las posibilidades se han aumentado enormemente; se ve cada vez con mayor claridad que el hombre es plástico, que no es una cosa, que no está hecho. La filosofía actual está acabando con el lastre de materialismo que la ha dominado – también y desde luego a los “espiritualismos” y por eso empieza a hacerse posible una comprensión filosófica del cristianismo. El hombre es persona – se ha repetido desde hace siglos –; pero acaso sólo hoy se empieza a ver en serio qué es persona. Y la vida actual, tan fuertemente constreñida por el Estado, y por otros poderes, está por dentro en franquía. Pero*

*para vivir hoy humanamente – y esto quiere decir auténtica y originariamente –, hace falta mucha imaginación; y está apareciendo, venenoso y torvo, el resentimiento de los que no la tienen. (MARÍAS, 1955, p. 84 - 85).*

É preciso voltar ao que Julián Marías disse sobre o consentimento à despersonalização: a pessoa, em alguma medida, permite a sua diminuição enquanto tal. E caberia perguntar, embora esse não seja o tema do presente artigo, por que a pessoa se deixa diminuir. Julián Marías mencionou também que há diferentes tipos de despersonalização. Uma das razões para que a própria pessoa se entregue pode ser o estímulo exterior: o desconhecimento da validade e dignidade da vida humana enquanto tal, sua servidão a coisas que lhe são muito menores. O que o método APAC pretende, nesse sentido, é mostrar àqueles que cumprem pena a profundidade da vida humana e como a luta pela preservação da pessoa, em todas as suas dimensões, dá um sentido a essa vida.

## CONCLUSÃO

A despersonalização, por mais absurda que seja, tem – como assinalou Julián Marías – um caráter consentido e voluntário. A vida humana tem grandes elementos de imprevisão – nunca está totalmente dada – e por isso a resistência à despersonalização dentro da própria perspectiva biográfica é possível. Traian Koruga e Iohann Moritz, esgotados e aparentemente derrotados, puderam resistir. Na cena final do romance de Gheorghiu, quando Moritz entra com sua família para ser recrutado pelos aliados antes da Terceira Guerra, Eleonora West (viúva de Traian Koruga) – que não o conhecia – olha aquele homem com o sofrimento estampado no rosto e nota algo autêntico, pessoal, nele.

Essa despersonalização, no entanto, só pode ser promovida (como ideologia, plano político ou qualquer outro meio) por quem antes consentiu nela. Ela pode formar – como no romance de Gheorghiu – a visão predominante numa sociedade. Não é exagerado dizer que faça parte da sociedade presente e, por essa razão, se viu que um de seus sintomas é a crise no sistema carcerário atual, onde o preso é ignorado e abandonado: recebe um incentivo a despersonalização. Por isso o método APAC é uma alternativa: sua alternativa à despersonalização consiste na pessoalidade.

Ao buscar a recuperação humana – e não meramente de papéis sociais ou profissionais – o método APAC pretende devolver o sentido de responsabilidade, sacrifício e liberdade interior para seus recuperandos. Noutras palavras, pretende dar-lhes consciência de sua própria humanidade. Essa consciência só pode ser despertada na pessoa quando ela percebe que a vida humana vai muito além do aspecto material, que existem coisas que trazem recompensas que são bem maiores do que as econômicas e prazeres ainda mais significativos que os físicos. Por essa razão são tão importantes os doze fundamentos do método – todos permeados pela espiritualidade – e a ênfase no trato pessoal: o método APAC não quer recuperar números, mas pessoais reais e concretas.

## REFERÊNCIAS

DARKE, Sacha. Comunidade prisionais autoadministradas: o fenômeno APAC. Tradução Maria Lúcia Karam. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 357 - 376, mar./abr. 2014.

FERREIRA, Valdeci Antônio. **Juntando cacos, resgatando vidas: valorização humana – base do método APAC e a viagem ao mundo interior do prisioneiro – psicologia do preso**. 2. ed. Belo Horizonte: Gráfica O Lutador, 2017.

GHEORGHIU, Constantin Virgil. **La Hora 25**. Tradução de Jesús Ruiz y Ruiz. Barcelona: Ediciones Orbis, 1984.

MARÍAS, Julián. **La Imagen de la Vida Humana**. Buenos Aires: Emecé, 1955.

MARÍAS, Julián. **Persona**. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

OTTOBONI, Mário. **Testemunhos de minha vida e a vida de meus testemunhos**. São José dos Campos: o autor, 2012.

OTTOBONI, Mário; FERREIRA, Valdeci Antônio. **Método APAC: sistematização de processos**. Colaboração de Maria Solange Rosalem Senese et al. Belo Horizonte, TJMG, 2016.

PEREIRA, Marcos Francisco. É possível a recuperação do preso?. **Revista Jur.UNIJUS**, Uberaba/MG, v. 9, n. 11, p. 189 - 202, nov.2006.

POZZOLI, Lafayette; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; SCARMANHÃ, Bruna de Oliveira da Silva Guesso. Desafios e perspectivas do sistema penitenciário: a compreensão da descentralização dos presídios como proposta de Mário Ottoboni à luz da filosofia ético-política de Jacques Maritain. //: GUNTHER, Luiz Eduardo; FISCHER, Octavio Campos (coords.); LEAHY, Érika; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (orgs.). **Constitucionalismo e direitos fundamentais**. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 161 - 178.

# VIABILIDADE DA PROGRESSÃO POR SALTO EM CASOS DE AUSÊNCIA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO <sup>1</sup>

Marina Vitória Milani <sup>2</sup>

O presente artigo objetiva a análise acerca da possibilidade da progressão por salto para o regime mais benéfico quando já cumpridos os requisitos pelo apenado para entrada no regime semiaberto, e quando houver ausência de vagas neste. A progressão de regime constitui-se como direito do preso, no entanto, o sistema carcerário brasileiro sofre de uma preocupante falência estrutural. Assim, a superlotação gera a supressão de direitos e garantias fundamentais, impedindo a ressocialização do condenado de maneira eficaz. Junto a isso, a manutenção do apenado em regime mais severo torna a prisão ilegal, caracterizando constrangimento ilegal e ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Carta Magna como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

**Palavras-Chave:** Execução da pena. Progressão de regime. Regime semiaberto. Sistema prisional.

This article aims to analyze the possibility of progression by jumping to the most beneficial regime when, already fulfilled the requirements for the convict to enter the semi-open conditions, there is no vacancy in it. Progression regime constitutes as a right of the prisoner. However, the Brazilian prison system suffers from a worrying structural failure. Overcrowding leads to the suppression of fundamental rights and guarantees, effectively preventing the convict from re-socializing. Along with this, the maintenance of the prisoner in a more severe regime makes imprisonment illegal, characterizing illegal constraint and hurting the principle of human dignity, provided for in the Constitution as one of the foundations of the Federative Republic of Brazil.

**Keywords:** Execution of sentence. Progression regime. Semi-open conditions. Prison system.

---

<sup>1</sup> Artigo Científico apresentado à disciplina de TCC2, vinculado ao Projeto de Pesquisa "Prisão Ilegal e Responsabilidade Civil do Estado" da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob a orientação do Professor Antonio dos Santos Junior, com título original "VIABILIDADE DA PROGRESSÃO POR SALTO: A falha estrutural do sistema carcerário obriga o cumprimento da pena em regime mais severo na ausência de vagas para o semiaberto?"

<sup>2</sup> Advogada e Juíza Leiga do 11º Juizado Especial de Curitiba. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, e-mail: marinamilani.mvm@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

O Brasil adota o sistema de progressão de regime no cumprimento da pena privativa de liberdade, de mesmo modo que outros países como Itália, França, Alemanha e Espanha. Tal sistema visa à readaptação do indivíduo para que, aos poucos, possa voltar à convivência social (NUNES, 2016, p. 256). O Código Penal, em seu art. 33, dispõe que a pena de reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. O art. 112 da lei de execução penal (Lei nº 7.210/84), por sua vez, estabelece que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, transferindo-se o preso para regime menos rigoroso quando um sexto da pena já tiver sido cumprido no regime anterior e caso o condenado possua bom comportamento carcerário. Excetuam-se os casos de crimes hediondos, nos quais o sentenciado deverá cumprir dois quintos da pena, se for réu primário, ou três quintos, em caso de reincidência.

Entretanto, a realidade do sistema prisional brasileiro, o qual há grande déficit de vagas, assim como inexistência de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena em regime semiaberto, impõe, por diversas vezes, que o preso que já possui o direito à progressão não possa cumpri-la no regime semiaberto diante da ausência de vagas. Desse modo, ainda que, a priori, não haja a possibilidade do cumprimento da pena de forma diversa da que a lei dispõe, a manutenção do apenado em regime fechado torna a prisão ilegal, tendo em vista a afronta a princípios constitucionais e infraconstitucionais. Diante de tal problemática, necessário se faz o estudo acerca da legalidade da progressão por salto, analisando-se a viabilidade do preso passar do regime fechado diretamente para o aberto.

### 1 PRISÃO-PENA E SUA FUNÇÃO

O art. 32 do Código Penal dispõe que as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direitos ou de multa. No tocante à pena privativa de liberdade, o Brasil admite, na esfera penal, tanto prisões provisórias quanto prisões definitivas. As prisões provisórias, ou processuais, são aquelas efetuadas quando ainda não existe condenação, enquanto as definitivas, também denominadas de prisão-pena, são decretadas no momento em que há sentença penal condenatória com trânsito em julgado (MACHADO, 2000, p. 5).

Neste ponto, cabe citar que em recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964. 246, com repercussão geral reconhecida, decidiu-se que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal"

Segundo Nucci (2014, p. 519), a prisão consiste na privação de liberdade do condenado com o seu recolhimento ao cárcere, que afeta, diante disto, seu direito de ir e vir. Esta deverá sempre ter como base a decisão motivada de magistrado competente para tanto, e seu fundamento constitucional encontra-se no art. 5º, XLI da CF/88, que preceitua: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária

competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 86) assim conceitua a prisão:

A expressão prisão possui diversos sentidos, todos relacionados com a restrição da liberdade pessoal. Pode significar o local ou estabelecimento em que a pessoa é mantida presa, a captura, a custódia ou a detenção. Refere-se, também, tanto à prisão-pena quanto à prisão processual. Embora o legislador não faça distinção, segundo se entende, a captura é o ato de prender, "o próprio ato constitutivo da prisão, aquele que a torna efetiva".

São três os regimes nos quais será executada a pena privativa de liberdade, conforme o disposto no art. 33 do Código Penal: "A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado". A fixação do regime inicial de cumprimento de pena, ainda, deverá atender aos critérios previstos nas alíneas "a", "b" e "c", do parágrafo 2º do art. 33 do Código Penal, ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso. Desta forma, o condenado a pena superior a 8 anos iniciará o cumprimento da pena em regime fechado; o condenado não reincidente cuja pena seja superior a 4 e menor que 8 anos poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto e; o condenado não reincidente cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

O regime fechado pressupõe que o indivíduo cumprirá a pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, "a" do Código Penal), sendo que neste regime o indivíduo está sujeito ao trabalho no período diurno e ao isolamento durante o recolhimento noturno (art. 34, § 1º do Código Penal). Entretanto, Bitencourt (2015, p. 614) assevera que, diante da grande população carcerária, na prática o isolamento noturno não tem como ocorrer, configurando-se como mera intenção do legislador.

No regime semiaberto, o apenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, que deverá ser realizado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo admissível, ainda, o trabalho externo, assim como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, §§ 1º e 2º do Código Penal). Infere-se que no referido regime não há necessidade de isolamento durante o recolhimento noturno, assim como se faz possível a realização de trabalho externo desde o início do cumprimento da pena, podendo, inclusive, ser efetuado na iniciativa privada (BITENCOURT, 2015, p. 614).

Por fim, o regime aberto tem como base a "autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado" (art. 36, caput, do Código Penal). O condenado deverá trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, ficando fora do estabelecimento prisional e sem vigilância, permanecendo, entretanto, recolhido durante o período noturno nos seus dias de folga (art. 36, § 1º do Código Penal), em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Para Bitencourt (2015, p. 618): "o maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua

família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil e prestante".

No que diz respeito à função da pena privativa de liberdade, o Brasil adota a teoria mista ou eclética. Tal teoria conjuga o caráter retributivo ao caráter ressocializador da pena (SANTOS, 2017). Sendo assim, além de possuir um caráter de punição e prevenção frente à sociedade, há também um caráter de humanização, sendo sua principal função a ressocialização do indivíduo.

Assim, cabe ao Estado proporcionar as condições para que se alcance o objetivo ressocializador da pena (MARCÃO, 2017, p.29). Referido caráter ressocializador se encontra expressamente disposto no art. 1º da Lei de Execução Penal, que assim dispõe: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". O pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, por sua vez, prevê em seu art. 5º, item 6, que: "As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados". Na regra 4, itens 1 e 2 das "Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos", também conhecidas como Regras de Mandela, e criadas como um guia para estruturar os sistemas penais, ainda, consta:

1. Os objetivos de uma sentença de encarceramento ou de medida similar restritiva de liberdade são, prioritariamente, de proteger a sociedade contra a criminalidade e de reduzir a reincidência. Tais propósitos só podem ser alcançados se o período de encarceramento for utilizado para assegurar, na medida do possível, a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis. 2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem oferecer educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, inclusive aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde. Tais programas, atividades e serviços devem ser oferecidos em consonância com as necessidades individuais de tratamento dos presos.

Para Foucault (2014, p. 223 - 224), a instituição da prisão, pena adotada pelas sociedades civilizadas, constituiu um importante momento no que se refere à justiça penal, pois tratou do acesso à humanidade do indivíduo. Entretanto, o autor afirma que tal pena assumiu precocemente um caráter de "castigo". Dessa forma, a sociedade passou a enxergar os indivíduos encarcerados como delinquentes, afastando, de certa maneira, o caráter ressocializador da pena. Sobre o assunto, Alessandro Baratta (2011, p. 186 - 187) aduz que antes de se falar em reinserção do preso à sociedade, a própria população necessita passar por um processo de reeducação, de modo que se modifique o pensamento corrente, a julgar que a própria sociedade em que se pretende reintegrar o indivíduo é aquela que o exclui.

Manoel Pedro Pimentel, citado por Renato Marcão (2017, p. 30), assevera que a pena aplicada com maior frequência é a pena de prisão, e que, estando o sentenciado

a cumpri-la, este não se readapta à vida em sociedade, mas tão meramente se adapta ao próprio ambiente prisional para que seja aceito. O apenado, desta forma, desenvolve-se no sentido de aprender as regras do ambiente carcerário, de modo a não sofrer punições.

Portanto, ainda que na teoria a prisão possua um caráter retributivo e ressocializador, não se vislumbra este último na atual conjuntura. Como cita Foucault: "Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não é inútil. E, entretanto, não "vemos" o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão" (PIMENTEL, 2017, p. 30).

## 2 PROGRESSÃO DE REGIME

O Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisão no HC nº 82.959/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, pronunciou-se no sentido de que "a progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social".

É notório que a progressão de regime é pressuposto essencial para a reintegração social do criminoso, sendo que a lei penal estipula que o retorno à sociedade deve ser realizado aos poucos (NUNES, 2016, p. 256). Para Cezar Roberto Bitencourt: "a essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação" (BITENCOURT, 2015, p. 169). Desta forma, segundo o autor, o sistema progressivo representou enorme avanço, já que passou a dar maior importância ao recluso, ao mesmo tempo em que diminuiu o rigor na aplicação da pena.

No sistema adotado pela Lei nº 7.210/84, há progressão na hipótese de mudança de regime, na qual o condenado passa do mais gravoso para o menos gravoso, quando cumpridos determinados requisitos (MARCÃO, 2017, p. 280).

Devem estar presentes os requisitos objetivo e subjetivo, em conjunto, para que se possa efetuar a progressão. O requisito objetivo consiste no cumprimento de determinado lapso temporal: um sexto da pena no regime anterior ou, em caso de crimes hediondos, o cumprimento de dois quintos da pena caso o réu seja primário; ou três quintos, se reincidente, nos termos da Lei 11.464/2007. O requisito subjetivo, por seu turno, pressupõe a boa conduta carcerária do apenado, que deverá ser atestada pelo diretor do estabelecimento prisional (MARCÃO, 2017, p. 281). Tal conduta consiste no bom comportamento do preso, que se porta de maneira assente aos regramentos de disciplina do estabelecimento prisional, conforme explica o autor Renato Marcão (MARCÃO, 2017, p. 283).

Luiz Regis Prado (2011, p. 656 - 657) conceitua os requisitos acima esposados como requisito formal (objetivo), atinente ao objetivo temporal, e requisito material (subjetivo). No que tange ao último, afirma o autor tratar-se do mérito para a progressão. Diante disto, não seria suficiente apenas o atestado de boa conduta carcerária, porquanto este diz respeito somente a um elemento do

mérito, que exige valoração mais ampla acerca da conduta do apenado, analisando-se as peculiaridades das circunstâncias inerentes a cada caso concreto. Trata-se, para Mirabete (2000, p. 346), da provável habilitação do preso para adaptar-se ao novo regime.

Cumpridos, portanto, os requisitos de maneira concomitante, progredirá de regime o apenado. Entrando no semiaberto, a pena já cumprida será considerada como "extinta" e, desta forma, o recálculo do tempo necessário para que se efetue a progressão para o regime aberto será realizado com base na pena restante. Faz-se importante ressaltar que também será incluso no lapso mínimo necessário para o cumprimento do requisito objetivo o tempo que já foi remido, por trabalho ou por estudo (art. 126 e seguintes da LEP), pelo preso (MIRABETE, 2000, p. 340).

Como o próprio nome já infere, a progressão efetua-se de maneira gradativa, sendo que a leitura do art. 112 da LEP determina que deverá haver a passagem pelo regime subsequente àquele em que o apenado se encontrar. Resta claro que o referido artigo prescreve a transferência do indivíduo para o "regime anterior" (MIRABETE, 2000, p. 327) Logo, segundo a lei, o preso deverá obrigatoriamente passar do regime fechado – caso neste inicie sua pena – para o semiaberto e, por fim, para o aberto. No item 120 da exposição dos motivos da LEP, inclusive, está consignado que o condenado que estiver cumprindo pena no regime fechado não poderá ser transferido de maneira direta para o regime aberto (BRASIL, 1984).

Entretanto, já há entendimento das Cortes Superiores no sentido de abrandar a interpretação de tal regra, sendo que, em situações excepcionais, há a possibilidade de ocorrência da intitulada "progressão por salto", o que será objeto de estudo posteriormente.

### 3 A REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO

O sistema executivo-penal adotado pelo Brasil, no que diz respeito à legislação, é considerado como um dos mais democráticos e evoluídos que hoje existem. Tem como base fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana e preza pela humanidade do indivíduo. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVII, prevê que não haverá penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis. Ou seja, veda-se qualquer tipo de punição que se faça desnecessária, degradante ou tirânica.

Entretanto, ao passo em que na teoria os direitos garantidos aos presidiários sejam os mais alargados, a prática vem demonstrando uma incessante violação aos direitos destes, assim como uma inobservância de garantias que deveriam estar presentes durante a execução da pena privativa de liberdade.

O sistema carcerário brasileiro há tempos padece de falhas estruturais: superlotação dos presídios, encarceramentos cruéis, tratamentos degradantes e ofensa aos direitos humanos. É notório que o ambiente do cárcere brasileiro, em vez de promover a ressocialização, traz em seu bojo um aspecto completamente oposto, no qual o apenado acaba saindo ainda mais despreparado para o convívio social.

Não há interesse do Estado em realizar investimentos no setor penitenciário de modo a melhorar as

condições de cumprimento da pena, motivo pelo qual o referido setor tornou-se um grande caos (BITENCOURT, 2015, p. 623). Tal desinteresse pode ser traduzido pela errônea valoração que se dá aos indivíduos presos, que ficam praticamente abandonados durante o cárcere. Nos ensinamentos de Nietzsche (NIETZCHE, 1998, p. 29):

Quando o modo de valoração nobre se equivoca e peca contra a realidade, isso ocorre com relação à esfera que não lhe é familiar, que ele inclusive se recusa bruscamente a conhecer: por vezes não reconhece a esfera por ele desprezada, a do homem comum, do povo baixo; (...) De fato, no desprezo se acham mescladas demasiada negligência, demasiada ligeireza, desatenção e impaciência, mesmo demasiada alegria consigo, para que ele seja capaz de transformar seu objeto em monstro e caricatura.

Segundo Miriam Guindani (2012, p. 92), houve um aumento identificável da violência institucional perpetrada no ambiente prisional a partir da década de 1990, momento no qual se constatou o aumento populacional carcerário, diante da relatada negligência estatal no que diz respeito às políticas públicas.

Vera Malaguti Batista (2011, p. 100 – 101) crê que a mídia contemporânea representa um entrave para a questão criminal que se ultrapassa, especialmente no que se refere ao grande encarceramento, ao reproduzir um senso comum denominado de "populismo criminológico". Este senso comum se utiliza das emoções perpetradas pela vítima em seu discurso e transforma-se em um grande espetáculo, influenciando na significação do observador acerca da subjetividade punitiva. Nas palavras da autora:

Com a mais dramática expansão carcerária da história da humanidade, conjugam-se prisões decrepitas com imitações da supermax estadunidense e seus princípios de incomunicabilidade, emparedamento e imposição de dor e humilhações aos familiares dos presos. Perdemos a mordida crítica que tínhamos contra o autoritarismo na saída da ditadura e hoje aplaudimos a tortura e o extermínio dos inimigos de plantão. O importante é traduzir toda a conflitividade social em punição.

A autora afirma, ainda, que no ano de 1994 o Brasil possuía aproximadamente 100 mil indivíduos em confinamento. Onze anos depois, em 2005, o número aumentou para cerca de 380 mil presidiários, chegando a 500 mil no ano de 2011.

Atualmente, a superlotação é um dos maiores problemas enfrentados nos presídios brasileiros, sendo que estudos realizados pelo Departamento Penitenciário Nacional no ano de 2014 demonstram o ainda constante crescimento da população carcerária: no referido ano, havia 622 mil presidiários no país (584,7 mil em prisões estaduais, 37,4 mil em carceragens de delegacias e 397 em prisões federais). Entretanto, o número de vagas nas prisões totalizava 371,8 mil, ou seja: o número de vagas não acompanha o aumento da população prisional. No estado do Paraná, por exemplo, a taxa de ocupação nos presídios era de 153% (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO, 2017).

Em audiência pública realizada em 15 de agosto de 2017 na Comissão Especial do Sistema Penitenciário da Câmara dos Deputados, Rogério Nascimento, conselheiro do CNJ, informou que o sistema prisional abriga atualmente 660 mil pessoas, enquanto possui apenas 401 mil vagas, afirmando que, dos indivíduos presos, 243 mil tratam-se de presos provisórios, 296 mil fazem parte do regime fechado, 105 mil do semiaberto e cerca de 9 mil do aberto (CNJ, 2017).

O G1, portal de notícias da Globo, realizou um levantamento acerca da superlotação dos presídios com base nos dados dos governos dos estados da federação e do Distrito Federal, relativos ao ano de 2017. No estudo, constatou-se um déficit de vagas no importe de 273,3 mil.

O estado do Amazonas possui os números mais preocupantes: enquanto existem 3.129 vagas nas prisões, o número de presos é de 10.323, gerando uma superlotação de 229,9%, ou seja: existem mais de três presos para cada vaga. Verifica-se, ainda, um nível extremamente alto de superpopulação carcerária – porcentagem correspondente a 100% ou mais – nos estados de Pernambuco (173,8%), Acre (130,4%), Paraíba (116,3%), Mato Grosso do Sul (112,2%), Minas Gerais (111,4%), Sergipe (109%), Rio Grande do Norte (106,1%) e Distrito Federal (100%) (G1, 2017).

Os estados com os menores números, por sua vez, são Santa Catarina (26,8%), Paraná (27,9%) e Bahia (35,1%). No entanto, nota-se que, muito embora nestes estados a porcentagem de superlotação seja mais baixa, ainda assim não deixa de ser inquietante, haja vista que todos os estados da federação se encontram, de alguma forma, com o sistema carcerário superpopuloso.

Em comparação com o levantamento realizado pelo G1 sobre o mesmo assunto no ano de 2015 (G1, 2017), infere-se que, no período de dois anos, houve um aumento de 3,4% da superpopulação do sistema, passando de 65,8% para 69,2%. Ainda, conclui-se que o estado do Amazonas possuiu um aumento populacional carcerário de 54,7% neste interregno temporal – no ano de 2015 a porcentagem correspondia a 175,2 % – tendo superado o estado de Pernambuco, que liderava o ranking com 183,8% de indivíduos acima da capacidade de vagas no estado.

Em reportagem exibida pelo Jornal Nacional na data de 30 de setembro de 2017, ainda, evidenciou-se a terrível situação carcerária que aflige o estado do Rio Grande do Sul, no particular. No município de Novo Hamburgo as delegacias já não mais comportam os presos, motivo pelo qual a polícia entendeu por bem algemar quatorze indivíduos às pilastras da garagem de uma delegacia, sob a vigilância de quatro polícias militares e dois guardas municipais. No município de Gravataí, por sua vez, cerca de trinta indivíduos encontram-se presos – alguns há mais de trinta dias – no interior de cinco carros que estão estacionados em frente à delegacia (G1, 2017).

Depreende-se que a situação prisional brasileira é revoltante. A realidade do cárcere não acompanha a ordem constitucional, e o que se aparenta é que não há preocupação alguma com a condição desta categoria, que muitas vezes foge ao olhar mais atento da sociedade. Conforme afirma Gauer: "nas penitenciárias, a violência urbana parece repetir sua função. A sociedade, por sua vez, reconhece tal violência apenas nos momentos mais caóticos, ou seja, quando eclodem rebeliões, e a mídia divulga o fato. Sem isso, tudo

fica invisível" (GAUER, 2012, p. 95). Exemplos de tais rebeliões ocorreram no mês de janeiro de 2017.

No Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, uma disputa entre facções culminou na morte de 56 detentos na data de 1º de janeiro. O COMPAJ acomodava 770 presos a mais do que sua capacidade suportava: para as 454 vagas existentes, haviam 1224 indivíduos. O regime semiaberto do local, ainda, possuía vagas para 138 presos, contando com 602 pessoas ali instaladas (UOL, 2017). No dia 6 do mesmo mês, constatou-se o falecimento de mais 31 presos na rebelião ocorrida em Roraima, na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo (G1, 2017). Dia 14 de janeiro, um número de 26 mortes foi confirmado no motim estabelecido na Penitenciária de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte (FOLHA, 2017).

Embora a mídia tenha amplamente divulgado o ocorrido, muito rapidamente o foco modificou-se e ninguém mais fala, ou sequer se lembra, do bárbaro episódio. Esqueceram-se daqueles que diariamente vivem o intenso sofrimento e cruel realidade vivida dentro das celas. Como sabiamente expõe Antonio Arnaldo de Castro Palma, a superpopulação que se nota no sistema carcerário somente contribui para que progressivamente haja um aumento no processo de desumanização do condenado, "confirmando-se", por parte da sociedade, as noções preconceituosas que existem acerca da delinquência. Nas palavras de RUTH GAUER (2012, p. 102):

Pode-se entender a prisão como uma figura parental sádica e filicida, que impede o desenvolvimento e o crescimento do ser humano, pois paralisa e negligencia os sujeitos. O corpo, no aprisionamento, fica paralisado, literalmente detido; e a mente, muitas vezes, não suporta dar conta de tantos conteúdos confusionais (medos, raivas, desamparos e caos). Pelo corpo, pela ação, ou, quem sabe, por seu aparelho mental, o indivíduo vai manifestando seu sofrimento, seu penar, seu suplício, de inúmeras formas, diante da condenação à pena privativa de liberdade.

#### 4 POSSIBILIDADE DA PROGRESSÃO POR SALTO

É notável o problema que atravessa o país no que diz respeito ao sistema prisional. Diante dos números anteriormente expostos, infere-se que por diversas vezes, ainda que já cumpridos os requisitos por parte do apenado em regime fechado, não há disponibilidade de vagas para que esse dê entrada no regime semiaberto. Frente a isso, surgiu uma discussão acerca da possibilidade da progressão por salto, a qual viabilizaria ao condenado a possibilidade de cumprimento da pena em regime mais benéfico.

Na obra "A questão penitenciária e a letra morta da lei", de 1997, já se afirmava: "há, nos presídios, um expressivo número de reclusos que já deveriam estar cumprindo suas penas em regime semi-aberto ou aberto" (PALMA, 1997, p. 27).

Desta forma, depreende-se que o problema em comento não se trata de um inconveniente tão recente como poderia se imaginar.

Nucci (2015, p. 346 - 347) assevera que existem duas linhas de pensamento sobre o assunto, haja vista que tanto na doutrina como na jurisprudência sempre houve divergência acerca do tema. Para alguns, em caso de

ausência de vagas no regime semiaberto, deverá o condenado aguardar no regime fechado, pois não se deve converter a inaptidão do aparelho estatal para abrigar todos os presidiários na possibilidade de riscos à sociedade. Para outros, entretanto, o apenado deve passar a cumprir sua pena em regime aberto, tendo em vista que não se deve atribuir ao indivíduo a ineficácia do estado para abrigar todos os detentos.

No ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 491, nos seguintes termos: "é inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional". A referida súmula possui guarida em diversos precedentes, nos quais se afirma que o Brasil adota o sistema progressivo para a execução da pena privativa de liberdade. Nesse sistema, não poderia o sentenciado cumprir a pena diretamente no regime aberto sem ter anteriormente passado pelo regime semiaberto. A Lei de Execução Penal, em seu art. 112, dispõe que o sentenciado deve cumprir o requisito temporal de 1/6 no atual regime de cumprimento de pena para que, dessa forma, possa progredir para o regime subsequente, vedando-se a progressão por salto.

Entretanto, ainda que a progressão por salto seja proibida em uma leitura legalista do ordenamento jurídico brasileiro, quando esta é requerida na hipótese de falta de vagas o entendimento tem sido diferente. Bitencourt (2015, p. 624) afirma:

Concluindo, é inadmissível que o condenado cumpra pena em regime fechado em razão da inexistência de vaga no regime semiaberto (...) Deve, ainda que excepcionalmente, ser concedido ao condenado o recolhimento domiciliar, enquanto não houver vaga no estabelecimento devido. Significa dizer, em outros termos, que a natureza do regime não transmuda para outro menos grave, pela ausência de vaga no regime legal a que tinha direito, mas, tão somente, que, por exceção, ficará em regime mais liberal, enquanto a vaga não existir, como têm decidido, acertadamente, nossas duas Cortes Superiores.

Ora, segundo Luigi Ferrajoli (2014, p. 148 - 149), a lei não é capaz de identificar todas as conotações possíveis para cada situação em particular, de modo que qualifique corretamente a valoração aplicada a todos os casos. Essas particularidades e suas consequentes valorações, contudo, configuram a verdadeira equidade. Aristóteles, citado por Ferrajoli, afirma que a equidade nada mais é do que a justiça no caso concreto e, ainda, que o equitativo, para ser justo, não deve necessariamente estar de acordo com a lei positivada, mas sim com uma correção da justiça legal. A equidade deve ser alcançada de modo que diminua a distância existente entre aquilo que se encontra positivado e o caso concreto. Nas palavras do filósofo (*apud* FERRAJOLI, 2014, p. 149):

quando a lei apresenta um caso universal e sobrevêm circunstâncias que ficam de fora da fórmula universal, então seria bom, na medida em que o legislador se omite e erra ao simplificar, corrigir esta omissão, pois o próprio legislador haveria feito esta correção, se houvesse estado presente, e haveria legislado, se o houvesse

previsto. Por isso, o equitativo é justo e melhor do que certa classe de justiça, não porém da justiça absoluta, mas melhor sim do que o erro que surge de seu caráter absoluto.

O art. 3º da Lei 7.210/84 dispõe que "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei". Portanto, infere-se que mesmo que a lei pátria não preveja a hipótese da progressão por salto, em não havendo vagas para que o indivíduo possa cumprir a pena no regime semiaberto – quando já existentes os requisitos necessários para tanto – a equidade só poderá ser alcançada se tal hipótese puder ser a ele aplicada. A falha estrutural do sistema carcerário, responsabilidade do Estado, não deve permitir que o apenado seja prejudicado e mantido em regime mais gravoso do que aquele a que possui direito.

Ainda, a manutenção do condenado no regime fechado atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Carta Magna em seu art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A dignidade da pessoa humana configura-se também como princípio regente da execução penal, uma vez que fornece unidade e coerência aos demais princípios presentes em todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme afirma Nucci (2014, p. 32 - 33). Segundo o autor, o referido princípio possui dois aspectos: objetivo, que assegura aos indivíduos um mínimo existencial, e subjetivo, o qual se traduz como um sentimento de respeitabilidade que acompanha o ser humano desde o início da vida e é irrenunciável. A humanização da pena, ainda, prevê que durante a execução penal deve ser mantida a dignidade humana do preso, adotando-se, inclusive, os preceitos consagrados internacionalmente no que diz respeito à humanidade do indivíduo (JÚNIOR, 1999, p. 27).

Dessa forma, em 29/06/2016 aprovou-se a Súmula Vinculante nº 56, do Supremo Tribunal Federal, que estabelece: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

No precedente representativo da controvérsia, assim restou consignado, *in verbis*:

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. **Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.** 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou

"casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas "b" e "c"). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. **Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.** 5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. 6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o

caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. 7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94. 8. **Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.** (RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016, grifou-se)

A Suprema Corte entendeu que, em sendo mantido o apenado em regime prisional mais gravoso do que aquele a que possui direito, há violação dos princípios da individualização da pena e da legalidade, previstos nos incisos XLVI e XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, respectivamente. Determinou ainda que no caso de ausência de vagas no regime semiaberto, deve ser concedido ao preso o direito à prisão domiciliar, à saída antecipada para o regime com falta de vagas ou, enquanto em regime semiaberto, a liberdade monitorada através do uso de tornozeleiras eletrônicas. Ainda, pode ser determinado que haja o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao preso que progrida ao regime aberto até o momento em que se efetuem as medidas alternativas propostas.

Segundo Nucci (2014, p. 910), a individualização da pena ocorre em três momentos distintos. Primeiramente, há a individualização legislativa, quando o legislador cria um tipo penal e impõe determinada pena ao delito em questão. Em segundo lugar, a individualização judicial ocorre no momento da prolação da sentença penal condenatória, momento no qual o magistrado define a pena concreta e ser cumprida pelo sentenciado. Por fim, e o que interessa para a presente discussão, existe ainda a denominada individualização executória, desenvolvida durante a execução penal. Esta última é considerada mutável, tendo em vista que o réu pode cumprir a pena em sua integralidade no sistema inicialmente determinado caso não possua bom comportamento carcerário e se recuse a realizar seus deveres, assim como pode cumprir a pena em menor tempo, utilizando-se de benefícios como a remição, ou ainda, progredir de regime se cumprir os requisitos determinados em lei.

Desse modo, considerando-se que o apenado já esteja apto à progressão de regime, configura-se afronta ao referido princípio sua manutenção em regime mais gravoso. É certo que o indivíduo deve possuir a oportunidade de gozar dos benefícios que labutou para alcançar.

O princípio da legalidade, por sua vez, assegura que as penas serão executadas da forma prescrita na lei e nos regulamentos. Além de seu fundamento constitucional, tal princípio encontra-se diretamente expresso na Lei de Execução Penal, em seu artigo 2º. Para Mirabete (2000, p. 28), "se de um lado se pode impor ao condenado as sanções penais estabelecidas na legislação, observadas as limitações constitucionais, de outro não se admite seja ele submetido a restrições não contidas na lei". Uma vez que a lei prescreve que o indivíduo progredirá de regime quando cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos para tanto, claramente constitui-se como ilegalidade obstar tal garantia, gerando afronta ao citado princípio.

Na Reclamação nº 25054/MC, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, foi decidido que há a possibilidade, ainda, de cumprimento da pena em regime semiaberto em locais diversos de colônia agrícola ou industrial quando há ausência de vagas, restando decidido que: "o RE 641.320 permite que a pena em regime semiaberto seja executada em locais diversos da colônia agrícola, vedando-se apenas a sua execução no mesmo ambiente em que cumprem pena os condenados ao regime fechado. No presente caso, não restou evidente que o local em que acatada a reclamante não ofereça as condições que seriam a ela oferecidas no regime semiaberto." Nesse sentido, de igual maneira, foi o entendimento da Suprema Corte quando do julgamento da **Reclamação nº 25123**, *in verbis*:

Conforme se verifica, é certo que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, entretanto, não há que se descartar a possibilidade de cumprimento das penas do regime semiaberto em estabelecimento que não se caracteriza como colônia agrícola ou industrial. Decidiu esta Suprema Corte que os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes, como se dá na espécie. E, nessa hipótese, são aceitáveis

estabelecimentos que não se qualifiquem como colônias agrícola ou industrial para o regime semiaberto e, ainda, casa de albergado ou estabelecimento adequado para o regime aberto. A ressalva é de que não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. Isso não acontece no presente caso (**Rcl nº 25123**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgamento em 18.4.2017, DJe de 1.8.2017).

A manutenção de apenado em regime do qual já deveria ter saído configura, ainda, hipótese de constrangimento ilegal, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça. O crime de constrangimento ilegal encontra-se previsto no art. 146 do Código Penal, que possui a seguinte redação: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda". Nesse sentido, colaciona-se a decisão proferida no **Habeas Corpus nº 118.316/SP**:

**HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. PERMANÊNCIA NO REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA, PORÉM, PARA QUE O PACIENTE AGUARDE, NO REGIME ABERTO OU EM PRISÃO DOMICILIAR, O SURGIMENTO DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. 1. Evidenciado o julgamento do mérito do HC originário, resta superada eventual incidência da Súmula 691/STF. 2. O condenado agraciado com a progressão para o regime semi-aberto deve aguardar, em caráter provisório e excepcional, em regime aberto ou prisão domiciliar, o surgimento de vaga em estabelecimento adequado e compatível com o regime para o qual foi promovido. 3. Segundo pacífica jurisprudência desta Corte, caracteriza constrangimento ilegal a manutenção do paciente em regime fechado, ainda que provisoriamente e na espera de solução de problema administrativo, quando comprovado que o mesmo obteve o direito de progredir para o regime semi-aberto. 4. Ordem concedida para, caso não seja possível a imediata transferência do paciente para o regime semi-aberto, que este aguarde, em regime aberto ou prisão domiciliar, o surgimento de vaga em estabelecimento próprio, salvo se por outro motivo não estiver preso. (HC 118.316/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 25/05/2009, grifou-se)**

Por todo o exposto, infere-se que a manutenção do preso em regime mais gravoso do que aquele ao qual adquiriu direito macula a prisão com ilegalidade. Fere princípios constitucionais e infraconstitucionais, como os mencionados princípios da legalidade, da individualização da pena e, em último lugar, da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

31 presos são mortos em penitenciária de Roraima, diz governo. **g1.globo.com**, 6 jan. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/01/mais-de-30-presos-sao-mortos-na-penitenciaria-de-roraima-diz-sejuc.html>. Acesso em: 2 out. 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos**. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em: 7 out. 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 18/05/2017.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicao-emotivos-149285-pl.html>. Acesso em 29 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 491. É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional. **Diário da Justiça**: seção 1, Brasília, DF, ano 12.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959**. Relator: Marco Aurélio. São Paulo, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 25.054**. Relator: Roberto Barroso. São Paulo, 21 de setembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 964.246**. Relator: Teori Zavascki. São Paulo, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 56. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. **Diário da Justiça**: n. 165, p. 1, Brasília, DF, ano 16.

CIEGLINSKI, Thaís. Sistema carcerário é doente e mata, diz Rogério Nascimento, do CNJ. **cnj.jus.br**, 17 ago. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85245-o-sistema-carcerario-e-doente-e-mata-diz-rogerio-nascimento-do-cnj>. Acesso em: 27 set. 2017

**Convenção Americana dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 7 out. 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO. **Portal de transparência carcerária**. Disponível em: [http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/transparencia\\_carceraria/transpcarceraria.pdf](http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/transparencia_carceraria/transpcarceraria.pdf). Acesso em 4 set. 2017.

Falta de vagas nas cadeias do Sul deixa presos até dentro de camburões. **g1.globo.com**, 30 set. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/09/falta-de-vagas-nas-cadeias-do-sul-deixa-presos-ate-dentro-de-camburoes.html>. Acesso em: 2 out. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GAUER, Ruth Maria Chittó (org). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

Governo do Rio Grande do Norte confirma 26 mortes em rebelião. **folha.uol.com.br**, 15 jan. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1850078-rebeliao-em-presidio-deixa-ao-menos-27-mortos-diz-governo-do-rn.shtml>. Acesso em: 2 out. 2017.

HENRIQUES, Camila; GONÇALVES, Suelen; SEVERIANO, Adneison. Rebelião em presídio termina com ao menos 56 mortos em Manaus, diz governo. **noticias.uol.com.br**, 2 jan. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/02/rebeliao-no-amazonas-termina-com-ao-menos-50-mortos-diz-governo.htm>. Acesso em: 2 out. 2017.

JÚNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **Manual de execução penal: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO, Agapito. **Prisões: legalidade, ilegalidade e instrumentos jurídicos**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2000

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Mendonça, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NIETZCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da Moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Adeildo. **Comentários à lei de execução penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PALMA, Arnaldo de Castro; ROGÉRIO, Ivonete; NEVES, Lair Celeste Dias. **A questão Penitenciária e a Letra Morta da Lei**. 1. 3d. Curitiba, PR: JM Editora, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Raio X do sistema prisional em 2015. **especiais.g1.globo.com**, 17 mai. 2015. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/politica/2015/raio-x-do-sistema-prisional/>. Acesso em: 30 set. 2017.

Raio X do sistema prisional em 2017. **especiais.g1.globo.com**, 6 jan. 2017. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/politica/2017/raio-x-do-sistema-prisional/>. Acesso em: 30 set. 2017.

SANTOS, P. G. **As teorias da pena e suas evoluções**. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/artigos/as-teorias-pena-e-suas-evolucoes/1655>. Acesso em 7 out. 2017.

VELASCO, Clara; D'Agostino Rosanne; REIS, Thiago. AM supera PE e lidera ranking de superlotação em presídios; Brasil tem 270 mil presos acima da capacidade. **g1.globo.com**, 6 jan. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/am-supera-pe-e-lidera-ranking-de-superlotacao-em-presidios-brasil-tem-270-mil-presos-acima-da-capacidade.ghtml>. Acesso em: 30 set. 2017.

# OS MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO E A LIQUIDEZ DAS RELAÇÕES DO MUNDO PÓS-MODERNO COMO CONCRETIZADORES DO DIREITO FRATERNAL FRENTE A CULTURA ADVERSARIAL

## CONSENSUS MEANS OF CONFLICT RESOLUTION AND THE LIQUIDITY OF POST MODERN WORLD RELATIONSHIPS AS CONCRETEERS OF FRATERNAL LAW IN FRONT OF ADVERSARIAL CULTURE

Daniele de Carvalho Haurani<sup>1</sup>, José Laurindo de Souza Netto<sup>2</sup>,  
Anderson Ricardo Fogaça<sup>3</sup>

O objetivo do trabalho é investigar os meios consensuais de resolução de conflitos como mecanismos de concretização do direito fraterno no âmbito de um mundo pós-moderno. A problemática reside em analisar o papel dos métodos adequados na concretização do direito fraterno, no cenário de uma modernidade líquida, pós-moderna. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica em obras, artigos científicos e textos diversos, adotando-se o método dedutivo. Como principal contribuição do trabalho observa-se que o direito fraterno permite uma visão mais humana relativa à determinado conflito, direcionada à sociedade como um todo, viabilizando tratamento igualitário e humanizado aos litigantes. Por fim, o exame conclui haver a necessidade de vislumbrar o direito fraterno enquanto direito fundamental, apto a concretizar todos os demais direitos fundamentais.

**Palavras-Chave:** Liquidez das relações; Direito fraterno; Meios consensuais de resolução de conflitos; Direitos humanos.

The present work aims to debate about the liquidity of modern relationships, as well as, the consensual means of conflict resolution as concrete means of fraternal law. Thus, the role of fraternal law in the adversary culture rooted in the Brazilian legal system is precisely to allow a more humane vision for a particular conflict, it is a view of society as a whole and not just of the individual as one. To this end, it is necessary that fraternal law be seen as a fundamental right that aims to concretize the Principle of Dignity of the Human Person, as well as and that the other fundamental rights be analyzed from the collective perspective and not only individual. In a world where relations are increasingly brief and individualistic, the vision of fraternal law is necessary so that one can look at the other more seriously and reduce the use of the judicial means of conflict resolution with a view to equal and humanized treatment between the parts.

**Keywords:** Liquidity of relations; Fraternal right; consensual means of conflict resolution; Human rights.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Civil e Cidadania pela Universidade Unipar de Umuarama. Pós-graduanda em Direito de Família pela Universidade Faveni. Advogada. E-mail: danielehaurani@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2243-4200>.

<sup>2</sup> Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Com Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense UNIPAR. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

<sup>3</sup> Doutorando pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Desde 2015 é Juiz de Direito em 2º Grau. Atualmente é Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, gestão 2020/2021. Juiz Formador credenciado pela ENFAM. Professor licenciado da Escola da Magistratura do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9343656785887913>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8495-9443>.

## INTRODUÇÃO

Observa-se que a sociedade pós-moderna vive em meio à um cenário de um mundo líquido moderno, sinalizado pela fluidez das relações (BAUMAN, 2001, p. 21- 54) e do modo com que se interpreta o mundo.

A virada para a sociedade líquida, marca mudança tanto no comportamento social como no surgimento de diversos conflitos juridicamente relevantes.

Em contrapartida, o ordenamento jurídico, ao fomentar a resolução judicial dos conflitos, polariza as relações, trabalhando dentro da lógica do ganha-perde.

Por este motivo, pretende-se analisar o papel das técnicas consensuais de resolução de conflito no contexto de liquidez do mundo pós-moderno na concretização do direito fraterno e da visão coletiva dos direitos humanos.

No contexto de uma sociedade em que as relações são líquidas, passageiras, breves e superficiais é natural que existam mais conflitos, o que leva a necessidade de compreensão acerca dos métodos mais adequados de resolução.

O estudo do tema se justifica, na medida em que com o avanço da tecnologia, crescimento exponencial das possibilidades, facilidades e liquidez cada vez maior do mundo moderno, é inevitável o surgimento exponencial de novos conflitos. A concretização dos direitos fraternos, por seu turno, permite materialização dos direitos humanos sob o viés coletivo, garantindo eficiência, celeridade e menores custos aos envolvidos na resolução do conflito.

Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica em obras, artigos científicos e textos diversos, adotando-se o método dedutivo.

Não obstante, o estudo se desenvolverá ao longo de três capítulos. Primeiramente, analisar-se-á o contexto do mundo líquido-moderno, na sequência, adentrando-se na cultura adversarial e seu papel no Direito Fraterno. Por fim, adentrar-se-á na questão do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos como forma de concretizar o direito fraterno.

## 1 A LIQUIDEZ DAS RELAÇÕES PÓS-MODERNAS

O conceito de modernidade líquida foi difundido pelo sociólogo Zygmunt Bauman e traduz a fluidez das relações sociais.

A modernidade líquida teve seu marco inicial no período posterior à Segunda Guerra mundial, sendo que anteriormente vivia-se sob a égide de uma modernidade sólida, com relações sociais mais rígidas e duradouras (BAUMAN, 2001, p. 21- 54).

Outrossim, a modernidade líquida ficou bastante perceptível com o advento da Revolução Industrial que deu lugar ao capitalismo e fez com que as relações econômicas tivessem protagonismo se comparadas às sociais e humanas. Com o capitalismo, houve o incentivo ao consumismo que fez com que valores como moral e ética ficassem em segundo plano. O mais importante tornou-se o que se pode ter, ou comprar, ficando de lado o que se realmente é.

Tal fenômeno deu ensejo à uma modernidade composta por uma sociedade de relações frágeis, breves e

superficiais aliada ao capitalismo, moda e pensamento da época.

Para Bauman, neste cenário, as relações humanas devem ser chamadas de "conexões", pois, a relação afetiva, seja ela amorosa, ou de amizade, pode acabar a qualquer momento. O intuito das conexões modernas, para Bauman, é a busca do prazer a qualquer custo e, para tanto, buscam-se conexões (sexuais ou de amizade), o grande objetivo da sociedade moderna (BAUMAN, 2001, p. 21- 54).

Com a liquidez das relações cada vez mais presente no cenário mundial, essencial adoção em ampla medida dos meios consensuais de resolução de conflitos para que o direito fraterno seja difundido, de modo que os direitos humanos se concretizem em relação a sociedade como um todo.

## 2 A CULTURA ADVERSARIAL E SEU PAPEL NO DIREITO FRATERO

Inicialmente, cumpre salientar que o ordenamento jurídico brasileiro incentiva a presença da Cultura Adversarial, consistente no enfrentamento das partes em litígio para resolução de conflitos.

Desta forma, Ghisleni e Spengler (2011, p. 25): mencionam que o autor Elígio defende que:

(...) o direito fraterno se sustenta através dos direitos humanos, que se estabeleceram ao longo de toda a história da humanidade e possuem caráter de universalidade, já que são aplicados a todos os cidadãos. Os direitos humanos resultaram, por conseguinte, de vários processos históricos e que ainda hoje sofrem alterações em razão da globalização mundial. Resta assevera que o Direito Fraterno "coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é apenas um lugar 'comum', somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela.

O direito fraterno, portanto, nada mais é do que a aplicação dos direitos humanos partindo de um viés coletivo, não individualizado. A fraternidade foi um dos pilares da Revolução Francesa sob a justificativa de que os direitos humanos deveriam destinar-se a sociedade em geral ou até à determinados grupos, mas nunca apenas a um único indivíduo.

Ocorre que, quando se fala de direito fraterno, o enfrentamento das partes em litígio demonstra-se demasiado custoso aos envolvidos, seja pela morosidade processual, seja pela posição de rivalidade que são colocadas pelo motivo de que ao fim do processo, integral, ou parcialmente, haverá uma parte ganhadora e outra perdedora. Quer dizer que:

A ciência processual não é uma estrutura estérea, destituída de qualquer utilidade prática. Deve ter como finalidade a valorização do homem, em seus mais diversos segmentos e origens e deve colocar a técnica em prol da preservação da dignidade humana (RAMOS; MILHOMEM, 2015, p. 199).

A cultura brasileira utiliza-se da resolução de conflitos por meio da decisão judicial, o que deu origem a uma "cultura de sentenças" (GOMES, 2012, p. 133) que acabou por não alcançar o que deveria ser a maior missão da justiça brasileira: a pacificação.

Destarte, não faz muito tempo desde a vigência do paradigma do legalismo processual, com apego aos ritos e regras, deixado de lado o que verdadeiramente deveria importar, a resolução efetiva dos conflitos.

Ainda, com o advento do Código de Processo Civil e do princípio da instrumentalidade das formas e aproveitamento dos atos processuais, houve uma relativização do paradigma da legalidade pura e simples, o que veio a possibilitar, por exemplo, a aplicação do princípio da fungibilidade, bem como, a possibilidade de aproveitamento dos atos processuais quando não houver prejuízo.

Mesmo com a nova visão de que o litígio deve ter protagonismo em relação ao processo, o meio judicial ainda não se mostra totalmente eficiente para resolução de todos os conflitos, tendo em vista trabalhar dentro da lógica adversarial, com duas partes divergindo e uma decisão imposta por terceiro imparcial, estranho à lide. Outrossim, não é desconhecido que o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, um dos pilares do sistema recursal, dentre outras finalidades, visa o conformismo na parte vencida.

Com o passar do tempo as relações humanas vão ficando cada vez mais complexas, seja pela liquidez e facilidade de dissolução, seja em razão dos impactos das inovações e novas tecnologias. A complexidade deve ser reconhecida, também, no que se refere ao debate em torno das igualdades e diferenças que constituem um conflito, principalmente, em se falando em um direito fraterno.

Neste contexto, surgem para o Direito novos desafios, principalmente, no que concerne ao direito fraterno, capaz de desconstituir conceitos ultrapassados da ciência jurídica processual.

### **3 A NECESSIDADE DOS MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ALIADA AO DIREITO FRATERO**

O princípio da fraternidade tem se mostrado um dos mais difíceis de concretizar, visto que constantemente encontra-se atrelado à questões religiosos, perdendo sua característica de categoria jurídica.

Não obstante, é reflexo da necessidade dos indivíduos em exercerem uma humanidade necessária às relações interpessoais e que fará com que o direito seja mais justo. Tal conceito vai diretamente ao encontro da constatação de que as relações pós-modernas são demasiadamente líquidas.

Segundo Bauman (2001), a palavra "liquidez" traduz o desapego, individualização e insegurança que marcam as relações na pós-modernidade, constantemente mutáveis.

Na pós-modernidade, a mobilidade e velocidade deixam de ser necessidade, para ser obrigações, o que acentua ainda mais a fluidez, marco da modernidade e que acaba por impor resposta célere e simplificada do Poder Judiciário.

A nova fase da humanidade torna ainda mais difícil se falar em direito fraterno. No entanto, apesar da presença

da brevidade e superficialidades das relações, o direito fraterno é necessário à manutenção e respeito dos direitos humanos como um todo.

Mudança de paradigma necessária ao direito brasileiro, o direito fraterno traduz a necessidade de novos métodos de resolução de conflitos, para além da custosa judicialização.

Noutras palavras, "Direito e a Fraternidade possuem um caráter de complementaridade que atravessa séculos e que possivelmente, se perpetuará no tempo, como forma de realização da vida em comunidade e da harmonização social" (BASTIANI; PELLENZ, 2015, p. 97 - 98).

Destarte, deve ser interpretado como direito metaindividual, fundamental de terceira dimensão, ao passo que destinado à "proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa" (CUNHA JÚNIOR 2013, p. 599). Em verdade, são direitos que se referem a sociedade como um todo e não a pessoa individualizada como ocorria até o momento.

O Direito Fraterno surgiu pouco após a Segunda Guerra Mundial, período marcado por grande necessidade de reconhecimento dos direitos coletivos, e reflete a visão de que a natureza do direito é conflituosa e a fraternidade, por sua vez, harmônica.

Noutras palavras, o direito fraterno é uma grande proposta às esferas política e jurídica, visto que busca a superação da igualdade meramente formal, em reconhecimento da diversidade e alteridade (BRUNET, s.d., p. 14).

De forma exemplificativa, o direito fraterno pode se manifestar quanto aos:

(...) direitos da paz autodeterminação dos povos, ao reconhecimento recíproco de direitos entre vários países, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade, ao desenvolvimento e à comunicação, e outros direitos difusos que pertencem às denominadas futuras gerações. (NEVES, Gabriela Angelo, 2017, s.p.).

Direito metaindividual que é, traduz a necessidade de consciência do indivíduo quanto ao fato de estar inserido em um corpo social, composto das mais diversas relações intersubjetivas que formam a comunidade social. Sua principal função, é preservar a existência de grupos e não de indivíduos.

Além de obrigação moral, o direito fraterno deve ser tratado como pilar fundamental para construção de uma sociedade dentro de um Estado de Direito, tendo em vista sua importância e o dever de solidariedade que transmite.

Outrossim, ainda pode ser visto como desdobramento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo assim, "a proposta fraterna é o embasamento teórico da mediação e das demais formas alternativas de resolução de conflitos sociais, pois insere uma cota de complexidade no primado do justo sobre o bom" (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 24).

O direito fraterno traz novo viés para dignidade da pessoa humana. Embora se refira ao indivíduo, tem por enfoque principal o coletivo, as relações construídas pela sociedade como um todo. Entende que o diálogo e a

resolução consensual de conflitos são sempre os caminhos menos custosos para as partes envolvidas e, inclusive, os únicos capazes de materializar a Dignidade da Pessoa Humana tal qual idealizada pela Constituição Federal de 1988:

Evidencie-se que “viver com dignidade” implica não somente na concessão de direitos, mas na concretização da autodeterminação e no estabelecimento de condições de efetivação dos direitos humanos; fazendo-se, primordial o desenvolvimento da ideia de pacificação, que pode ser alcançada pela mediação (RUIZ; BEDÊ, 2009, p.9068). (Neves, Gabriela Angelo, 2017, s.p.).

A reciprocidade por ele trazida faz com que cada indivíduo se preocupe com o próximo procurando a formação de uma sociedade mais humana, para tanto, sendo necessária, a superação da cultura da judicialização.

Os meios consensuais de resolução de conflito, por seu turno, criam ambiente harmônico e resgatam uma relação que, à luz da leitura de Bauman, se apresenta frágil e superficial. Ademais, ao trazerem o diálogo para as relações, acabam por manter o vínculo entre os sujeitos, com perpetuação da relação (SOUZA; HERINGER, 2015, p. 4).

## CONCLUSÃO

Com o advento da modernidade líquida, as relações passaram a se romper mais facilmente, dando lugar ao crescimento exponencial dos conflitos.

Somado a isso, a cultura adversarial teve como resultado o abarrotamento do Judiciário e a resolução deficitária dos conflitos.

Neste contexto, é fundamental a inserção em larga medida da lógica do direito fraternal na resolução dos conflitos, ao passo que, direito metaindividual que é (de terceira dimensão), permite a construção de uma sociedade voltada a persecução e concretização dos direitos humanos.

O direito fraterno juntamente com os meios consensuais de resolução de conflitos, são mecanismos capazes de romper com a cultura adversarial. A percepção fraternal de diálogo atenua a rivalidade advinda da judicialização e proporciona sensação de igualdade entre as partes para que a paz seja alcançada.

O direito fraterno é, portanto, o olhar necessário a liquidez das relações modernas para que a sociedade passe a enxergar os direitos humanos de forma coletiva e não apenas de forma individual. Somente com o seu uso é que poderá haver a completa concretização dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

BASTIANI, Ana Cristina Bacega de; PELLEZ, Mayara. **Uma análise sobre fraternidade e direito: perspectivas para o século XXI.** //: RJLB, a. 1, n. 5, 2015, p. 91-104. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/5/2015\\_05\\_0091\\_0104.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_0091_0104.pdf). Acesso em: 10 jan. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** ed. Zahar, 2001.

BRUNET, Karina Schuch. **Contemporaneidade, Democracia e Decisão judicial.** //: 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES. Disponível em: <http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/analise/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/contemporaneidade-e-processo/e6-05.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 3.ed. Bahia: JusPodivim, 2013.

FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane; NETTO, José Laurindo de Souza. As audiências de conciliação e mediação nos conflitos envolvendo a Fazenda Pública. **Revista Digital De Direito Administrativo**, v. 7, n. 2, p. 252 - 268. ISSN-L: 2319-0558 - Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7i2p252-268>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/166599>. Acesso em: 10 fev.2021.

GARCEL, Adriane; FOGAÇA, Anderson Ricardo; SOUZA NETTO, José Laurindo de. Métodos Autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de Covid-19: online dispute resolution - ODR. **Revista Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 1, n. 26 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/Revrim.a.v2i27.3989>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3989> . Acesso em: 17 fev. 2021.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal.** Disponível em: <http://repositorio.unisc.br:8080/jspui/bitstream/11624/1828/1/Media%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos%20a%20partir%20do%20Direito%20Fraternal.pdf> . Acesso em: 22 set. 2020.

GOMES, Marina Pereira Manoel. **Mediação comunitária e o princípio da solidariedade: o acesso à justiça pela disseminação da cultura da paz nas comunidades.** Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/2505-marina-pereira-manoel-gomes/file>. Acesso em: 22 set.2020.

GUILHERME, Gustavo Calixto; NETTO, José Laurindo de Souza; GARCEL, Adriane. A Responsabilidade Civil Pelos Riscos do Desenvolvimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas.** ISSN: 2178-2466, v. 20, n. 38, 2020, pp. 97-113. DOI: <https://doi.org/10.31512/rdj.v20i38.150>. Disponível em: <http://san.uri.br/revistas/index.php/direitojustica/article/view/150>. Acesso em: 10 fev.2021.

MENDES, Natalia Dutra; TEIXEIRA, Sangella Furtado; RANGEL, Tauã Lima Verdán. **Mediação e Direito Fraternal.** Disponível em: <http://camob.com.br/2019/02/06/mediacao-direito-fraternal/>. Acesso em: 10 jan 2021.

NETTO, José Laurindo De Souza; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL, Adriane. COCHRAN III, Augustus Bonner. O Processo Civil Constitucional e os Efeitos Do Princípio Da Cooperação na Resolução de Conflitos. **Revista Jurídica - UNICURITIBA.** ISSN: 2316-753X v. 2, n. 59, 2020. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4411>. Acesso em: 17 fev.2021.

NETTO, José Laurindo de Souza; LEAL, Jenyfer Michele Pinheiro; GARCEL, Adriane. **Mediação comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano. *Relações Internacionais no Mundo Atual***, v. 3, n. 28, p. 39 - 56, nov. 2020. ISSN 2316-2880. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4542>. Acesso em: 17 fev. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v3i28.4542>.

NETTO, José Laurindo de Souza; LEAL, Jenyfer Michele Pinheiro; GARCEL, Adriane. **Solução promissora à resolução de conflitos: utilização das técnicas de harvard e da teoria dos jogos na mediação. *Percurso***, v. 5, n. 36, p. 327 - 355, dez. 2020. ISSN 2316-7521. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/4824>. Acesso em: 17 fev. 2021.

NEVES, Gabriela Angelo; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Direito Fraternal e sua aplicação no Cenário Jurídico Brasileiro: a cultura do empoderamento e da solidariedade versus sistema adversarial. *Disponível em: http://www.fecema.org.br/arquivos/2472***. Acesso em 4 out. 2020.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; MILHOMEM, Maria José Carvalho de Sousa. **Acesso à justiça: quando a morosidade e litigiosidade representam entraves à realização da justiça. *Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/acessojustica/article/view/356#:~:text=Observa%2Dse%20que%20ambos%20os,obst%3%A1culos%20ao%20acesso%20%3%A0%20justi%3%A7a.&text=Objetiva%2Dse%20demonstrar%20como%20a,da%20tutela%20prestada%20pelo%20Estado***. Acesso em: 20 de set. 2020.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Mediação e Direito Fraternal. *Disponível em: https://www.adambrasil.com/mediacao-direito-fraternal***. Acesso em: 4 out. 2020.

SOUZA, Patrick Borges Ramires de; HERINGER, Astrid. **A escola e suas potencialidades: mediando conflitos em prol do Direito Fraternal e da cultura da paz. *In: Anais da Semana Acadêmica. Fadisma Entrementes. ISSN: 2446-726X, 12. ed. 2015.***

SPENGLER, Fabiana Marion. **O direito fraternal como alternativa à jurisdição na resolução de conflitos sociais. *Disponível em: https://www.diritto.it/o-direito-fraternal-como-alternativa-a-jurisdicao-na-resolucao-de-conflitos-sociais/#:~:text=As%20formas%20alternativas%20de%20resolu%3%A7%C3%A3o,que%20aposta%20no%20bem%20comum***. Acesso em: 4 out. 2020.

VIAL, Sandra Regina Martini. **Direito fraternal na sociedade cosmopolita. *In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, jul.-dez., 2006, p.119-134. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/79069559.pdf***. Acesso em 10 jan. 2021.