



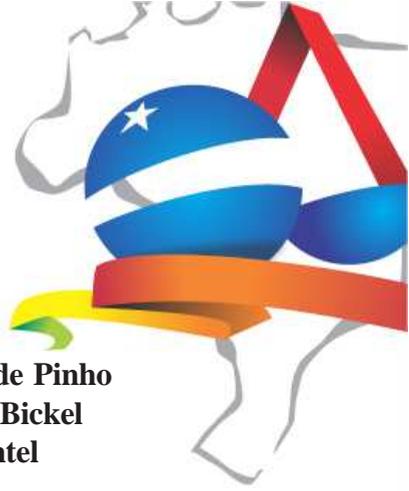
ANAI S

XII CONGRESSO BRASILEIRO DIREITO E TEORIA DO ESTADO

VIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO





Organizadores
Emanuelle Ferreira Melo de Pinho
Janaina Silveira Castro Bickel
Reinaldo Silva Pimentel

A N A I S

**XII CONGRESSO BRASILEIRO DIREITO E
TEORIA DO ESTADO**

**VIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE
DIREITOS HUMANOS**



Anais Congresso Brasileiro Direito e Teoria do Estado
Seminário Internacional de Direitos Humanos

v. 12, n. 1/2015

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO

EXPEDIENTE

Os Anais do Congresso Brasileiro de Direito e Teoria do Estado e do Seminário Internacional de Direitos Humanos visam divulgar o evento e integrar as informações entre discentes, docentes e a comunidade – tanto acadêmica quanto a sociedade como um todo. O nível internacional do Congresso e do Seminário, que são uma realização da Faculdade de Direito Santo Agostinho, é exposto com a lista dos Palestrantes.

Faculdade de Direito Santo

Agostinho

Av. Donato Quintino, 90, B: Cidade Nova - Montes Claros - MG. CEP: 39400-546

Organizadores:

Emanuelle Ferreira Melo de Pinho;
Janaína Silveira Castro Bickel;
Reinaldo Silva Pimentel

Editoração gráfica:

Maria Rodrigues Mendes

C749 XII Congresso Brasileiro Direito e Teoria do Estado e VIII Seminário Internacional de Direitos Humanos (2.: 2015: Montes Claros). Anais do XII Congresso Brasileiro Direito e Teoria do Estado e VIII Seminário Internacional de Direitos Humanos, v. 2, n. 1, 2015, Montes Claros / organizado por: Emanuelle Ferreira Melo de Pinho; Janaína Silveira Castro Bickel; Reinaldo Silva Pimentel (Orgs.). [realização: Faculdade de Direito Santo Agostinho]. 111 p.

ISSN: 2236-1111

1. Anais. 2. Direito. 3. Teoria do Estado. 4. Direitos humanos. I. Título.

CDU: 34(063)

Ficha catalográfica

Catálogo Bibliotecas Santo Agostinho
Vinícius Silveira de Sousa – Bibliotecário – CRB6/3073



A Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA) tem por missão institucional propiciar o ensino, a iniciação à pesquisa e a extensão com qualidade, por meio de uma sólida formação humanística, ética, interdisciplinar e prática, formando indivíduos comprometidos com o desenvolvimento econômico, político, social e cultural da sociedade em que estão inseridos.

Sumário



MODALIDADE RESUMOS	9
DUALISMO <i>VERSUS</i> MONISMO: uma análise necessária <i>Arnon Arruda Simoes</i>	11
A PRIVATIZAÇÃO DA AMBIVALÊNCIA UMA ANÁLISE DA SOCIEDADE E O REFLEXO NO DIREITO <i>Antônio Maria e Silva, Igor Ramos Rosa</i>	13
A INFLUÊNCIA DAS POLÍTICAS MUDIÁTICAS NO DESENVOLVIMENTO DA INTOLERÂNCIA E O SURGIMENTO DE CRISES ESTATAIS <i>Lamara Stefane Soares Santos</i>	15
LIQUIDEZ E CERTEZA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO <i>Sílvio de Sá Batista</i>	17
PLURALISMO QUÂNTICO E OS LIMITES DO DIREITO À DIFERENÇA <i>Ceideman Rodrigues Pereira</i>	19

MODALIDADE ARTIGOS CIENTÍFICOS.....	21
O IMPEACHMENT E A CRISE DE LEGITIMIDADE DAS INSTITUIÇÕES	
<i>Afonso Soares de Oliveira Sobrinho.....</i>	<i>23</i>
CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	
<i>Afonso Soares de Oliveira Sobrinho.....</i>	<i>31</i>
“VOCÊ JÁ REPAROU NOS OLHOS DELA? SÃO ASSIM DE CIGANA OBLÍQUA E DISSIMULADA”: intercessões entre Direito e Literatura uma análise do conceito de culpabilidade através da personagem Capitu, de Machado de Assis	
<i>Betânia Gusmão Mendes.....</i>	<i>41</i>
REINTEGRAÇÃO SOCIAL E RECONHECIMENTO SOCIAL: DESAFIOS NO PROCESSO DE SOCIALIZAÇÃO DO EGRESSO DO SISTEMA PRISIONAL?	
<i>Ilenice Soares de Freitas Muniz, Eliel Muniz Durães.....</i>	<i>59</i>
EUTANÁSIA: EMBATE ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS	
<i>Tatiane Santos Neves, Thiago de Souza Moreira.....</i>	<i>73</i>
INCONSTITUCIONALIDADE DA DECADÊNCIA EM FACE AO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDENCIA SOCIAL	
<i>Sílvio de Sá Batista.....</i>	<i>93</i>



Modalidade
Resumo

**DUALISMO VERSUS MONISMO:
uma análise necessária**

*Arnon Arruda Simoes**

Percebe-se um embate existente no Direito Internacional das correntes *dualista* e *monista*, que versam sobre a situação jurídica das normas internacionais, ou sua condição de aplicabilidade e eficácia, bem como a receptividade das duas correntes supracitadas no ordenamento jurídico pátrio. Esta problemática pode ser observada na prática em caso de conflito de normas internacionais e internas regulando um mesmo tema. Nesta situação surgem pontos controversos: qual norma deve prevalecer para regulamentar o tema? Há hierarquia entre tais normas? Assim sendo, os objetivos do presente trabalho são: analisar as correntes mencionadas no plano internacional; constatar qual é a adotada no Brasil e problematizar se o posicionamento adotado é o mais adequado à realidade nacional. O debate em comento tem ganhado força, especialmente em razão da atuação de grupos extremistas em diversos países e a luta em prol da efetividade transnacional dos Direitos Humanos, o que justifica a presente comparação. Para a presente pesquisa, a metodologia empregada foi a análise da fortuna crítica acerca do tema. Adentrando nas correntes mencionadas, verifica-se que a dualista defende a existência de duas ordens jurídicas independentes, a externa e a interna. Assim, as ordens referidas não entrariam em conflito, pois enquanto uma regularia questões internacionais, a outra cuidaria de assuntos internos. Ademais, para um preceito do Direito Internacional ter eficácia na ordem interna seria preciso a aquiescência estatal, internalizando tal disposição. Esse processo pode ser radical (mediante lei em sentido

* Acadêmico do quinto período de Direito das Faculdades Santo Agostinho de Montes Claros – MG. E-mail: arnonarruda@outlook.com

estrito) ou moderado (por qualquer ato formal do Estado). O monismo, baseando-se na unicidade do Direito, prega a existência de apenas uma ordem jurídica, sendo composta do Direito Internacional e do Direito interno, destarte, normas internacionais teriam aplicação imediata na ordem interna. Havendo antinomias entre preceitos internacionais e internos, o monismo subdivide-se em *internacionalista* (primazia do Direito Internacional) e *nacionalista* (primazia do Direito interno). Apreciando as duas correntes abordadas, pode-se problematizar alguns pontos sobre o dualismo, pois este não é capaz de explicar como normas internacionais se aplicam a Estados, ainda que não assintam, em razão do princípio *pacta sunt servanda*; também, minimiza a noção da responsabilidade internacional estatal. Já o monismo, permite melhor atuação internacional na defesa dos Direitos Humanos e combate ao terror, a exemplo do “Estado Islâmico”. Cumpre ressaltar que o monismo *internacionalista* incorre no mesmo erro do dualismo, o de menosprezar a construção de direitos coletivos às gentes, independente da nacionalidade. O Brasil adota o dualismo moderado, pois a internalização de tratados se dá mediante decreto legislativo, espécie normativa cuja tramitação é mais simples do que a de uma lei em sentido estrito. Todavia, o Supremo Tribunal Federal já admitiu que o *Pacto de San José da Costa Rica* revogasse disposição constitucional acerca da prisão civil do depositário infiel. Portanto, os resultados apontam que o monismo mostra-se mais afinado às necessidades hodiernas da sociedade internacional. Ademais, conclui-se que a posição adotada pelo Brasil nesta discussão deve ser revista no sentido de alinhar-se ao monismo nacionalista.

Palavras-chave: Dualismo; Monismo; Brasil.

**A PRIVATIZAÇÃO DA AMBIVALÊNCIA
UMA ANÁLISE DA SOCIEDADE E
O REFLEXO NO DIREITO**

*Antônio Maria e Silva**
*Igor Ramos Rosa***

A privatização da ambivalência na sociedade pós-moderna e seus malefícios à sociedade. A sociedade contemporânea encontra-se mergulhada em uma rotina frenética de ação e reação, gerando relações objetivas. Tal objetividade acarreta a padronização do indivíduo, seja no âmbito cultural, social, acadêmico e profissional. Desta forma, procura-se investigar: Quais malefícios a privatização da ambivalência provoca na sociedade pós-moderna? Com o objetivo de expor o quão nocivo a padronização se mostra para a formação do homem e, conseqüentemente para a construção da sociedade. Além de apresentar possíveis conseqüências para o campo jurídico. A justificativa deste estudo, dá-se em face da importância em analisar as relações humanas e como estas são conduzidas, pois, influenciam de forma direta e indireta na esfera, social, cultural e jurídica. Para o desenvolvimento utiliza-se como método o estudo da Teoria da Privatização da Ambivalência, apresentada pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, em sua obra *Modernidade e Ambivalência*. Não obstante, fora observado a construção histórica ao decorrer de um fragmento da linha espaço-tempo da Idade Contemporânea, especificamente entre a Segunda Guerra Mundial e os dias de hoje. É válido ressaltar a abordagem Kantiana realizada neste estudo em face da Privatização

* Acadêmico do curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho. E-mail: antoniomariaesilva@gmail.com

** Professor orientador. Professor de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. E-mail: igorramosr@hotmail.com

da Ambivalência. No que tange a sociedade, é perceptível a padronização do indivíduo, ocasionada pela simplificação das relações intersubjetivas. Como expõe Bauman, o indivíduo tem sua autonomia através da submissão, que se dá quando o homem abandona suas convicções, pensamentos e experiências em prol de uma suposta liberdade. Liberta-se de pensar, de escolher e de conhecer a razão do ser ou, do porquê de ser. Assim, a sociedade busca tão somente respostas e, não se atem ao caminho que essas percorreram. Logo, o indivíduo é reduzido a uma máquina gerando a padronização da sociedade, reduzindo-a a um mero “sim ou não”. Nessa perspectiva, é possível observar a criação de um Estado aparentemente utópico, em que a ambivalência – desordem em determinado padrão – não mais existirá. A falsa crença em um sociedade utópica padronizada, nada mais é que o início do que viria a ser um Estado Totalitário. A dicotomia, “sim e não”, acarreta o fim de contradições, o que impede por sua vez novos pensamentos, retirando a individualidade do ser humano. Dessa forma, esse se torna tão somente uma peça, dentro de uma sociedade pautada na coisificação, opondo-se inteiramente a valorização do homem, defendida pelo filósofo alemão Immanuel Kant. Não obstante a isso, o Direito, enquanto reflexo da sociedade, sofre certa regressão no que tange a sua aplicação. Levando em consideração a possível simplificação das relações humanas, o Direito também seria simplificado, acarretando a mera aplicação “fria” da lei. Através destas premissas, percebe-se que a privatização da ambivalência, acarreta a desvalorização do indivíduo, subjugando-o a tão somente um objeto-membro da sociedade a qual está inserido. Resulta na padronização da sociedade e conseqüentemente o campo jurídico, no que toca sua aplicação. Portanto, é necessário abolir tal comodismo – materializado na aceitação daquilo que é imposto como definido à sociedade – e buscar cada vez mais a individualidade no pensar, no falar e no agir.

Palavras-chave: Ambivalência; padronização; direito.

A INFLUÊNCIA DAS POLÍTICAS MIDIÁTICAS NO DESENVOLVIMENTO DA INTOLERÂNCIA E O SURGIMENTO DE CRISES ESTATAIS

*Lamara Stefane Soares Santos**

Buscou o presente trabalho debater acerca da importância da mídia na promoção da paz social e prevenção de conflitos armados e civis na defesa do multiculturalismo. O mundo contemporâneo é permeado de costumes, valores e padrões éticos diferentes. No entanto, os conflitos nacionais e internacionais crescentes demonstram que a discriminação e a intolerância com o outro cresce em larga escala. A falta de diálogo entre os sujeitos, a intolerância de liberdade cultural, a negativa de se expressar e ter sua opinião respeitada acarretam a desestabilização de governos; ocasionando conflitos, fragilizando a democracia e prejudicando o desenvolvimento econômico-social do país. No mundo rápido e globalizados em que vivemos, as relações humanas e as crises sociais extrapolam o tempo e o espaço. É nesta relação de dependência do indivíduo com uma multiplicidade de informações que se posicionam os meios de comunicação como mediadores entre cidadãos e os eventos sociais. O acesso à informação colabora para um equilibrado funcionamento da democracia. Uma sociedade bem informada e atualizada é mais bem capacitada para entender o que acontece no cenário interno e externo, bem como julgar e escolher o futuro que pretende seguir. Por isso, são essências à mídia a liberdade, traduzida na sua independência, e a pluralidade, demonstrada nas diversas fontes de informações. A liberdade de imprensa é basilar para a construção de sociedades inclusivas e para o reconhecimento e promoção dos direitos humanos. Mas para tanto,

* Acadêmica do 8º período de Direito das Faculdades Santo Agostinho de Montes Claros – MG. E-mail: lamaras@ig.com.br

também se requer que os profissionais da mídias e chefe de governos soberanos tenham compromisso com a verdade e com a ética, para que o trabalho midiático não se transforme em uma ameaça social. Quando os meios midiático são corrompidos por grupos extremistas ou governos que desencadeiam o discurso de ódio e intolerância, a mídia não consegue promover o diálogo intercultural e passa ser refém de ideologias extremista que não respeitam os direitos humanos. Ademais, servem como meio de manipulação sobre os países e indivíduos mais frágeis. Assim, os meios midiáticos ainda sofrem alguns empecilhos que chamam a atenção em âmbito nacional e internacional, em assuntos como: a liberdade de expressão em países ditatoriais e extremistas, que restringem a garantia da pluralidade de informação e o compromisso com a verdade. Bem como, pela falta de proteção dos profissionais dos meios de comunicação nos campos onde os direitos humanos estão sendo violados. Portanto, observa-se que os meios de comunicação em massa são instrumentos ativos na construção de um mundo plural, que respeite a diversidade dos povos, que defenda a liberdade de expressão e a divulgação de informações livres. Além de ser o intermediador para a sociedade no que tange a fiscalização das garantias aos direitos humanos. Com uma mídia engajada nas questões sociais é possível haver indivíduos mais atuantes. Uma vez que ao ser permitido maior espaço para a propagação de ideias e acesso à pluralidade de informações é crível haver maior diálogo multicultural e a garantia da paz social. A presente pesquisa foi realizada em modalidade bibliográfica, com método dedutivo de abordagem e procedimento histórico.

Palavras-chave: mídia, intolerância e Estado.

LIQUIDEZ E CERTEZA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

*Sílvio de Sá Batista**

Ao instituir o Estado Democrático de Direito (art. 1º CF/88), o povo, no plano constituinte de direitos, apresentou um programa - Político-Constitucional - para a construção da sociedade brasileira. A proposta constitucional inaugura um novo paradigma de Estado, rompendo legalmente com as “teorias” de Estado Liberal ou Social. Nessa linha conjectural, a operacionalização dos direitos fundamentais se enuncia por uma fiscalidade processual autocrítica (devido processo), traço diferenciador dos paradigmas de direito liberal (produtor/consumidor) e de direito social (produtor/ações afirmativas). Os órgãos que compõem a estrutura organizacional do Estado Constitucional Democrático - legislativo, executivo, judiciário - têm operacionalizado o programa de direitos fundamentais por matrizes teóricas (ideologias) de cunho liberal ou social. Tais paradigmas estatais, por se tratar de ideologias, assumem um papel interdital em relação à liquidez e certeza dos direitos fundamentais. Desse modo, a efetividade de uma sociedade democrática, estabilizada a partir de uma igualdade fundamental, torna-se uma proposta intangível. A saída é conceder à autoridade a prerrogativa de conduzir o direito democrático por mecanismos interditalis como reserva do possível, proporcionalidade, adequabilidade e razoabilidade. Demonstrar que a construção e a operacionalização do direito, no paradigma de Estado Democrático,

* Advogado. Mestre em Direito Processual pela PUC/MG Pós-Graduado *lato sensu* (Especialista) em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC MINAS). Assessor do INPEJ - Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Professor de Direito Processual do Centro Universitário Santo Agostinho e da Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG). Email: silvio.desa@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1073940478325195>.

deve ser encaminhado a partir da teoria processual de maior grau explicativo quanto à implementação dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, instituídos no plano constituinte, pertencem a um conjunto de direitos líquidos (autoexecutivos) e certos (infungíveis), passíveis apenas de lesão ou ameaça se concretizados *ex-officio* pelo Estado. Segundo a teoria neoinstitucionalista do processo, fundada em uma epistemologia autocrítica, os direitos fundamentais equivalem a um título executivo, que, por ser revestido de liquidez e certeza, impõe uma imediata satisfação como devido *a priori* pela administração. Tal entendimento é inconcebível nos paradigmas de Estado Liberal ou Social, uma vez que, de acordo com essas concepções estatais, a efetividade dos direitos fundamentais depende da fidedignidade da autoridade, legislativo, executivo, judiciário. A teoria neoinstitucionalista adota o método popperiano ($P_1 \rightarrow TT \rightarrow EE \rightarrow P_2$) para a construção e operacionalização do direito democrático. Para que o destinatário normativo se reconheça como autor da norma, como quer Habermas, é preciso desenvolver um mecanismo capaz de impedir que a linguagem jurídica seja capturada por dogmas. Por isso, para encaminhar o programa constitucional de direitos, é preciso escolher, entre as teorias processuais, a mais resistente à crítica científica.

A ausência de uma teoria processual autocrítica, habilitada a construir e operacionalizar o direito democrático, impõe que o sistema jurídico seja estabilizado por meio de ideologias e crenças. De acordo com esse entendimento, a sociedade sempre terá de conviver com níveis de desigualdade, posto que os paradigmas liberais e sociais de Estado não vislumbram a perspectiva de um direito que permita reduzir a massa de conflitos entre os povos.

Em uma concepção neoinstitucionalista, o processo é eixo teórico-linguístico instituinte da formação da vontade para a obtenção do melhor argumento. O devido processo se torna, assim, instituto jurídico autocrítico de legitimação discursiva de criação e operacionalização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Teoria neoinstitucionalista. Direitos fundamentais.

PLURALISMO QUÂNTICO E OS LIMITES DO DIREITO À DIFERENÇA

*Ceideman Rodrigues Pereira**

Quando se fala do ser humano, observando-se suas formas de ser, seus modos e atitudes, parece não haver opções em encontrar as melhores respostas, talvez porque busca-se ideologias cíclicas, quando se trata de um ser que está em constante movimento, e nesse dinamismo, adquire uma forma para cada tipo de variação. Com base na mecânica quântica não se sabe exatamente a localização de um elétron num átomo, mas conhecendo a sua trajetória é sabido que em algum instante ele percorrerá esse caminho e serão verificados os seus vestígios. No entanto, um elétron nunca poderá ser identificado em um único instante, isso porque se trata de uma partícula-onda, ora funciona como corpo, ora como luz. Então, não se pode congelá-lo num instante. Isso seria possível se ele se comportasse apenas como partícula, mas, além disso, a natureza lhe proporcionou a capacidade de ser luz, algo que não se pode esquadriñar. Diante disso, pode-se inferir que quanto à capacidade e limitação, como seres humanos, todos são iguais, possuem as mesmas formas. No entanto, quanto às perspectivas morais ou éticas, opiniões ou sentimentos podem ser diferentes. Fazendo analogia à teoria quântica pode-se concluir que a vida no homem não se reduz somente às leis físicas. Há algo nesse ser que não é apenas matéria, que não adquire forma apenas corpuscular, mas também possui algo imaterial, intangível, que o faz ser único, diferente. Muitas teorias de filósofos, cientistas, historiadores, monarcas, ditadores e escritores foram plausíveis ao momento histórico que se encontravam. Hoje, pode considerá-las

* Acadêmico do 2º período do curso de direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. E-mail: cleideman@outlook.com

ou não, porque a sociedade já se tornou outra. Então, percebe-se uma forma para uma variação. Entretanto, quanto aos limites à diferença, cabe a ponderação do direito de acordo com observação da normatização vigente. O presente estudo objetiva analisar se é possível viver numa sociedade com tantas diferenças, se todos são considerados iguais, fazendo analogia à teoria quântica, em uma abordagem metodológico-dedutiva e bibliográfica, tendo como exemplo o princípio da incerteza de Heisenberg, da dualidade da matéria, para ilustrar a composição física e imaterial do ser humano. Também, nesse sentido, fazer a relação com o direito à diferença, tendo como premissa a análise dos limites do direito à luz dos princípios da isonomia, da liberdade e da dignidade humana descritos na Constituição Federal Brasileira de 1988. Assim, conclui-se que é possível viver numa sociedade pluralista, permeada de ideias individuais se os limites das atitudes humanas forem considerados observando-se as ponderações do direito.

Palavras-chave: diferença, direito, limite.



Modalidade
Artigos Científicos

O IMPEACHMENT E A CRISE DE LEGITIMIDADE DAS INSTITUIÇÕES

*Afonso Soares de Oliveira Sobrinho**

RESUMO: Passados 26 anos da Constituição de 1988 a democracia brasileira vive um impasse. Como efetivar os direitos fundamentais? O golpe de 1964 e o tortuoso processo de redemocratização revelam algo mais que um tempo de lutas pela liberdade. A Justiça Social parece cada dia mais distante do povo. Ao mesmo tempo a classe dominante não vislumbra desenvolver o país a partir das premissas de oportunidade e capacidades humanas que permitam a superação da pobreza, a educação de qualidade, e o combate à miséria e ao debate profícuo. Prefere-se apostar em ações de pobreza de espírito, sem que se ofereça alternativas de unam norte e sul, leste e oeste em torno do projeto nacional que contemple a diversidade. Portanto a política como campo de legitimidade e ética está contaminada por grupos econômicos e clãs financiadores e beneficiários de campanhas milionárias que ajudaram a eleger representantes hoje ilegítimos. Assim a fonte da corrupção está na raiz da simbiose público-privado que mantém os “donos do poder” com o status quo do passado e do presente. Ao mesmo tempo em que se aposta no impeachment como instrumento de manter as desigualdades. Portanto como campo jurídico-político trata-se de mecanismo imediatista, os que apostam na medida extrema sem que se comprove a materialidade de atos praticados lesivos ao patrimônio público no exercício do mandato e se observe a lei 1079/50, §4º, § 9º e seguintes, bem como a Constituição Federal de 1988. Nesse diapasão analisaremos neste

* Doutor em Direito pela FADISP, Advogado. E-mail: affonsodir@gmail.com.

artigo a relação entre o impedimento e a crise de legitimidade das instituições relacionado aos interesses de grupos em detrimento das regras democráticas.

Palavras-chave: Impeachment; Cordialidade; Autoritarismo; Democracia.

1 INTRODUÇÃO

A crise ronda os poderes pelo País adentro, desde a famigerada lista de políticos investigados por supostos atos de corrupção, empresários ligados à empreiteiras. Ao mesmo tempo se apontam culpados, se discute a extensão da responsabilidade por atos de improbidade administrativa ao longo de décadas de governos de direita, centro e esquerda. Indaga-se até onde se vai a culpa daqueles que prometem “maravilhas” em períodos eleitorais e acabada a eleição demagogicamente buscam culpar até mesmo os santos pela crise. Não reconhecem a mentira política como um mal que aflige nossa democracia. Ao mesmo tempo descontentes ávidos por mudança para manter seu poder econômico querem trocar “seis por meia-dúzia” num fulminante impeachment e como se fosse possível passando pela soberania popular num passe de mágica se colocaria no trono o seu candidato preferido mas que nem sempre próximo do desejo da maioria. Ou seja, primeiro se retira quem não se deseja depois se volta ao velho “Pão e Circo” dos domingos e do futebol

2 O IMPEACHMENT COMO INSTRUMENTO POLÍTICO-JURÍDICO

À luz da questão em análise vejamos inicialmente o entendimento do significado do termo impeachment:

[...] processo político-criminal instaurado por denúncia no Congresso para apurar a responsabilidade, por grave delito ou má conduta no exercício de suas funções, do presidente da República, ministros do Supremo Tribunal ou de qualquer outro funcionário de alta categoria.

[...] este mesmo processo, no nível estadual, em que é apresentada denúncia à Assembleia Legislativa com o fim de destituir o governador do seu cargo;

[...] processo semelhante, no nível municipal, em que se apresenta denúncia à Câmara de vereadores com a finalidade de destituir o prefeito.

[...] na verdade, segundo seus matizes semânticos, corresponde a: desacreditamento, descredenciamento, despojamento, apeamentoetc, e na acp. Jur impedimento, destituição [...]. (HOUAISS, 2001, p. 1578)

A lei 1079/50 dispõe sobre os crime de responsabilidade:

Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

[...] V - A proibidade na administração;

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a proibidade na administração:

[...] não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;

[...] proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo. (BRASIL, Lei 1079/50).

A administração pública é regida pelos princípios do art. 37, caput da carta Magna entre os quais a impessoalidade, publicidade, legalidade, moralidade e eficiência. No entanto a crise de legitimidade institucional se revela próxima da “cordialidade constitucional” que aposta mais na prática da lei para o povo e as benesses aos amigos do Rei. Especialmente pela cultura patrimonialista, personalista, e

clientelista que regem as relações público-privadas nos negócios. (HOLANDA, 1995). Assim, moralidade e eficiência se tornaram palavras utópicas na história republicana e na vida política brasileira.

Mas vejamos mais a fundo acerca do instituto do impeachment e seus desdobramentos a partir dos artigos seguintes: 51, inciso I; 85, I a VII e parágrafo único; 86, § 4º e 102, I, b. Todos da Constituição Federal de 1988:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I. autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I. a existência da União;

II. o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III. o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV. a segurança interna do país;

V. a probidade na administração;

VI. a lei orçamentária;

VII. o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

§ único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por 2/3 da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o STF, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade;

§ 4º - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções

Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o procurador-geral da República. (BRASIL, CRFB/1988)

Assim uma vez admitida os crimes praticados à luz da lei 8.429/92 por agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional conforme previsão dos art. 1º, 2º, 3º, 9º, 10 e 11 da lei especial supracitada estaria por exemplo o Presidente sujeito a abertura, processo e julgamento de Impeachment pela violação as normas e regras norteadoras do exercício da função. O que não configura materialidade para o impeachment a responsabilidade por atos praticados anteriormente ao exercício do mandato.

No entanto diante da crise de legitimidade que assola às instituições e começa no financiamento privado de campanha, como discernir hoje quem é beneficiário de campanhas milionárias e quem é santo para depois de eleito não agradar seus padrinhos e apadrinhados? Só a Justiça pode ajudar a desvendar esse mistério. Mas certamente não são poucos os beneficiários, é aguardar o listão do Ministério Público Federal e as investigações para que quem for “santo” que atire a primeira pedra.

3 O CONFLITO DE CLASSES: AUTORITARISMO X DEMOCRACIA

Enquanto se discute os culpados e possíveis crimes de corrupção na Petrobrás. Observa-se uma tendência de setores organizados em fazer

um julgamento sumário pelo descontentamento com o resultado das eleições e rapidamente fazer a justiça com as próprias mãos típico do passado autoritário que permanece presente na sociedade brasileira fruto da ditadura civil-militar de 1964-1985. Ao invés de deixar que o Judiciário faça sua parte sem pressão e dentro da legalidade.

Aposta-se no Impeachment como saída rápida para se possível alimentar o ódio de classes, especialmente culpando os pobres pelas escolhas democráticas nas urnas, como se o povo democraticamente não fosse capaz de avançar nas mudanças que o País precisa. No entanto esses setores descontentes não estão preocupados em dar oportunidades e capacidades aos desprovidos dos direitos fundamentais básicos. E alimenta-se o velho ódio entre riqueza e pobreza, numa utopia entre “civilidade e barbárie” nos trópicos.

4 CONCLUSÃO

Certamente se a mesma classe dominante com seus fartos recursos apostassem em educação de qualidade nosso país teria outra realidade social e política. Mas os “donos do poder” colhem hoje justamente os frutos da sua opção por manter e perpetuar a velha política do “Pão e Circo”. Especialmente nos domingos e meios de semana e tudo acaba em “cerveja e futebol”. Portanto vislumbram a solução “coelho na cartola” como caminho para manter seus privilégios. Ao mesmo tempo em que se fala no impeachment não se discute um plebiscito sobre a reforma política que ponha fim inclusive ao financiamento privado de campanha fonte da corrupção. Curiosamente a indignação com a corrupção de setores da sociedade não parece ser a mesma quanto aos envolvidos com mandato no legislativo, centra-se muito mais na figura do executivo. Portanto a questão da crise de legitimidade da representação e das instituições é que está em debate. Ao mesmo tempo em que o STF poderia sinalizar com mudanças por meio do julgamento da ADI 4650 que discute a

disciplina do financiamento privado de campanha está suspenso devido a pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes há cerca de um ano.

Em síntese as instituições não representam o povo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 mar. 2015.

_____. **Lei nº 1079, de 10 de abril de 1950**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm>. Acesso em: 01 mar. 2015.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8242.htm>. Acesso em: 01 mar. 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001.

CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Afonso Soares de Oliveira Sobrinho**

RESUMO: A lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) esclarece que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito e invoca a solução consensual dos conflitos mediante os meios adequados para tal fim, entre os quais além da arbitragem a conciliação e mediação a ser estimulado por juízes, advogados, defensores públicos e Ministério Público tanto no início como no curso do processo conforme previsão do art. 3º §2º e 3º. Na prática isso significa uma mudança de paradigma quanto a forma de encarar os litígios, mediante a autocomposição como regra na fase pré-processual e processual. Também rompe-se com a cultura do conflito entre as partes e favorece uma nova concepção no tratamento do judiciário com vistas inclusive a cooperação e duração razoável do processo para os casos em que há possibilidade de autocomposição com vistas a satisfação de interesses de forma justa e efetiva. (art. 3º, §§4º e 6º).

Palavras-chave: Conciliação; Mediação; Novo Código de Processo Civil.

* Doutor em Direito FADISP. Advogado. Direito Processual Civil. 18 de abril de 2015.

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil em seu art. 1º adota como critério interpretativo os valores e princípios expressos na Constituição de 1988, entre os quais as normas definidoras de duração razoável do processo, a celeridade, a apreciação do poder judiciário de lesão ou ameaça a direito para citar alguns pontos de aproximação do acesso à justiça de modo rápido e eficiente. Nesse contexto identificamos a boa-fé, e o valor-princípio da dignidade da pessoa humana. Especialmente de multidões que muitas vezes morrem sem ver seu direito realizado diante do decurso de tempo e dinheiro gastos ao longo de uma vida inteira em que mesmo tendo seu direito reconhecido ficam aguardando o último recurso para ver seu direito efetivado.

2 UMA CULTURA DA PACIFICAÇÃO DO NOVO CPC

Aprimorando a sistemática do direito adjetivo com a Constituição Federal portanto com vistas ao Estado Democrático de Direito, identifica-se uma mudança cultural a ser perseguida na forma e conteúdo de práticas judiciária entre as partes e os juízes quanto a solução das demandas pelos meios alternativos de solução de conflitos. Nesse diapasão destacamos os artigos que tratam da conciliação e mediação como instrumentos de acesso à justiça.

O artigo 3º e seus parágrafos do novo CPC trazem a possibilidade de autocomposição entre as partes mediante a boa-fé, cooperação, duração razoável do processo, com vistas à satisfação de interesses de forma justa e efetiva.

Por sua vez o art. 334 expressa que preenchidas as condições da ação e não for caso de improcedência liminar do pedido será designado pelo Juiz audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo o réu ser citado com pelo menos vinte

dias de antecedência. Assim, prioriza-se a autocomposição como regra, exceto se não houver interesse das partes de forma expressa:

Art. 334 [...]

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. [...]

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. (BRASIL, lei 13.105 de 2015)

Vale ressaltar que a realização da Conciliação ou mediação não prejudica o direito de defesa, inclusive de contestação do réu, quando não puder comparecer ou mesmo não havendo autocomposição ou mesmo na hipótese de cancelamento da audiência de conciliação conforme previsto no Novo Código de Processo Civil, art. 335 e seguintes.

Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I; (BRASIL, Lei 13.105 de 2015)

Também destaca-se na mudança de paradigma trazida no novo CPC o *Amicus Curiae* (art. 138 e seus parágrafos) como terceiro nos casos em que o juiz ou relator considerar a relevância da matéria, bem como a especificidade do tema objeto da demanda ou mesmo a repercussão social do litígio no sentido de facilitar o trabalho do juiz e mesmo dos envolvidos no processo o que demonstra a busca por uma cultura democrática do próprio judiciário que se abre a sociedade.

No intuito de se desenvolver uma cultura da paz e de solução alternativa de conflitos mediante a autocomposição serão criados centros de solução consensual de conflitos onde serão realizadas audiências de conciliação e mediação conforme assegura o art. 165 do Novo Código de Processo Civil.

3 A RELEVÂNCIA DO CONCILIADOR E MEDIADOR NO ACESSO À JUSTIÇA

Vale ressaltar que a resolução 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Judiciário o que a nosso entender está em sintonia com o Novo CPC. Inclusive quanto ao direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 com vistas à ordem jurídica justa. Haja vista nos termos da referida resolução a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos,

compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área. [...].

IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

V – promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (‘Centros’), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (CNJ, Resolução nº 125 de 29/11/2010)

Assim a resolução 125 do CNJ traz em seu bojo a necessidade de capacitação de conciliadores e mediadores nos termos do art. 12 e seus parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º a partir de critérios plausíveis quanto a necessidade de qualidade dos serviços prestados à comunidade, carga horária a ser cumprida para a capacitação e aperfeiçoamento (anexo I da resolução 125 do CNJ), bem como a observância aos princípios éticos dessa atividade nos termos do anexo III da resolução 125 do CNJ.

Artigo 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes. (CNJ, Resolução nº 125 de 29/11/2010)

O novo CPC especifica a necessidade de criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos e traz como atribuição

desses órgãos a realização de sessões e audiência de conciliação e mediação com vistas à autocomposição, observadas as normas do CNJ nos termos do art. 165 e seguintes. Destaca-se portanto a figura do conciliador na sugestão de soluções para o litígio observado que não tenha vínculo entre as partes e que não utilize quaisquer formas de constrangimento ou intimidação das partes que esteja conciliando. Por sua vez o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes e auxiliará na compreensão dos interesses conflitantes com vistas ao estabelecimento da comunicação com o intuito de estimular a autocomposição mediante soluções consensuais em benefícios mútuos dos envolvidos no litígio. (Art. 165, §§ 2º e 3º).

3 OS PRINCÍPIOS ÉTICOS DO CONCILIADOR E MEDIADOR E A IMPORTÂNCIA DA SUA VALORIZAÇÃO POR CONCURSO PÚBLICO

A prática de conciliação e mediação nos termos do art.166 do novo CPC deverá atentar para os princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada. Vale ressaltar a confidencialidade como importante princípio a ser observado no procedimento conciliatório e de mediação admitida inclusive o uso de técnicas negociais.

Art. 166 [...].

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.(BRASIL, Lei nº 13.105 de 2015)

Ponto polêmico do Novo Código diz respeito a interpretação restritiva ou não quanto ao impedimento do exercício da advocacia nos juízos em que desempenhem essa função e mesmo o prazo de um ano em que não poderiam atuar como assessor, representante ou patrocinar quaisquer das partes (contado da última audiência em que atuaram). Haja vista há quem faça a interpretação literal dos dispostos no art. 167, § 5º e 172 que opta pela vedação.

Art. 167 [...]

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.(BRASIL, lei 13.105 de 2015)

Na prática o concurso público facilitaria a valorização da profissão, o que permite a formação de um quadro qualificado de profissionais atuantes e não a mera função voluntária ou mesmo de abono concedido pelos Tribunais. Nesse ponto faz-se mister investir na formação e qualificação de um quadro concursado com vistas a assegurar melhor remuneração e plano de carreira ao invés do velho assistencialismo de precarização da profissão, na prática infelizmente essa não tem sido a regra, pois embora em alguns Estados haja concurso. Na maioria dos casos o valor(abono) é muito aquém do que se espera para o tamanho da responsabilidade que lhe é atribuído e seu papel central na busca pelos meios alternativos de solução de conflito no âmbito do judiciário. O novo CPC dispõe a possibilidade de concurso, mas

admite o trabalho voluntário, o que a nosso entender da margem a precarização da própria função.

Art. 167 [...]

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Art. 169. [...]

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal. (BRASIL, lei 13.105 de 2015).

Admite-se também a atuação do conciliador e mediador em Câmaras privadas de conciliação e mediação nos termos do art. 168 do novo CPC mediante mútuo acordo entre as partes.

Por fim destacamos o art. 173, seus incisos e §§ 1º e 2º do novo CPC que trata dos casos de exclusão do cadastro de conciliadores e mediadores quando agir com dolo ou culpa na condução da sua função ou se violar os deveres previstos no art. 166, § 1º e 2º no que tange a confidencialidade e dever de sigilo quanto a não divulgação ou depoimento acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. Bem como nos casos em que esteja impedimento ou suspeição. Podendo ser apurados os fatos mediante processo administrativo e mesmo afastado de suas atividade por até cento e oitenta dias nos casos em que seja verificada atuação inadequada na sua função peço juiz do processo ou juiz conciliador mediante decisão fundamentada e processo administrativo, nos termo do art. 173 incisos I e II e §§ 1º e 2º todos do novo CPC. Respeitado assim o contraditório e ampla defesa previstos na Constituição Federal de 1988.

4 CONCLUSÃO

Concluimos destacando a relevância dos meios alternativos de solução de conflitos pela conciliação e mediação como uma conquista da própria democracia na busca pelo acesso à justiça. Destaca-se o conciliador e mediador na busca por uma justiça mais célere e efetiva mediante a autocomposição.

Observa-se que a função do conciliador e mediador envolve tanto a fase pré-processual como processual e mesmo no âmbito administrativo haja vista a União, Estados, Distrito Federal e Municípios criarão câmaras com a finalidade de estímulo a solução alternativa delitígios no que concerne a dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública, bem como Termos de Ajustamento de Conduta quando couber.

O novo CPC inovou quanto a mudança de paradigma optando pela cultura da paz e estendeu as disposições previstas na lei 13.105 de 2015 no que concerne a conciliação e mediação tanto para o âmbito judiciário, administrativo como para as câmaras privadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 abr. 2015.

Anais

XII Congresso Brasileiro Direito e Teoria do Estado
VIII Seminário Internacional de Direitos Humanos

_____. **Resolução nº 125 do Conselho nacional de Justiça – CNJ.** Disponível em :<http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao>.

**“VOCÊ JÁ REPAROU NOS OLHOS DELA? SÃO ASSIM DE
CIGANA OBLÍQUA E DISSIMULADA”:
intercessões entre Direito e Literatura uma análise do conceito
de culpabilidade através da personagem Capitu,
de Machado de Assis**

*Betânia Gusmão Mendes**

RESUMO: A concepção moderna do estudo jurídico visa uma perspectiva social humanista, em que a aplicação do Direito está pautada em uma visão plural e democrática, mitigando o dogmatismo e o normativismo exacerbado. O estudo do Direito associado a matérias como: sociologia, antropologia, filosofia, história, psicanálise e literatura assumem características libertadoras. O presente trabalho tem por objetivo analisar a importância da relação existente entre a interdisciplinariedade do Direito com a Literatura. Tal associação possibilita a reflexão sobre temas que interessam a sociedade e ao Direito sob diferentes perspectivas. Essas interseções serão feitas a partir da análise da concepção de culpa da personagem Capitu, de “Dom Casmurro”, obra de Machado de Assis. O presente trabalho tem como objetivo, através do método dialético, analisar o conceito de culpabilidade, que sempre foi alvo de controvérsias, no direito e na psicanálise. Assim, apreciaremos a sua concepção para o âmbito jurídico e a sua aceção na psicanálise; tendo como base as observações feitas pelo personagem Bentinho.

Palavras-chave: Direito, Literatura, Psicanálise, Culpabilidade.

* Acadêmica do sétimo período do curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho.
Endereço eletrônico: betaniagmendes@hotmail.com.

ABSTRACT: Modern Design Study A Legal seen social humanist perspective in one que Law Enforcement IS guided by a plural vision and Democratic , mitigating dogmatism and exacerbated normativism. The study of law associated with subjects such as sociology, anthropology, philosophy, history, psychoanalysis and literature assume liberating features. This study aims to analyze the importance of the relationship between the interdisciplinarity between law and literature. This association allows reflection on topics of interest to society and law from different perspectives. These intersections will be made based on the analysis of the design character of guilt Capitii of “Don Casmurro ,” Machado de Assis work . This work aims , through the dialectical method , analyze the concept of guilt , that has always been the subject of controversy in the law and psychoanalysis . So appreciate its design to the legal framework and its meaning in psychoanalysis ; based on the observations made by Bento character .

Keywords :Law , Literature, Psychoanalysis , Guilt

1 INTRODUÇÃO

O estudo do Direito na modernidade possui como premissa uma perspectiva social humanista, em que a aplicação da jurisdição deve ser pautada em uma visão plural e democrática, mitigando o dogmatismo e o normativismo exacerbado.

A análise jurídica associada a matérias como: sociologia, antropologia, filosofia, história, psicanálise e literatura assume posição libertadora, visto que, desempenha papel fundamental ao permitir uma percepção distinta do Direito. Nesse diapasão o presente trabalho tem por objetivo mostrar a importância da relação existente entre a interdisciplinidade do Direito com matérias distintas; como a Literatura e a Psicanálise.

A perspectiva de interdisciplinariedade possibilita a reflexão sobre temas que interessam a sociedade e, conseqüentemente, ao Direito sob enfoques distintos. Tal intercessão será realizada, através do método dialético, fazendo análise dos aspectos históricos que ensejaram na discussão do Direito associado à Literatura, observando essa transdisciplinariedade, essencialmente na obra Dom Casmurro de Machado de Assis.

Tal análise literária terá como enfoque a concepção de culpabilidade da personagem Capitu. O conceito de culpabilidade sempre foi alvo de controvérsias, assim apreciaremos a sua concepção para o âmbito jurídico e a sua acepção na psicanalise; tendo como base as observações feitas pelo personagem Bentinho.

2 DIREITO E LITERATURA

A atual concepção de estudo jurídico está embasada em uma perspectiva humanista que visa a aplicação do Direito segundo uma concepção plural e democrática, mitigando o dogmatismo e o normativismo exacerbado. Diante desse novo paradigma jurídico, tornou-se evidente a importância da transdisciplinariedade, que busca a utilização de diversos ramos do conhecimento para a construção de um modo de pensar organizado, que atravessa as disciplinas visando uma unidade intelectual.

Dessa maneira, para real efetivação do conhecimento jurídico, faz-se necessário intercessões entre o Direito e os diversos ramos do saber, como: a filosofia, a sociologia, a antropologia, a arte, o cinema, a música, a psicanalise e a literatura. Nesse sentido, elucida Venosa (2006, p.7):

O desconhecimento de ciências, com estreitas relações com o direito, muito contribuiu para a perda do papel social que

desempenhou o jurista até os anos 60, para a qual concorreu também a crise do ensino jurídico, divorciado das demais ciências sociais, destinada exclusivamente a formar profissionais eficientes, “doutores em leis”, então juristas.

Perante tal perspectiva, a relação existente entre o Direito e os diversos ramos do conhecimento possui um caráter emancipador, sendo de suma importância o papel da Literatura nesse contexto. Dworkin (2000) vislumbrou semelhanças entre o Direito e a Literatura, sustentando que a prática jurídica é o perene exercício de interpretação, a exemplo da descoberta de significado dos textos, postula as atitudes jurídicas.

A interpretação surge com intuito de interferir, completar e colmatar, ela cria o texto, do mesmo modo que dá gênese e vida ao Direito. Leituras possibilitam procedimentos hermenêuticos que revelam reservas de sentido, descortinando a vida real de enredos, através da análise da linguagem e da Literatura. Gadamer (1997, P. 261-262) apreende essa dimensão da linguagem, da escrita e da narração da Literatura e explicita que:

“o modo de ser da literatura tem algo de peculiar e incomparável, e impõe uma tarefa muito específica ao ser transformada em compreensão... Não há nada que represente uma marca tão pura do espírito como a escrita, e nada está tão absolutamente vinculado ao espírito compreendedor como ela... Quem sabe ler o que foi transmitido por escrito atesta e realiza a pura atualidade do passado.”

A Literatura possui a finalidade de promover a compreensão dos fatos sociais, o indivíduo que sabe interpretar o que foi escrito tem a possibilidade de entender o que foi realizado no passado e transmitir para atualidade. Dessa maneira, ela representa um grande auxílio ao Direito, visto que pode ser utilizada como meio de auxiliar aos juristas na transformação do Direito material ao Direito fático. Através dos

textos literários também é possível inferir as questões socialmente relevantes, nesse sentido aduz Godoy (2003, p. 134):

A tradição literária ocidental permite abordagem do Direito a partir da arte, em que pese a utilização de prisma não-normativo. Ao exprimir visão do mundo, a Literatura traduz o que a sociedade pensa sobre o Direito. A literatura de ficção fornece subsídios para compreensão da Justiça e de seus operadores.

Nesse mesmo sentido Siqueira (2011, p. 35) elenca que:

A valoração intrínseca a qualquer construção linguística, imbuídas de significações e carga descritiva, leva à inevitável constatação de que o direito é, essencialmente, interpretação. A análise do direito a partir dessa perspectiva resgata-o de seu isolamento frente a outros campos de conhecimento e o coloca numa perspectiva de contínua narratividade, determinada pela transição jurídica e social de suas significações.

Assim, a análise do Direito partindo da sua intercessão com a Literatura permite uma perspectiva distinta de sua aplicação, uma vez que possibilita a ele interagir com outros campos do conhecimento, ensejando em uma transição dos anseios sociais para o universo jurídico.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS DAS INTERCESSÕES ENTRE DIREITO E LITERATURA

A interação entre o estudo do Direito e da Literatura ganhou relevância a partir da década de 60, nos Estados Unidos, com o surgimento de um movimento conhecido como *Law and Literature*. Ele visava à utilização dessa comunicação de matérias como ferramenta do Direito, por meio de análises em variados gêneros literários, visto que as histórias são permeadas de elementos culturais, aspectos relativos à

história civil, conflitos inerentes aos seres humanos, podendo, assim, ser utilizada como material para pesquisa jurídica. Segundo Siqueira (2011, p. 36):

Essa proposta surgiu como uma das várias tendências antipositivistas do mais amplo movimento “direito e sociedade”, atuando na formação do profissional do direito de forma a resgatar aspectos humanísticos de que as carreiras jurídicas se afastaram. A centralização do direito no positivismo kelseniano levou à redução gramatical de seus enunciados e à análise estritamente sintática e semântica de suas normas, tornando-o incapaz de atender as demandas sociais postas ao direito.

Após esse período, as intercessões entre Direito e Literatura perdem o aspecto civil do Direito e a pesquisa é direcionada para a Sociologia do Direito, desse modo os textos literários podem ser utilizados como fonte sociológica, visto que estavam expressos no Direito, esse, que nasce de acordo com as relações sociais vigentes. A análise dos textos literários nesse período possuía um sentimento jurídico segundo o contexto social.

Pode-se destacar ainda a produção de vários artigos e eventos em que reuniam-se trechos de obras literárias. Nesse diapasão, Trindade (2008) elenca que as sentenças e leis possuem como objetivo demonstrar que Direito é um sistema cultural do qual participam a imaginação e a criatividade literária, como componentes da racionalidade jurídica.

Ost (2005) defende a Literatura como fonte de libertação para os caminhos disponíveis ao indivíduo frente à realidade codificada do Direito. Apesar das ciências jurídicas e da Literatura descreverem as relações humanas, a Literatura o faz livre das amarras impostas pelo tecnicismo e dogmatismo do Direito. A liberdade formal e material de que goza a arte literária pode ser utilizada como força renovadora

ao Direito. Tal renovação pode ser expressa através do choque existente entre a narrativa jurídica e a literária, possibilitando uma discussão relevante sobre questões essenciais ao Direito como: as leis, a ordem social, o poder ou a análise de conceitos que geram divergências como o de culpa.

Como elenca Siqueira (2011), inúmeras foram os estudos acerca da interseção entre Direito e Literatura: a literatura como instrumento de mudança do direito, hermenêutica, o direito como literatura, direito da literatura, direito e narrativa, apenas para citar alguns.

Dentre todas as maneiras idealizadas de analisar as intercessões entre o Direito e a Literatura, é de suma importância observar o direito na Literatura, em um viés que examina a importância de personagens marcantes; como Capitu da obra “Dom Casmurro” de Machado de Assis e a análise de conceitos complexos para o Direito como o de culpabilidade.

Assim, faz-se mister examinar tais intercessões, refletindo sobre a concepção de culpabilidade através da personagem Capitu, a dona dos olhos de cigana oblíqua e dissimulada, sob um viés jurídico e psicanalítico; visto que por muito tempo subsiste no imaginário dos leitores de Machado de Assis a dúvida cruel da possível traição a Bentinho.

4 CAPITU, CULPADA OU INOCENTE?

As obras de Machado de Assis são divididas em duas fases: A primeira fase (fase romântica) e a segunda fase (realista), que é considerada a melhor de sua carreira, pois, destaca questões psicológicas dos personagens deixando transparecer as características do realismo literário.

Anais

XII Congresso Brasileiro Direito e Teoria do Estado
VIII Seminário Internacional de Direitos Humanos

Na fase Realista, Machado faz uma análise profunda do ser humano, destacando suas vontades, necessidades, defeitos e qualidades, observando o espírito humano e refletindo sobre seus valores. Nessa fase as suas principais obras são: *Memórias Póstumas de Brás Cubas* (1881), *Quincas Borba* (1892) e *Dom Casmurro* (1900).

Dom Casmurro é considerada uma obra prima da literatura brasileira, não apenas pela genialidade, aspecto inerente aos textos machadianos, mas por apresentar com minúcia características da alma humana e dispor de assuntos relevantes para a sociedade, como a concepção de culpabilidade. Nesse sentido elenca Silva (2009, p. 50):

Dom Casmurro não se trata de uma mera reprodução dos costumes de uma época. Além de trazer as contradições do mundo social do século XIX, o texto extrapola essas questões, abordando temas como a passagem do tempo, a consciência da finitude das coisas, o amor, a amizade, a dúvida da traição e também o trágico, tudo isso sem abrir mão da ironia e da comicidade Machadiana.

A narrativa é contada em primeira pessoa, por um dos personagens principais Bento Santiago, carinhosamente chamado de Bentinho e, também apelidado de *Dom Casmurro*. O narrador relata a sua história de amor por Capitulina (Capitu), desde a grande descoberta na adolescência até o seu trágico e realista fim. Capitu, a dona dos “olhos de cigana oblíqua e dissimulada”, é a personagem principal ficando Bentinho, o narrador, como personagem secundário ao lado dos vários outros personagens como Escobar o antagonista.

Toda a história gira em torno da possível traição de Capitu a Bentinho com o seu melhor amigo Escobar. Sucessivos acontecimentos levam o *Dom Casmurro* a crer que a esposa havia o traído, são eles: a semelhança existente entre o filho de Bentinho e Capitu com o então amigo Escobar, que é expresso no trecho:

Capitu e eu, involuntariamente, olhamos para a fotografia de Escobar, e depois um para o outro. Desta vez a confusão dela fez-se confissão pura. Este era aquele; havia por força alguma fotografia de Escobar pequeno que seria o nosso pequeno Ezequiel. De boca, porém, não confessou nada; repetiu as últimas palavras, puxou do filho e saíram para a missa. (ASSIS, 1947, p. 411)

Outro acontecimento que leva Bentinho a crer na possibilidade de ter sido alvo da infidelidade de Capitu foram as duas vezes em que Escobar vai à residência do casal, na ausência de Bentinho. Tais visitas, ao mesmo tempo, não provam nada ou no imaginário do ciumento Casmurro induzem a tudo, principalmente quando Capitu se vê obrigada a contar para o marido sobre a primeira visita do amigo e comenta: “Pouco antes de você chegar; eu não disse para que você não desconfiasse”. Desconfiasse do quê? Certamente Capitu já conhecia o ciúme do marido e não queria provocá-lo.

Na segunda ocorrência, Bentinho, ao retornar de uma ópera, encontra Escobar no corredor de sua casa, de saída. Como desculpa o amigo lhe apresenta um motivo jurídico importante, no entanto, para Bento não havia nenhuma dificuldade no caso. Fazendo-o questionar os motivos que ensejaram a Capitu não querer acompanhá-lo ao espetáculo, que sob alegação de estar acometida de um mal insiste para que ele fosse sozinho. No entanto, quando retorna para casa encontra com Escobar e constata que a esposa havia melhorado.

Outro aspecto da narrativa que é utilizado por Bentinho a crer na possibilidade da traição foi a maneira como Capitu reagiu à morte de Escobar:

Capitu olhou alguns instantes para o cadáver tão fixa, tão apaixonadamente fixa, que não admira lhe saltassem algumas lágrimas poucas e caladas... As minhas cessaram logo. Fiquei a

ver as dela; Capitu enxugou-as depressa, olhando a furto para a gente que estava na sala. Redobrou de carícias para a amiga, e quis levá-la; mas o cadáver parece que a retinha também. Momento houve em que os olhos de Capitu fitaram o defunto, quais os da viúva, sem o pranto nem palavras desta, mas grandes e abertos, como a vaga do mar lá fora, como se quisesse tragar também o nadador da manhã. (ASSIS, 1947, p. 374)

O cerne da obra é o ciúme e a insegurança por parte de Bentinho apesar de o leitor ficar sem saber se Capitu é de fato, inocente ou culpada. Machado de Assis nos convida a participar da obra e interpreta-la segundo nosso próprio julgamento: “É que tudo se acha fora de um livro falho, leitor amigo. Assim preencho as lacunas alheias; assim podes também preencher as minhas” (ASSIS, 1947, p. 75).

Nesse sentido, o leitor passa a ser figura ativa dentro do livro, começa a pertencera narrativa, torna-se juiz de Capitu e decreta em seu imaginário se ela seria culpada ou inocente pelo adultério. Assim, a concepção da culpabilidade de Capitu deve ser analisada. Para Endres (2000, p. 15)

As conclusões tiradas por Bentinho quanto à culpabilidade de Capitu são baseadas nas especulações mas poderiam igualmente ser fundadas na natureza humana de questionar e tirar conclusões apesar da relatividade destas. Pode ser observada as seguintes conclusões: Primeiro, que Ezequiel é filho de Escobar e não o seu; segundo, que Escobar teve relação amorosa com Capitu; terceiro, que Capitu “confessou” involuntariamente; quarto, que Capitu ama Escobar; quinto, que Capitu não ama Bentinho, e finalmente que Capitu e Escobar são infiéis e espertíssimos.

A concepção de culpabilidade advém de uma noção pessoal de censura. O termo “culpado” trás uma carga axiológica negativa, visto que, refere-se a um juízo de reprovação que se faz ao autor do fato. Analisaremos, assim, tal perspectiva.

5 A CONCEPÇÃO DE CULPABILIDADE: UMA ANÁLISE JURÍDICA E PSICANALÍTICA.

Muito da provável culpa de Capitu se atribui à narração de Bento Santiago, o marido possivelmente traído que conta sua versão dos fatos. Está claro que o intuito do Dom Casmurro é defender-se, provar, ao longo da história, que Capitu é realmente culpada e que seria capaz de traí-lo.

Desta maneira, o fato de ser Bento o narrador contribui para o mistério de duas maneiras: tanto ele se utiliza de todos os argumentos a que tem alcance para incriminar Capitu, o que pode levar o leitor a julgá-la culpada, como também o leitor pode interpretar seu ponto de vista como exagerado e afetado pelo ciúme, pela paranoia, podendo, assim, concluir que as provas apresentadas ao longo da narrativa podem não ser tão irrefutáveis e que talvez Capitu não seja culpada do adultério do qual é acusada.

Diante desse impasse e visto a importância para as intercessões entre o Direito, Literatura ; faz-se a necessidade de analisar a concepção de culpa da personagem Capitu ; adotando uma perspectiva distinta que observa a aceção da culpabilidade para a o Direito, bem como para a psicanálise .

A culpa está presente em todas as culturas; antropólogos, historiadores, cientistas sociais, psicanalistas e juristas, procuram uma concepção adequada para caracterizar tal sentimento ou fenômeno. A culpa pode ser um sentimento pessoal ou fruto da concepção humana de julgamento do outro ,cada indivíduo sente de maneira e proporção específica, sendo a culpa um conceito abstrato e subjetivo.Segundo Moacyr Scliar (2007, p. 37):

Mas o que é a culpa? Podemos conceituar a culpa como uma acusação ou auto-acusação, por um crime ou uma falta ou ato inadequado, reais ou imaginários. Este conceito tem vários “ou” o que é uma evidência de imprecisão. Mas imprecisão é uma constante neste tema tão antigo quanto conflituoso.

Citando as diferentes abordagens que podem estar relacionadas com o tema, o Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa (2012, p. 128) define a palavra culpa apresentando as seguintes concepções:

1 responsabilidade por dano, mal, desastre causado a outrem 2 falta, delito, crime Ex.: grande é a c. de quem furta 3 atitude ou ausência de atitude de que resulta, por ignorância ou descuido, dano, problema ou desastre para outrem 3.1 Rubrica: termo jurídico. no direito civil, falta contra o dever jurídico, cometida por ação ou omissão e proveniente de inadvertência ou descaso 3.2 Rubrica: termo jurídico. no direito penal, ato voluntário, proveniente de imperícia, imprudência ou negligência, de efeito lesivo ao direito de outrem 4 fato, acontecimento de que resulta um outro fato ruim, nefasto; consequência, efeito Ex.: a inflação é c. da dolarização da economia 5 consciência mais ou menos penosa de ter descumprido uma norma social e/ou um compromisso (afetivo, moral, institucional) assumido livremente 6 Rubrica: psicologia. emoção penosa (de autorrejeição e desajuste social) resultante de um conflito (p.ex., entre impulso, desejo ou fantasia e as normas sociais e individuais) 7 Rubrica: religião. transgressão de caráter religioso e/ou moral; pecado Como podemos perceber, dentre as várias concepções apresentadas acima, encontramos a culpa como falta, omissão, responsabilidade, emoção e transgressão.

Na psicanálise, Freud analisa as “tendências julgadoras e punitivas”(FREUD, 2010, p.263) em personagens da literatura, ao passo que atribuía aos escritores um profundo conhecimento da sociedade e da alma humana. Pensava mesmo que os autores literários estavam muito adiante das pessoas comuns – entre elas cientistas e

psicanalistas – porque bebiam em fontes para nós inacessíveis (FREUD, 1973, p.1286).

A culpa para Freud estaria ligada a relação do sujeito com a lei e a sociedade, em que toda uma herança simbólica representaria a culpa para o individuo e para o outro. O sentimento de culpa é sempre entendido, na perspectiva freudiana, como dispõe Gaspar (2007) decorrente da renúncia à satisfação passional. Essa renúncia teria origem no medo da perda do amor do Outro de quem o sujeito é dependente. Nesse sentido, a possível culpa que Bentinho incrimina Capitu seria decorrente do seu amor e apego exacerbado. Nesse sentido, Lacan (1990.p, 418) elenca:

A inserção do homem no desejo está fadada a uma problemática especial, cujo traço primordial é que ela deve encontrar lugar em alguma coisa que a precede, que é a dialética da demanda, na medida em que a demanda sempre pede alguma coisa que é mais do que a satisfação a que ela apela, e que vai mais, além disso. Daí o caráter problemático e ambíguo do lugar onde se situa o desejo. Esse lugar está sempre para além da demanda, considerando que a demanda almeja a satisfação da necessidade, e no aquém da demanda, na medida em que esta, por ser articulada em termos simbólicos, vai além de todas as satisfações para as quais apela, é demanda de amor que visa ao ser do Outro, que almeja obter do Outro uma presentificação essencial - que o Outro dê o que está além de qualquer satisfação possível, seu próprio ser, que é justamente o que é visado no amor.

Segundo Freud e Lacan existem uma intrínseca relação entre o afeto dispendido entre o individuo e o outro, com a concepção de culpa por ele aduzida. Assim, possivelmente, a paixão que Bentinho nutria por Capitu seria fator essencial para a atribuição infundada da traição. No amor doentio, além da sua própria satisfação o individuo deseja o Outro ser com exclusividade, mitigando suas relações interpessoais,

visando apenas à satisfação pessoal e quase sempre; são acometidos por ciúmes doentios e exacerbados.

No que tange a teoria psicológica e psicanalítica da culpa, critica o alemão Jescheck(1981. P, 571) :

A concepção psicológica e psicanalítica da culpabilidade logo se mostrou, sem dúvida, como insuficiente porque não dava respostas às questões de quais relações psíquicas deviam considerar-se relevantes jurídico-penalmente e porque sua presença fundamenta a culpabilidade e sua ausência a exclui. Assim, não poder-se-ia explicar porque ainda quando o autor atuasse dolosamente e, portanto, tenha produzido uma relação psíquica com o resultado, deve negar-se sua culpabilidade se ele é um doente mental ou se agiu em estado de necessidade (§ 35). Tampouco poder-se-ia fundar o conteúdo da culpabilidade da culpa inconsciente com fundamento na concepção psicológica da culpabilidade, já que nela falta precisamente toda relação psíquica com o resultado

Assim fazer uma análise jurídica da concepção, faz-se imperioso. Na sua perspectiva jurídica, o Código Penal Brasileiro não traz definição para a culpabilidade, elevando-aum dos conceitos mais debatidos na teoria do delito. Nesse sentido conceituam Zaffaroni e Pierangeli,(2006, p. 517) “esse conceito é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse” .

Adotado na atualidade, o conceito normativo da culpabilidade traduz um juízo de reprovação pessoal pela prática de um fato lesivo a um interesse penalmente protegido(GOMES, 2007). Visto que, o adultério não é mais punido criminalmente, mas reprovável na perspectiva social, perante sua acepção jurídica a personagem Capitu seria considerada inocente. No entanto, no que tange a concepção

psicanalítica de culpa e sua acepção moral fica a critério do leitor colmatar essa dúvida.

6 CONCLUSÃO

A concepção do Direito evoluiu no tempo de acordo com os fenômenos sociais. Na contemporaneidade, busca-se um estudo jurídico mais humanizado, que leve em consideração os inúmeros fatores formadores de uma realidade social. Com esse intuito, faz-se necessário uma análise holística, em que as diversas facetas do conhecimento, como: antropologia, sociologia, história, literatura e psicanálise; são associadas para a aplicação e interpretação do direito material, pois, este representa uma expressão dos anseios humanos.

A ideia central do trabalho foi fomentar o estudo do Direito associado à Literatura, na obra *Dom Casmurro*, de Machado de Assis. Mostrado a importância da interdisciplinaridade como resposta a anseios sociais. Dissecando o grande enigma da possível traição de Capitu e analisando as concepções distintas do conceito de culpabilidade; em um viés jurídico e psicanalítico. Teria ela cometido o adultério? Ou seria fruto da imaginação de Bentinho a possível traição?

Embora cada uma dessas conclusões possa ser neutralizada por outras propostas ou no livro existentes ou fora do livro, fica a critério do leitor responder tais questionamentos, visto que ele possui a função de grande interprete e julgador na obra. O papel do leitor torna-se indispensável na elucidação do enigma machadiano como o próprio Bentinho observa: “ Nada se emenda bem nos livros confusos, mas tudo se pode meter nos livros omissos. Eu, quando leio algum desta ou outra casta, não me aflijo nunca”.

Dessa maneira, cabe ao leitor retirar suas próprias conclusões se seria Capitu culpada ou inocente. Nesse aspecto consiste a extrema

genialidade de Machado, deixando em aberto se a “dona dos olhos de cigana oblíqua e dissimulada” haveria ou não cometido o adultério, permitindo que o leitor adentre ao universo lúdico da literatura.

Assim também ocorre no Direito o leitor da norma é o grande interprete é o seu maior interprete e os juristas devem prezar para que a hermenêutica seja exercida de maneira que leve a justiça e ao bem estar social.

Diante o exposto, buscou-se realizar uma nova perspectiva de pensar o Direito e temas divergentes existentes nele; como o da culpabilidade. Em que a literatura surge com o papel fundamental de realizar uma reflexão crítica, segundo análise de concepções psicanalíticas e literárias, com intuito primordial de repensar a dogmática exacerbada existente no Direito contemporâneo e associar novas formas de racionalizar as ciências jurídicas.

REFERENCIAS

AFOLABI, Niyi. MACHADO DE ASSIS: UMA TEORIZAÇÃO DE AMBIGÜIDADE. **Revista Iberoamericana**. Vol. LXVI, Núm. 190, Enero-Marzo 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Dixon, Paul B. **Reversible Readings: Ambiguity in Four Modern Latin American Novels**. Alabama: University of Alabama Press, 1985.

VENOSA, Silvio e Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (org.). **Direito & literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

OST, François. **O tempo do direito**. (Trad: Élcio Fernandes). Bauru: Edusc, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. (trad: Flávio Paulo Meurer). Petrópolis: Vozes, 1997.

GASPAR, Taís Ribeiro. **O sentimento de culpa e a ética em psicanálise**. Psyche (São Paulo) v.11 n.20 São Paulo jun. 2007.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito Penal: parte geral**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JESCHECK, Hans-Henrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General, vol. I. Barcelona: Bosch, 1981.

LACAN, J. **O Seminário: livro 11: Os quatro conceitos fundamentais da psicanálise**. Texto estabelecido por Jacques Alain Miller (M. D. Magno, Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. (Original publicado em 1973).

SILVA, Danyelle Marques Freire da. **Dom Casmurro e Capitu** : a obra literária que virou minissérie . Seminário Nacional de Literatura, História e Memória (9. : 2009 : Assis – SP) ISSN: 2175-943XPáginas 50-60.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REINTEGRAÇÃO SOCIAL E RECONHECIMENTO SOCIAL: DESAFIOS NO PROCESSO DE SOCIALIZAÇÃO DO EGRESSO DO SISTEMA PRISIONAL?

*Ilenice Soares de Freitas Muniz**
*Eliel Muniz Durães***

RESUMO: O presente trabalho remete-se a discussão do Reconhecimento Social imerso no contexto da Reintegração Social, abordando como o egresso do sistema prisional enfrenta a sua realidade social pós-aprisionamento. A problemática se instaura no enfrentamento desta nova realidade social frente aos desafios de reconhecimento social na sociedade. Nisto, justifica-se esta discussão tendo em vista as facetas teóricas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais que esta temática compõe, considerando, especialmente, a atuação do Estado e da sociedade. Nisto, objetivou-se, então, abordar quais são as principais demandas socioeconômicas e intersubjetivas deste público, e, concomitantemente, apontar quais os problemas socioeconômicos emergentes que cabem uma intervenção por meio das políticas públicas no contexto da Reintegração Social. No plano metodológico utilizou-se referências bibliográficas com a finalidade de argumentar teoricamente correntes de abordagens intersubjetivas e objetivas com a finalidade de alcançar uma abordagem objetiva para possíveis intervenções no âmbito das políticas públicas. Portanto, esta discussão aponta para o egresso do sistema prisional como uma

* Mestre em Desenvolvimento Social pelo PPGDS/Unimontes; Categoria: Profissional: Especialista em Violência Doméstica e contra a Criança e o Adolescente; Assistente Social na Prefeitura de Montes Claros; Professora na Faculdades PRISMA; Graduada nas Faculdades Santo Agostinho; ilenicefreitas@yahoo.com.br.

** Licenciatura Plena em Geografia; Pesquisador; Universidade Estadual de Montes Claros; elielm3@hotmail.com.

parcela da população não produtiva, mas que, é um sujeito de direito frente a Lei de Execução Penal/1984 e que, por sua vez, é público de intervenção do Estado e da sociedade.

Palavras-Chave: Reintegração, Reconhecimento, Egresso do Sistema Prisional.

RETURN SOCIAL AND SOCIAL RECOGNITION: CHALLENGES IN THE PROCESS OF PRISON SYSTEM OF SOCIALIZATION EGRESS?

ABSTRACT: This paper refers to the discussion of social recognition immersed in the context of Social Reintegration, addressing how the prison system egress faces its post-imprisonment social reality. The problem is established in facing this new social reality facing the challenges of social recognition in society. In this justifies this discussion in view of the theoretical, legal, economic, social and cultural facets that make up this theme, considering especially the actions of the state and society. In this, the objective was to then address what are the main socioeconomic and intersubjective demands of this public, and, concomitantly, pointing out which emerging socioeconomic problems that fit an intervention through public policies in the context of Social Reintegration. Regarding methodology was used bibliographies references in order to theoretically argue chains of inter-subjective and objective approaches in order to achieve an objective approach for possible interventions within public policies. Therefore, this discussion points to the egress of the prison system as a share of non-productive population, but that is a subject of law against the Law of Penal Execution / 1984 and that, in turn, is public state intervention and society.

Keywords: Reintegration, Recognition, Egress of Prisons.

1 INTRODUÇÃO

Machado [2009], Mirabete [2000] e Arbergaria [1995] discorrem sobre a “reinserção social” e a “ressocialização”, apontando para a Reintegração Social. E, em consonância, autores como Barratta [2009], Sá [2005] e Prette [2009] ao discutir sobre o momento pós-penitenciário partem do dispositivo disposto legal da LEP [1984] em seu Art.25º.

Para autores como Ferreira [2011], Adorno [1998], Razera [2009], Mariño [1998], os órgãos: a Secretaria de Administração Penitenciária-SAP/ SP [2012], o Ministério da Justiça - MJ [2012] e a Secretaria de Estado de Defesa Social – SEDS/ MG, [2012] o perfil dos egressos e aprisionados imersos na questão social apresentam vulnerabilidades socioeconômicas emergências que, por sua vez, demanda intervenções jurídicas, positivas e objetivas do Estado. Tal problema social remete diretamente na socialização do sujeito quando não há a atuação do Estado e Sociedade frente a essas expressões sociais, fazendo com que perpetue, então o ciclo da violência e da exclusão social por parte deste público.

Nisto, a Reintegração Social exige um processo de socialização do sujeito e, logo, de reconhecimento social. O sentimento de pertencimento no ambiente societário é um alicerce para o sujeito-egresso se sentir capaz e fortalecido, e buscar novas formas de interação e emancipação no seu processo de resiliência. (ADORNO, 1998)

O sujeito-egresso é autor de sua história e está inserido em uma realidade abarcada de normativas que nomeiam cada membro da sociedade. A interação neste processo é algo primordial, entretanto, ela não se dá por meio de normativas pessoais, ao contrário, esta se consolida por meio de uma coletividade. Por estes motivos, os atores

sociais estão imersos em um “padrão institucionalizado” e são denominados das diversas formas como diz Fraser [2007]

Em todos esses casos, a interação é regulada por um padrão institucionalizado de valoração cultural que constitui algumas categorias de atores sociais como normativos e outros como deficientes ou inferiores [...] Em todos os casos, o resultado é negar a alguns membros da sociedade a condição de parceiros integrais na interação, capazes de participar como iguais com os demais.

Alguns atores são tidos como os “normativos”, isto é, estes são considerados como exemplos a serem seguidos na sociedade, uma referência das diversas formas. Do outro lado estão os “deficientes ou inferiores”, dos quais é negada uma condição igualitária de “parceiros integrais” nesse processo de interação do sujeito. Neste grupo estão os “inferiores” com uma renda baixa, com escolaridade baixa, os desempregados, os desassociáveis; e os “deficientes” que estão fora dos padrões sociais, pertencentes, na maior parte dos casos, a grupos sociais excluídos, os criminosos, entre outros. (BARATTA, 1985)

Assim se instaura as relações sociais do grupo dos “normativos” e dos “deficientes ou inferiores”, sendo que, o sujeito-egresso pertence a este último grupo por fazer parte daqueles que são discriminados, por possuírem certo tipo de anomalia caracterizada por condutas socialmente desviantes e pelo fato de seu perfil quase sempre apontar para a classe dominada. Sobre o não reconhecimento do sujeito-egresso e suas possíveis expressões, Frase [2007] declara que,

[...] o não reconhecimento ou o falso reconhecimento [...] pode ser uma forma de opressão, aprisionando o sujeito em um modo de ser falso, distorcido e reduzido. Além da simples falta de respeito, isso pode infligir uma grave ferida, submetendo as pessoas aos danos resultantes do ódio por si próprias. O devido

reconhecimento não é meramente uma cortesia, mas uma necessidade humana vital.

Toda forma de opressão e aprisionamento produz um não reconhecimento e afeta diretamente o estado psíquico, social e cultural do sujeito. Suas funções psíquicas, suas relações sociais e o seu acesso às instâncias sociais de pertencimento, de interação e integração são comprometidas pelo fato de não serem reconhecidos de forma igualitária nas paridades sociais. (BARATTA, 1999)

Para Honneth [2011] “esse não-reconhecimento é praticamente uma morte psíquica. Afinal, a imagem que o sujeito formou de seu eu na relação com os outros é aquilo que pode ser dissolvido nessa relação.” Esta “morte psíquica” se dá quando o sujeito entende que sua imagem construída de forma aceitável nas relações sociais se dissolve por diversas formas de julgamento e/ou de exclusão. Entretanto, este é um problema sociológico gerado pelo não reconhecimento social.

2 DESENVOLVIMENTO

Por outro lado, o reconhecimento social é inerente à aceitação social, à socialização, à interação, à integração social, às motivações para a emancipação, entre outros fatores. (FRASER, 2007). Todo ser humano carece do reconhecimento social como uma necessidade humana, fundamental e essencial. O homem foi feito para se relacionar, interagir com o meio, se socializar e se integrado às diversas instâncias que compõe a sociedade. Taylor [1994, *apud* Fraser [2007] diz que “o devido reconhecimento não é meramente uma cortesia, mas uma necessidade humana vital”.

Ao discorrer sobre os fundamentos teóricos do reconhecimento social Fraser [2007] diz que Axel Honneth e Charles Taylor defendem que ser reconhecido

[...] por um outro sujeito é uma condição necessária para a formação de uma subjetividade integral e não distorcida. Negar a alguém o reconhecimento é privá-la(o) dos pré-requisitos fundamentais para o pleno desenvolvimento humano.

Logo, a formação do sujeito e seu desenvolvimento, tanto no período de sua integração ou de sua reintegração, dependem inevitavelmente de como se dá o reconhecimento social.

Por motivos abordados, faz-se necessário a discussão do reconhecimento social no contexto do egresso do sistema prisional que é sujeito de direito da Reintegração Social, já descrito na LEP/84, Artigo 25º. Partindo deste pressuposto, há uma proposta teórica de reconhecimento social defendida pelo criminalista Alessandro Baratta. Ao conceituar a Reintegração Social, Baratta [1999] propõe uma parceria das partes envolvidas, ou seja, uma via de mão dupla que se dá pela interação entre a sociedade (indivíduos) e Estado, fazendo com que os egressos se reconheçam na sociedade, e, a sociedade reconheça o público carcerário como sociedade e na sociedade. Para esse autor não é possível reintegrar o egresso sem a intervenção conjunta entre sujeito, sociedade e Estado, isto é, sem a recepção e participação ativa de ambas as partes.

Nesse caso, chamar-se-á a primeira via as ações provindas das superestruturas para com o sujeito-egresso. Até a década de 1970 o crime era um problema de polícia, concebido como um tema “da direita”, baseados na lei e na ordem. (GRAMSCI, 2004). Mas, desde os anos de 1980 e 1990, tanto o Brasil quanto em outros países, se vive uma crise na segurança pública, devido o aumento da taxa de incidência criminal. Nesse momento, surgem propostas de setores progressistas embarcados em uma argumentação contrária à ordem dos grupos conservadores. O tema segurança pública foi, então, inserido na agenda política e social, no Brasil, com um caráter mais democrático, preventivo e humanitário. (MOLINA, 2008). Do mesmo

modo, as intervenções estaduais autônomas têm inovado com propostas preventivas, promovendo assim, um tratamento mais digno e valorativo ao sujeito-egresso.

Considerando que as ações preventivas é uma responsabilidade legal de ingerência do Estado, Mirabete [2003] diz que estas é “... um direito do condenado, decorrente da presunção de aptidão social...”, no qual a reintegração e o reconhecimento são primordiais na discussão do problema criminológico, entendendo sua corresponsabilidade social com suas raízes no Estado Social, a partir de uma política criminal que possa vir ao encontro do egresso com ações diretas de direitos e dignidade humana.

No prisma da intervenção do macro para o micro, ou seja, do Estado para com o sujeito-egresso, é necessário reconhecer a amplitude das necessidades pessoais do egresso e sua humanidade, por meio dos diversos aspectos já discutidos. Isso deve ser pensado não com o foco punitivo, positivista, reducionista do indivíduo, com diversas formas de suplícios e tortura (FOUCAULT, 2010), pois as expressões sociais deste público não surgem unicamente por uma peculiaridade particular do sujeito e seu modo de lidar com o meio.

É preciso um novo prisma sobre o sujeito-egresso de modo que contemple um sujeito inserido na sociedade; um sujeito que se relaciona em sociedade pela afeição ou pela rejeição; um sujeito que comunica, seja pela partilha ou pela guerra (criminalidade); um sujeito que luta, seja pela sobrevivência ou pela maledicência; mas que, apesar disso, é alguém que possui desejos, capacidades, habilidades, direitos e inteligência.

O processo de criminalização percorre pelas circunstâncias individuais e sociais, fazendo com que o egresso encontre dificuldades nos seus funcionamentos, ou seja, na sua capacidade de se movimentar, agir,

sentir e reagir na sociedade. Para que haja um bom funcionamento são necessários os recursos, a disponibilidade e a condição saudável do condutor (sujeito-egresso) num movimento cíclico, (SEN, 2000).

O processo do alargamento das capacidades dos sujeitos requer uma proteção social para que o sujeito se sinta autônomo em seu estado e em suas realizações. Essa articulação tem por finalidade a redução das desigualdades sociais e a emancipação do sujeito. Sobre a proteção social, Viana e Levcovitz [2005], elucidam que,

A proteção social consiste na ação coletiva de proteger indivíduos contra os riscos inerentes à vida humana e/ou assistir necessidades geradas em diferentes momentos históricos e relacionadas com as múltiplas situações de exclusão de dependência. Os sistemas de proteção social têm origem na necessidade imperativa de neutralizar ou reduzir o impacto de determinados riscos sobre o indivíduo e a sociedade. Pode-se, portanto, afirmar que a formação de sistemas de proteção social resulta da ação pública que visa resguardar a sociedade dos efeitos dos riscos clássicos: doença, velhice, invalidez, desemprego, exclusão (por renda, raça, gênero, etnia, cultura, etc.).

A proposta é uma ação pública com uma atuação na esfera da proteção social. O sujeito está no centro das ações por abarcar necessidades históricas decorrentes de múltiplas facetas da exclusão. Nesse caso, como dito pelo autor acima, a proteção social pode atuar de certo modo “protegendo” de forma substantiva e concreta o sujeito com a finalidade de neutralizar os efeitos dos fenômenos sociais e os riscos clássicos decorrentes destes. (SENASP, 2007).

Nesta atuação estatal, pode-se perceber um avanço na atuação do Estado de Minas Gerais, enquanto um “protetor social” com a implementação de políticas públicas na realidade do egresso. Tais ações têm voltado para a valorização, autonomia e reconhecimento

do sujeito. Isso é perceptível ao observar alguns dos objetivos do PRESP [2009], a saber, “[...] a viabilização dos acessos aos direitos sociais com vista à potencialização das condições da cidadania [...]” que busca a efetividade dos direitos, “[...] a contribuição do fortalecimento dos vínculos sociais e familiares e de aspectos subjetivos dos beneficiários com vista à diminuição dos efeitos do processo de penalização [...]; que focaliza as relações sociais e pessoais, “[...] e a contribuição na ressignificação dos processos históricos, psicossociais e socioculturais de opressão”. (SEDS, 2009). A interferência estatal, nesse caso, está pautada na efetividade dos direitos, na promoção harmônica das relações societárias e no agenciamento da superação do processo de criminalização. Isso remete-se a um Estado intervencionista que coloca o sujeito no centro das políticas públicas para o bem comum.

Desse modo, a Reintegração Social tem sido implementada com base no reconhecimento para que por meio das políticas de proteção social o sujeito tenha acesso a serviços voltados para a valoração, socialização, potencialidades das habilidades, direitos sociais, o fortalecimento dos vínculos familiares e sociais, dentre outros. (MACHADO, 2002).

O reconhecimento social tem caráter objetivo e subjetivo, sendo que ambos estão ancorados nas medidas protetivas estatais. Sobre a ingerência do Estado em promover ações protetivas e preventivas para o sujeito-egresso, pode-se pontuar a LEP/1984, a LOAS/1993 e a PNAS/2004, que pautam suas propostas e ações na valoração do sujeito-egresso, legitimada por um sistema de proteção social para o público vulnerável. Estas ações caracterizadas como um progresso no âmbito penal tem caráter humanizador, com a promoção dos direitos sociais, a acessibilidades dos recursos, a promoção do capital social e da inclusão, a busca pela valoração do sujeito, entre outros.

Por outro lado, na segunda via de mão dupla, tem-se a proposta da relação do sujeito-egresso para com as superestruturas. (BARATTA, 1999). O egresso ser participante ativo deste processo, redescobrimo as suas formas de expansão das capacidades, ao julgar ele próprio o melhor caminho a ser seguido para o encontro de sua liberdade. Mas, mesmo diante dessa passividade, o sujeito-egresso pode e precisa ser ativo tanto em sua forma de se expressar, quanto nas ações ativas advindas das superestruturas.

A identidade e o reconhecimento dos indivíduos e dos grupos vêm quando estes se reconhecem nas relações sociais, não como meros sujeitos coisificados (intersubjetivamente), antes, como sujeitos participantes da comunidade e das instituições. Em consonância, Honneth [2011] diz que “O indivíduo não tem somente direitos, mas também deveres; ele não é apenas um membro da comunidade, ele reage também a essa comunidade e a muda em suas reações [...]”

Este filósofo em seu livro “Luta por reconhecimento” discute o reconhecimento apontando para um dos direitos direcionados aos “deficientes ou inferiores” imersos na sociedade capitalista. Honneth [2011] ao discorrer sobre Direitos diz que estes se efetivam quando as pretensões individuais torna-se realidade, gerando assim uma satisfação social e fazendo com que sujeito participe de uma forma igualitária na sua ordem institucional.

3 CONCLUSÃO

A proposta é que se execute ações estatais fazendo com que o sujeito-egresso possua características educativas e ativas e que ele possua uma linguagem de estratagema para transformar os modos individuais, sociais e políticos, partindo de princípios educativos que almeja “aprofundar e ampliar a ‘intelectualidade’ de cada indivíduo.”

(GRAMSCI, 2004). Esta intelectualidade é voltada para a capacidade do indivíduo se desenvolver intervindo nos espaços sociais, econômicos, políticos, e culturais. É necessário que o sujeito desenvolva uma consciência acerca de sua condição participativa na construção e reconstrução do seu meio, em especial, direcionada as intervenções da superestrutura.

A partir do pressuposto da igualdade das partes envolvidas no processo, o indivíduo-egresso não deve ser tratado como um ser passivo, enquadrando-se nas normas e regras impostas, sem direito às escolhas próprias e interpessoais. Na Reintegração Social é preciso que os indivíduos tenham uma participação ativa, isto é, não como meros ‘objetos de assistência’, mas como fatores de sua história, (SÁ, 2005)

Mesmo o egresso estando nesta zona de exclusão, ele deve atuar como ativo propondo soluções acerca da sua realidade, na qual ele é o principal conhecedor. Nessa condição que se pode perceber a relevância do reconhecimento deste sujeito, podendo o mesmo modificar seu meio através de suas habilidades, aptidões, capacidades, proposições e competências. (YOUNG, 2002)

Prette [2009], ainda diz que o egresso é um “... sujeito ativamente participante, capaz de pensar, refletir, tomar decisões adequadas, que tem espaço livre para sua palavra e dizer suas verdades [...]” Assim, o sujeito se reconhecer no seu meio pressupõe também a atuação do sujeito-egresso como alguém que é capaz de fazer suas escolhas, ser ativo e propositivo e poder escolher um caminho que lhe proporcione uma qualidade de vida. Não basta ações providas do Estado e da sociedade direcionadas ao sujeito, este também precisa se reconhecer nas instâncias sociais e ser participante ativo do processo de Reintegração Social.

Deste modo, diante dos argumentos teóricos do reconhecimento e da proposta de Baratta [1985] em existir uma via de mão dupla, isto é, uma interação e uma integração entre as partes composta pelo sujeito, sociedade e Estado, nota-se que um depende do outro e que ambos estão imersos no contexto da proteção social. A interação se torna imprescindível pois, o processo de integração depende do reconhecimento entre os seres que se estabelece nas relações sociais.

E, sobre o momento pós-penitenciário do público em tela, pode-se dizer que a Reintegração Social e o reconhecimento social são fatores imprescindíveis, pois estes buscam o rompimento dos diversos paradigmas, dos problemas sociais e injustiças. Reparar as injustiças sociais é o mesmo que apontar para a superação da subordinação, transportando o sujeito não reconhecido para o campo da igualdade e da integração. Por estes motivos, então, a integração e a interação imersos no reconhecimento se fazem necessário no diálogo instaurado entre sociedade, Estado e sujeito.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. **Educação e Emancipação**. Paz e Terra: São Paulo, 2006.

ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. Belo Horizonte: Belo Horizonte, 1995.

BARATTA, Alessandro. **Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica**. In Revista Doctrina Penal, ano 8, nº 29, Buenos Aires, Argentina, 1985.

BARATTA, Alessandro, **Princípios do Direito Penal Mínimo**

para uma Teoria dos Direitos Humanos como Objeto e Limite da Lei Penal. Revista “Doutrina Penal”. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987.

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou Controle Social: Uma Abordagem Crítica de “Reintegração Social” do Sentenciado.** Universidade de Saarland, RFA. Alemanha Federal, Bastos, 1999. Disponível em <<http://www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Secretaria Especial de Editoriação e Publicações, 2005.

BRASIL. **Lei de execução Penal.** Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL. Rio de Janeiro.

Brasil, Lei nº 8.742. **Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).** Brasília: DF, 7 de dezembro de 1993.

FERREIRA, Angelita Rangel. **Crime- prisão-liberdade-crime: o círculo vicioso perverso da reincidência no crime.** Revista Serviço Social & Sociedade, nº 107: São Paulo, 2011.

FOUCAULT, M. Vigiar e Punir. **O Nascimento das Prisões.** 24º Ed. Raquel Ramallete (Trad.). Petrópolis: Vozes, 1997.

FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética?** Lua Nova, São Paulo, 70:101-138, 2007.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do Cárcere.** 3 º. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento.** 2º Ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.

MACHADO, Vitor Gonçalves, **A reintegração social do preso. Uma análise sobre os principais discursos contrários e favoráveis à finalidade ressocializadora da pena.** Elaborado em 09/2009. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/18118/a-reintegracao-social-do-preso>. Acesso em: 04 out. 2012.

MARIÑO, Juan Mario Fandiño. **Análise comparativa dos efeitos da base socioeconômica, dos tipos de crime e das condições de prisão na reincidência criminal.** Sociologias, n 8. Porto Alegre, 2002.

Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). Conselho Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social.** (PNAS). Brasília, 2004. São Paulo: Cortez, 2005.

MIRABETE, Júlio, Fabrini. **Manual de Direito Penal.** 19 Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOLINA, Antônio García – Pablos de. **Criminologia.** Vol.5. 6º Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008.

PRETTE, Emanuella Machado. **A Clínica da Vulnerabilidade à luz de uma política criminal alternativa voltada a egressos do sistema penitenciário.** <Disponível em <http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 07 de fev. 2009.

RAZERA, Tany. **Proposta de Implantação da Assistência Educacional às Cadeias Públicas e às Penitenciárias no Estado do Paraná.** Universidade Estadual do Oeste do Paraná, 2009.

EUTANÁSIA: EMBATE ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS

*Tatiane Santos Neves**

*Thiago de Souza Moreira***

RESUMO: A eutanásia como forma de ceifar a vida é atualmente considerada uma complexa polêmica acerca de bioética e biodireito. O presente artigo tem como propósito a análise da eutanásia, sua origem, aplicação e consequência, com enfoque na eficácia da disponibilidade da vida de acordo com as diversas normas vigentes. Devido ao embate entre valores constitucionalmente resguardados intrínsecos à discussão abordada, será efetuada também uma ponderação acerca do confronto entre o princípio da inviolabilidade da vida e o princípio da dignidade humana nos casos de eutanásia. Este artigo visa discutir ainda o atual panorama dos prós e contra as formas de se ceifar a vida, fundando-se principalmente na dignidade da pessoa humana e na autonomia da vontade como aspectos que quebrem a limitação da indisponibilidade da vida, contribuindo para um debate mais lúcido acerca da eutanásia.

Palavras-chave: Eutanásia. Morte. Autonomia. Inviolabilidade da vida. Dignidade da pessoa humana.

* Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas do Norte de Minas, Pós Graduada em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri – UFVJM, Advogada. Email: tatianenevesadv@hotmail.com.

** Enfermeiro, Mestrando em Saúde, Sociedade e Ambiente pela Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri – UFVJM, Especialista em Saúde Pública com Ênfase e PSF e Enfermagem do Trabalho. Email: thiagotai1@hotmail.com.

EUTHANASIA: RIGHT TO LIFE WORTHY X RIGHT TO DEATH

ABSTRACT: Euthanasia as a way to reap life is now considered a complex debate about bioethics and biolaw. This article aims to analyze euthanasia, its origin, application and therefore focused on the effectiveness of the availability of life in accordance with the various regulations. Due to the clash between constitutionally safeguarded values intrinsic to the discussion addressed, will also be performed on a weighting of balancing the principle of sanctity of life and the principle of human dignity in cases of euthanasia. This article aims to discuss the current situation of the pros and against the forms to claim the lives, relying mainly on human dignity and freedom of choice as aspects that break the limitation of unavailability of life, contributing to a debate lucid on euthanasia.

Keywords: Euthanasia. Death. Autonomy. Sanctity of life. Dignity of the human person.

1 INTRODUÇÃO

A aceitação do direito de morrer é tema de controvérsia, visto que valores como vida, liberdade de escolha, entre outros, devem ser ponderados a fim de se alcançar uma abordagem concreta da problemática, no tocante a permissão ou proibição da prática da eutanásia.

Sob a ótica do Estado Democrático de Direito Brasileiro, que se funda no princípio constitucional da dignidade humana, mensurar os valores vida e liberdade vislumbram o ideal de dignidade, onde é questionado se o valor vida deve ser sobreposto ao valor liberdade, na iminência de a pessoa não se identificar com o ideal de dignidade em face do

seu estado físico, para fins da eutanásia, do seu estado vegetativo ou doença irreversível que o coloque em um estado de plena dependência alheia.

Mas antes de se determinar as diferentes formas, nuances e casos acerca da eutanásia, é preciso retornar ao início e avaliar o contexto em que a morte é inserida na sociedade.

Antes de se falar em morte, é preciso pensar em vida. Partindo desse ponto de vista, todo o homem tem direito à vida, ou seja, o direito de viver e não apenas isso, tem o direito de uma vida plena e digna, respeito aos seus valores e necessidades.

O direito à vida constitui garantia de 1º geração elencado na Magna Carta em seu art. 5º, “caput”.

Art. 5º. Todos São iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.
(BRASIL. 1988.)

Os direitos de primeira geração foram reconhecidos durante as Revoluções Francesa e Americana, vindo a surgir no final do século XVIII e dominaram todo o século XIX. Esses direitos se caracterizam pela imposição de defesa contra as possíveis ingerências e abusos do Estado.

Bonavides (2005, p. 563-564) caracteriza que:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Segado (1997) discorre sobre existência humana como pressuposto fundamental para que se possa vir a falar da existência de demais direitos e liberdades inerentes e pertinentes à vida, que estão elencados em nossa Constituição. É como se fosse um pré-requisito, para usufruir deles necessita anteriormente de ter assegurado o direito vida.

Importante salientar sobre a diferenciação entre o direito à vida e a garantia à vida. Conforme estudos realizados por Rui Barbosa (1932), desde 1891 pode-se dizer que o direito configura-se em bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto que a garantia são instrumentos através dos quais se assegura o pleno exercício dos aludidos direitos ou de imediato os repara, no caso destes serem violados.

Como acentua Moraes (2007, p.46;47), o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.

O direito à vida é, ademais, um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da “não agressão” ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este. O Estado tem, por isso, a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém (CANOTILHO, 2000). Ademais, Canotilho (2000, p. 539) conclui: “o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade”.

Outro importante aspecto diz respeito à questão da relatividade do direito à vida. Embora a Constituição Federal tenha dispensado todo um tratamento sobre o referido direito, é certo que o mesmo, ainda assim, não tem caráter absoluto, a prevalecer, em quaisquer circunstâncias, sobre todos os demais direitos inseridos na Carta Cidadã.

Vários são os constitucionalistas que ressaltam indigitado aspecto do direito à vida, *verbi gratia*:

O direito à vida não é efetivamente absoluto, tanto que o próprio Código Penal Brasileiro não tipifica como ilícito penal a tentativa de suicídio. Ser detentor do direito absoluto à vida, a partir do princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana na aquisição da sua personalidade, não significa que o homem usufrui dessa liberdade e dignidade nas situações mais extremas de sofrimento, devido à ausência de saúde. Ter de renunciar o seu direito à vida, para que seja aplicada a eutanásia ativa, pode parecer garantir uma “morte digna”, mas há quem aceite a ideia de tornar a vida disponível por não conseguir mais garantir uma qualidade de vida digna, e daí justifica-se a necessidade de se aplicar a eutanásia: A conclusão que se segue é que vida é uma espécie de direito cuja tutela se faz pela propriedade e cujo titular é o ser humano capaz, competente, apto a se autodeterminar(...) (SZTAJN, 2009, p. 253-254).

Assim, o direito à vida possui uma íntima ligação com a dignidade, ou poderia dizer, ainda, a plenitude da vida. Isto significa que o direito à vida não é apenas o direito de sobreviver, mas de viver dignamente.

Como assevera Pessini (2004), o termo qualidade de vida pode se referir a várias realidades diferentes, possuindo um caráter valorativo. Dessa maneira, não se pode definir objetivamente o que seja qualidade de vida, eis que esta não se trata de um fato da vida real, mas um valor, resultado de uma análise interpessoal:

[...] Uma coisa é perceber as cores, as formas etc., outra muito distinta é perceber o valor estético do quadro. Sobre o dado de percepção montamos outro, que normalmente chamamos de estimação, preferência ou valoração. A estimação é absolutamente necessária em nossa vida. Ninguém pode viver sem estimar (PESSINI, 2004, p. 150).

Segundo Dworkin (2003, p. 251-268), “as pessoas devem decidir sobre sua própria morte, ou sobre a morte dos outros, em três tipos principais de situação: consciente e competente; inconsciente; e consciente, mas incompetente”.

Chauí (2010, p. 235), numa visão de liberdade de escolha, afirma que:

Vida e morte são acontecimentos simbólicos, são significações, possuem sentido e fazem sentido”. E continua: “Viver e morrer são a descoberta da finitude humana, de nossa temporalidade e de nossa identidade: a vida é minha e minha, a morte. Esta, e somente ela, completa o que somos, dizendo o que fomos.

Sêneca (2007, p. 106), dentre outras lições, ao tratar da atitude do sábio diante da morte em suas cartas afirma que não devemos consertar a vida a todo custo “pois o importante não é viver, mas viver bem”. Assim, “o sábio vive tanto quanto deve e não tanto quanto pode”, “sempre pensa na qualidade de sua existência e não na sua duração”.

Após o estudo de obras de grandes doutrinadores, percebe-se uma colisão frontal de grande importância entre princípios e até mesmo de direitos, como o caso em tela, já que verificamos o embate entre o direito à vida e o direito à dignidade humana, e dentro desta dignidade, qual estaria em patamar elevado: o direito a vida digna ou o direito de se ter uma morte digna?

Lenza (2012, p.973) aborda o tema aludido dizendo que:

A vida deve ser vivida com dignidade. Definido o seu início, não se pode deixar de considerar o sentimento de cada um. A decisão individual terá que ser respeitada. A fé e esperança não podem ser menosprezadas e, portanto, a frieza da definição não conseguirá explicar e convencer os milagres da vida. Há situações que não se explicam matematicamente e, dessa forma, a decisão pessoal (dentro da ideia de ponderação) deverá ser respeitada.

O princípio da autonomia é constantemente mencionado quando se defende a possibilidade de escolha da morte. As pessoas devem ser capazes de, dentro de sua individualidade, definir as questões mais fundamentais de sua vida. A forma de se pensar em morte, deve haver a racionalidade necessária para a escolha, a reflexão exigida para que se tome medida tão extremada (DWORKIN, 2003, 268-271).

Ainda, segundo Dworkin (2003), quando se decide sobre a vida e a morte, existem implicações para três questões morais e políticas específicas, quais sejam a autonomia, os interesses fundamentais do paciente e o que ele denominou de santidade da vida.

Contudo, Sarmiento (2002) discorre que seria de suma importância que existisse essa “ponderação” entre os interesses envolvidos, aplicando para isso a razoabilidade, concordância prática ou ainda a harmonização.

2 A EUTANÁSIA

Eutanásia consiste no ato de facultar a morte sem sofrimento a um indivíduo cujo estado de doença é crônico e, portanto, incurável, normalmente associado a um imenso sofrimento físico e psíquico, sendo considerada a “boa morte” ou “morte serena”.

A perspectiva histórica da prática da eutanásia identifica três momentos:

Num primeiro momento foi denominada como “eutanásia ritualizada”, que consistiu em uma ritualização da morte, como um grande acontecimento da existência humana, que vai além de seu significado meramente biológico. Num segundo momento, denominada como “eutanásia medicalizada”, que se deu com o surgimento da medicina na Grécia e se estendeu até a Segunda Grande Guerra, onde sua prática era justificada pela própria função médica que era tida não somente como aquela que tem por fim curar, mas também de por fim ao sofrimento do paciente, através da morte. E por fim, um terceiro momento, que é o da “eutanásia autônoma”, que coloca em evidência o protagonismo do enfermo hoje; essa é a posição vivenciada atualmente, embora esteja longe de ser pacífica (RODRIGUES, 2005, p. 229).

Na atualidade, observa-se que não somente o sofrimento físico, mas também o psíquico ou moral serve para configurar a agonia incessante pela qual passa o enfermo durante essa situação penosa.

Segundo Serrão (2001), existem três argumentos ou explicações, para o pedido de eutanásia feito pelo paciente: a dor física e neurológica; o sofrimento, que impede que o campo de consciência do doente consiga enxergar algo positivo; e o esgotamento do projeto de vida pessoal, quando o indivíduo está convencido da sua inutilidade como ser humano.

Em casos tais, geralmente o doente não deseja morrer, mas sim deixar de sofrer. “... o desejo dos doentes em apressar a morte... um pedido de socorro por uma ajuda intensamente humano-afetiva, aliada a um combate eficaz à dor.” (BORGES, 1996, p. 363-368). Doente esse que, por vezes, procura ceifar sua vida de todas as formas, inclusive se submetendo à um ato médico.

Pessini (2004, p. 205-206), por sua vez, traz importante consideração com relação à limitação da aplicação do termo eutanásia para o ato médico. Referido autor entende que se o ato não for praticado por um médico deveria ser caracterizado como homicídio por misericórdia ou, quando muito, suicídio assistido.

A eutanásia como forma de ceifar a vida é atualmente considerada uma complexa polêmica acerca de bioética e biodireito, já que, enquanto o Estado tem como princípio a proteção da vida de seus cidadãos, alguns desses, devido ao seu estado precário de saúde, desejam dar um fim ao próprio sofrimento, antecipando a morte e ainda existem aqueles que concordam com isso, dando-lhe consentimento e ainda os que realizam o procedimento final.

As diferentes opiniões residem nos meios utilizados para tal, visto que a confusão terminológica dificulta plenamente essa divergência. Em várias situações obscurece o que se condena e o que se aceita. Feitas essas considerações, temos as figuras afins à eutanásia, que seriam:

A Ortotanásia – morte a seu tempo, que seria o procedimento médico que, diante da morte inevitável e iminente do paciente, interrompe o tratamento inútil da doença, que somente prolongaria um sofrimento desnecessário, e conduz à realização de cuidados paliativos que visem conferir dignidade no morrer (SANTORO, 2011, p.133).

A ortotanásia retrata a noção de que a morte não deve ser adiantada e nem prolongada. É a concepção que versa sobre a morte a seu tempo, sem a intervenção de fatores externos.

A Distanásia – se caracteriza pela utilização de medidas terapêuticas excessivas que não cumprem com sua finalidade de melhorar ou curar o paciente da moléstia que o acomete, pelo

contrário, ao adotar ações fúteis e exorbitantes estaria o médico dando razão a tratamento desumano e degradante, por prolongar a vida estritamente em termos quantitativos, em detrimento da qualidade (LOPES, 2011, p.63-64).

Distanásia, por sua vez, é a tentativa de postergar a morte, por todos os meios médicos possíveis, ainda que isso signifique causar maior sofrimento ao paciente terminal. Há, na verdade, não um prolongamento da vida, mas do processo de morrer.

A Mistanásia – ou eutanásia social é aquela que ocorre em relação a doentes e deficientes que não chegam a ser pacientes. Reveste-se de omissão de socorro estrutural que atinge doentes durante a vida, privados de atendimento digno, pronto e adequado (DUARTE, 2012, p. 06).

Nas palavras de Maria Helena Diniz, citada por Santoro (2011, p. 218), a mistanásia é “a morte do miserável, fora e antes de seu tempo, que nada tem de boa ou indolor”.

O termo pode ter sido originado do grego *mis*, que significa “infeliz”, ou *mys*, radical utilizado para a palavra “rato”. Em ambos os casos, a expressão remete à morte pela situação precária de nutrição ou ausência de cuidados médicos e de higiene básicos. Transcende o âmbito puramente médico-hospitalar, incidindo sobre aqueles indivíduos que sequer têm acesso a este atendimento por motivo de carência social, encontrando-se numa situação de ausência de possibilidades econômicas e políticas (VILLAS-BÔAS, 2005, p.75).

E o Suicídio Assistido – procedimento que permita ao terceiro informar e garantir ao paciente o acesso a algum tipo de substância que induza à morte, como fornecer um determinado remédio para que o próprio paciente ingira, ou prescrever medicamento cuja dose seja mortal ou mesmo instruir sobre o adequado

procedimento a ser efetuado para o alcance do objetivo suicida (GUIMARÃES, 2011. P. 178).

No Código Penal Brasileiro, a participação no suicídio é tipificada quando o agente incide em um desses tipos penais: induzir, instigar ou prestar auxílio. Em se tratando de compatibilidade com a eutanásia, em que a morte e o auxílio para que ela ocorra são decorrentes da compaixão perante um sofrimento atroz, não cabe falar de indução ou instigação por parte do agente, somente o auxílio ao suicídio, e mesmo esta ajuda está relacionada a uma motivação *sui generis*, que é o sentimento de piedade perante a dor do próximo.

Contudo, as diferenças na intenção dos agentes ao participarem de algum dos tipos acima descritos, ao final acabam tendo o mesmo elemento motivador, qual seja, buscar que seja respeitado a dignidade da pessoa enferma.

É necessário que se amplie o respeito diante da autonomia da vontade, princípio este completamente integrado ao princípio da dignidade humana, para que se possa entender que o homem deve satisfazer a si mesmo, aos seus desejos e vontades, e não à sociedade, que em determinados momentos se preocupa apenas com a falta que aquele indivíduo irá fazer para com os outros, sem se importar com o mesmo.

Desta forma, podemos enxergar a eutanásia em sentido mais amplo, como sendo a maneira encontrada para se pôr fim à uma vida sofrida, à uma doença incurável ou mesmo aos tratamentos que chegam à ser cruéis, já que se sabe que não levarão a nenhuma melhora, apenas delongando ainda mais o sofrimento e retardando o tão esperado fim pelo paciente.

3 A PARTICIPAÇÃO DE TERCEIRO NA MORTE DE OUTREM: RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO E OS CUIDADOS PALIATIVOS

Ao se discorrer sobre a prática da eutanásia, um fator muito importante deve ser levado em consideração: A conduta do terceiro que participa do processo de aplicação da eutanásia.

A primeira teoria a ser discutida é a unitária, segundo a qual o consentimento do ofendido sempre afastaria a tipicidade da conduta, seja ou não o consentimento, parte integrante do tipo penal. Assim, independentemente do bem jurídico lesionado, o consentimento seria capaz de afastar a tipicidade, não havendo que se falar em consentimento capaz de atingir a ilicitude, já que esta sequer seria cogitada.

Roxin (1997) defende o consentimento como causa de exclusão da tipicidade, dentre outros argumentos, na liberdade de ação de quem consente e no papel que o bem jurídico desempenha com relação ao seu titular. Entende que os bens jurídicos, servindo para o livre desenvolvimento do indivíduo:

[...] não pode existir lesão alguma do bem jurídico quando uma ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não menospreza seu desenvolvimento, mas que, pelo contrário, constitui sua expressão (ROXIN, 1997, p. 517).

Ao discutirem a relevância do consentimento da teoria do delito, para Hassemer; Larrauri (1997, p. 56):

Deslocada a primeira suposição para a tipicidade, no sentido de entender-se que, se há consentimento, já não se pode produzir uma ofensa penalmente relevante do bem jurídico (conduta típica), tornou-se comum afirmar que as causas de justificação

são aquelas situações em que o legislador considera preferível permitir a lesão ao bem jurídico, isto é, autoriza a lesão de um bem jurídico para salvaguardar um interesse prevalente, de maior valor.

Vale ainda destacar o posicionamento de Cirino (2002, p. 194), para quem:

[...] do ponto de vista teórico, os argumentos favoráveis à concepção do consentimento real como excludente do tipo parecem convincentes: o consentimento real exclui o desvalor da ação e o desvalor do resultado e, por consequência (sic), descaracteriza o próprio tipo de crime; o consentimento real exprime desinteresse na proteção do bem jurídico e, portanto, indica situação de ausência de conflito do sistema de justificações.

Entretanto, a ideia de que o consentimento exerce função dupla na Teoria do Delito, ainda que não se lhe atribua nome diferente, encontra adeptos em diversas doutrinas.

Assim, os defensores da Teoria Dualista do consentimento afirmam sua dupla função: excludente da tipicidade e da ilicitude da conduta. Cada uma das funções encontraria aplicação conforme o dissenso da vítima integrasse ou não a definição típica do crime, desde que, em todo caso, o bem jurídico protegido pela norma penal integrasse a esfera de disponibilidade da vítima.

Welzel (1956) sustenta inclusive à respeito do consentimento que pode excluir o tipo, e isso ocorre em todos os casos em que atuar contra a vontade do afetado pertence ao tipo.

Assim, é de reconhecerem-se os tipos em que se materializa, por parte do agente, uma atuação contrária à vontade do titular do bem

como aqueles em que, presente o consentimento, haverá afastamento da tipicidade.

Para Tavares (1985), importante salientar sobre outros critérios como o valor social do resultado, a anterioridade do consentimento à ação lesiva, a não infringência aos bons costumes e a adequação da conduta à forma e ao modo de execução efetivamente consentidos. Tavares ressalta ainda que se deve apreciar estes critérios em conjunto, para aferir até que ponto o consentimento pode excluir a antijuridicidade.

Prado (2005, 414) compartilha desse entendimento sobre o consentimento, observando que “O consentimento do sujeito passivo pode excluir a tipicidade da ação ou da omissão, quando requisito intrínseco ao tipo legal, ou, eventualmente, quando externo a ele, elidir a ilicitude da conduta”.

Há de se falar ainda de outras práticas realizadas por terceiros, como os cuidados paliativos, realizados através dos profissionais de saúde em enfermos que chegaram a uma situação onde não faz mais sentido continuar com tratamentos, mas que necessitam de cuidados específicos para que a dor, entre outras coisas, seja diminuída nesses últimos momentos.

O cuidado paliativo é definido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), citado por SEPÚLVEDA, 2002, 91-96) como:

[...] uma abordagem que melhora a qualidade de vida do paciente e seus familiares frente a problemas associados a doenças que ameacem a vida, através da prevenção e alívio do sofrimento por meio de uma identificação precoce e avaliação e tratamento impecáveis da dor e outros problemas, físicos, psicossociais e espirituais.

Uma das mais bem sucedidas iniciativas de aplicação dos cuidados paliativos tem sido o programa Hospice. Nesta abordagem, uma equipe interdisciplinar provê cuidados paliativos para os pacientes, ajudando-os e a seus familiares nos aspectos emocionais e espirituais que fazem parte da experiência de morrer. Os pacientes continuam a ser tratado por seus próprios médicos, mas há uma ênfase no cuidado domiciliar dispensado por uma equipe treinada composta por enfermeiros, assistentes sociais, religiosos e voluntários. Os sintomas físicos são tratados para que o paciente permaneça confortável e busca-se propiciar que o indivíduo e os familiares alcancem um crescimento pessoal com as vivências que o morrer oferece. Neste ambiente, muitas questões familiares mal resolvidas podem ser solucionadas e reconciliações ocorrem (ALMEIDA, 2004).

Segundo a definição do Comitê de Ética da Associação Européia de Cuidados Paliativos, a eutanásia só pode ser voluntária e ativa, sendo definida como “matar à pedido”.

A morte é entendida como uma parte da vida que propicia experiências enriquecedoras para todos os envolvidos. Segundo a dialética em torno dos cuidados paliativos, estes dão a oportunidade dos enfermos resolverem conflitos duradouros, de dizer adeus e dos seus entes terem a certeza de que cuidaram até o fim.

4 CONCLUSÃO

Ao final deste artigo, constata-se a importância de que se defina, precisamente, diversos conceitos e estados, por tratar-se do delicado tema da morte.

A vida é sagrada e inviolável sob qualquer circunstância? O que é vida, ou melhor, como as pessoas podem compreender o que é uma vida boa?

O pré conceito de indisponibilidade da vida vem sendo fragilizado e as pessoas estão voltando seus pensamentos para aquilo que elas consideram como parte de sua essência, ou seja, suas convicções, suas memórias, sua relação com o mundo.

Durante todo o texto, foram apresentados argumentos prós e contrários à eutanásia, principalmente no âmbito jurídico e bioético, bem como as reações sociais frente a sua prática.

Em relação à permissão da eutanásia, tem-se uma dimensão da justificação. O primeiro aspecto que deve ser abordado é a autonomia da vontade. Negar a prática da eutanásia culmina numa valoração estremada do bem vida em detrimento da dignidade, em alguns casos, e fragiliza a conceituação dos valores igualdade e liberdade, e a igualdade principalmente no tocante aos casos em que o ordenamento jurídico brasileiro permite a violação do direito à vida, como é o caso do consentimento para o aborto do feto anencéfalo.

Contudo, não pode ser considerado razoável a tipificação como homicídio, ainda que privilegiado de uma conduta tão *sui generis* como a eutanásia, em que o ato é praticado com o consentimento do indivíduo ou mesmo de sua família, quando este não detém mais de condições e ainda, por ser motivada por razões humanitárias.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Alexander Moreira de. **Suicídio Assistido, Eutanásia e Cuidados Paliativos**. Suicídio: Estudos Fundamentais. São Paulo, Segmento Farma, 2004.

BARBOSA, Rui. **Comentarios à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1932.

BORGES, A. **“Morrer dignamente. A obstinação terapêutica”**, in: Archer, L., Biscaia, J., Osswald, W., Bioética, Lisboa, Editorial Verbo, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). 5. ed. Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo : Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição. Coimbra [Portugal]: Livraria Almedina, 2000, p. 526/533/539.

CHAUÍ, Marilena. **Filosofia**. Série Novo Ensino Médio. 2. ed. São Paulo: Ática, 2010.

DUARTE, Evangelina Castilho. **O direito de Morrer a propósito da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina**. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/722012.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia – novas considerações penais**. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena. **Justificación material y justificación procedimental em elDerecho Penal**. Madrid: Tecnos, 1997.

Anais

XII Congresso Brasileiro Direito e Teoria do Estado
VIII Seminário Internacional de Direitos Humanos

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / Pedro Lenza. – 16. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia – aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Atheneu, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: editora Atlas, 2007.

PESSINI, Leo. **Eutanásia, porque abreviar a vida?**, Editora Centro Universitário São Camilo; Editora Loyola, São Paulo, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **A eutanásia: um problema a ser enfrentado pela Bioética e pelo Direito**. Revista jurídica da Universidade de Franca. França, v. 8, nº 14, jan/jun 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte general, tomo I**. Madrid: Civitas, 1997.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer, eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Ed. Del Rey, 2005.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna – o direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá, 2011.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. São Paulo: Lumen Juris, 2002.

SEGADO, Francisco Fernandez. **El sistema constitucional español**. Madrid: Dykinson, 1997, p. 210.

SÊNECA. **As relações Humanas: a amizade, os livros, a filosofia, o sábio e a atitude perante a morte**; tradução do francês Renata Maria Parreira Cordeiro. 2. ed. São Paulo: LandyEditora, 2007.

SEPÚLVEDA C, Marlim A, Yoshida T, Ullrich A. **A palliative care: the World Health Organization's global perspective**.J PainSymptManage. 2002.

SERRÃO, D. “**Ética das atitudes médicas em relação com o processo de morrer**”,in: Serrão, D., Nunes, R., *Ética em Cuidados de Saúde*, Porto, Porto Editora. 2001.

SZTAJN, Rachel. **Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da res. CFM nº 1.805/2006**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 17, n. 66, p. 245-257, jan. 2009.

TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

INCONSTITUCIONALIDADE DA DECADÊNCIA EM FACE AO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDENCIA SOCIAL

*Sílvio de Sá Batista**

RESUMO: Ao decidir o Recurso Extraordinário n. 626.489, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 103 da Lei 8.213/91, que instituiu o prazo decadencial de 10 anos para o segurado da previdência social requerer a revisão do ato de concessão do benefício previdenciário. Ocorre que a previdência social é, na Constituição Federal de 1988, um direito social fundamental do trabalhador brasileiro. Os direitos fundamentais constitucionais, em uma visão neoinstitucionalista, pertencem um conjunto de direitos líquidos (autoexecutivos) e certos (infungíveis) insuscetíveis de novas reconfigurações, sem que o povo, único detentor do poder político no Estado Democrático de Direito, seja ouvido (devido processo legal). A partir dessa conjectura, entende-se que a instituição de prazo decadencial, em face dos benefícios previdenciários (direito alimentar fundamental à manutenção da dignidade humana), é absolutamente inconstitucional.

Palavras-chave: Direito fundamental. Decadência. Estado Democrático de Direito.

* Advogado. Mestre em Direito Processual pela PUC/MG Pós-Graduado *lato sensu* (Especialista) em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC MINAS). Assessor do INPEJ - Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Professor de Direito Processual do Centro Universitário Santo Agostinho e da Polícia Militar de Minas Gerais. Email: silvio.desa@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1073940478325195>.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, em julgado recente, reconheceu a constitucionalidade do prazo decadencial de 10 anos para o segurado da previdência social requerer a revisão do ato de concessão do benefício previdenciário. O presente artigo tem por objetivo demonstrar que, por se tratar de um direito social fundamental, é inadmissível a instituição de prazos para o segurado reaver o valor real de um benefício alimentar.

Para sustentar tal entendimento, a argumentação foi desenvolvida em quatro partes. Na primeira, apresentou-se uma exposição sucinta sobre a incorporação da prescrição e da decadência no âmbito do direito previdenciário. Demonstrou-se que há um consenso doutrinário quanto à aplicação da prescrição no âmbito previdenciário, entendimento que não prevalece em relação à decadência.

Em um segundo momento, houve uma preocupação em demonstrar a polêmica gerada, no âmbito do direito previdenciário, no que diz respeito ao reconhecimento do prazo decadencial. Para tanto, discordou-se do posicionamento do STF, que reconheceu a constitucionalidade do art. 103 da Lei 8.213/91, que trata do prazo decadencial em face de um benefício social.

Na terceira parte do artigo, defendeu-se a tese, com fundamento na teoria neoinstitucionalista, de que os direitos constitucionais fundamentais são insuscetíveis de modificação, sem que o povo, único detentor do poder político no Estado Democrático de Direito, seja ouvido (devido processo legal). Nesse sentido, argumentou-se que os direitos sociais fundamentais, devido a sua correlação direta com a dignidade da pessoa humana, não sucumbem a prazos decadenciais, é possível aceitar apenas os prazos prescricionais para o segurado rever as parcelas em atraso.

Por fim, na quarta e última parte, procurou-se argumentar sobre a questão do equilíbrio financeiro e o déficit da previdência social. Tais matérias têm sido invocadas não apenas pelo legislativo para justificar reformas junto à previdência social, como também têm servido de embasamento jurídico para decisões do próprio judiciário. Tal discurso é desprovido de rigor científico servindo, assim, de instrumento ideológico para atacar os direitos sociais fundamentais.

2 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Inicialmente o Decreto-Lei n. 20.910/32 disciplinava as situações de prescrição nas pretensões (ações) ajuizadas contra a Fazenda Pública de um modo geral. No campo do direito previdenciário, os casos de prescrição eram resolvidos com base no mencionado decreto.

Com a publicação da LOPS (Lei Orgânica da Previdência Social), o instituto da prescrição foi introduzido no direito previdenciário, no art. 57, da referida lei. O dispositivo legal estabelecia que “não prescreverá o direito ao benefício, mas prescreverão as prestações respectivas não reclamadas no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data em que forem devidas.” Desse modo, a Lei LOPS pode ser considerada um marco jurídico-político, no que diz respeito à introdução da prescrição em dispositivo específico da lei de benefícios previdenciários. (BALERA, 2011).

Posteriormente, com a edição da Lei 8.213/91, em seu art. 103, o legislador estabeleceu novos requisitos para a prescrição contra o segurado da previdência social. Em sua redação original, dispunha o artigo: “Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestação não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes.” (BALERA, 2011).

Depreende-se que a lei, em sua redação original, “não previu qualquer prejuízo ao direito ao benefício propriamente dito, apenas ao recebimento das prestações não pagas e não reclamadas por mais de 5 (cinco) anos.” (KRAVCHYCHYN, 2012, p. 60).

A partir da observação de Gisele Lemos (2012), chega-se a uma demarcação importante: “o legislador originário adotou o entendimento de que não haveria decadência no direito previdenciário, tampouco a prescrição atingiria o fundo do direito, ou seja, o direito que teria o segurado de ver revisto, concedido ou aumentado seu benefício.” (KRAVCHYCHYN, 2012, p. 60).

O que previa a lei de benefícios previdenciários, em sua configuração inicial, era apenas a limitação do recebimento de parcelas em atrasos, sem qualquer menção ao direito de revisão do chamado fundo direito, que poderia ser pleiteado a qualquer tempo. (KRAVCHYCHYN; CASTRO; LAZZARI, 2010).

Porém, apesar da clareza da redação legislativa em relação ao tema, várias pretensões (ações) vieram a juízo, o Instituto Nacional do Seguro Social pleiteava não só a aplicação da prescrição, mas também do instituto da decadência. O tribunais manifestaram no sentido de que a prescrição, no direito previdenciário, atinge as prestações vencidas nos últimos 5 (cinco) anos à propositura da (ação), nunca o direito de revisão em si. Assim, no direito previdenciário, não se cogitava a decadência, apenas a prescrição das parcelas em atraso.

O fundamento jurídico para afastar a aplicação da decadência se pautava na inexistência de norma específica sobre o assunto. A lei mencionava a possibilidade de aplicar o prazo prescricional em relação ao direito de recebimento das parcelas em atraso. Quanto à decadência a lei previdenciária era totalmente omissa.

Não obstante, para suprir a lacuna legislativa, no que diz respeito à decadência, editou-se, em 27 de junho de 1997, a Medida Provisória n. 1.523-9, convertida em Lei (9528/97), no dia 10 de dezembro do mesmo ano. A inovação legislativa finalmente introdução o prazo de 10 anos para o segurado do INSS rever o ato de concessão do benefício previdenciário.

Desse modo, o instituto da decadência, introduzido pela Medida Provisória n. 1.523-9/97, passou a dispor que a “decadência atinge todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário tendente à revisão dos atos de concessão do benefício (cálculo da renda mensal inicial, por exemplo) [...]” (LAZZARI, CASTRO, 2011, p. 121).

Sobre os impactos da Medida Provisória n. 1.523-9/97, Gisele Lemos Kravchychyn leciona nos seguintes termos: “[...] no que se refere à revisão dos valores pagos bem como à revisão do benefício como um todo (tempo de serviço/contribuição, coeficiente de cálculo...), desde que o direito em si tenha sido concedido, utilizar-se-ia, antes de 1997, apenas o quinquênio legal para limitar o pagamento das parcelas devidas e não pagas.” (2012, p. 62).

Em razão da MP 1.523-9/97, grande parte da doutrina passou a admitir que até 1997 não há de se falar em decadência. Em data posterior à publicação da medida provisória, considerou-se plenamente possível a aplicação do instituto em face dos benefícios previdenciários. (ALENCAR, 2012).

Contudo, após a inovação legislativa, o judiciário passou a ser alvo de questionamentos quanto à aplicabilidade da decadência para os benefícios concedidos antes de 1997. A maioria da doutrina manteve o entendimento de que o prazo de decadência para revisão da renda mensal inicial, estabelecido pela nona edição da Medida Provisória n. 1.523/97, de 27/06/1997, somente poderia atingir as relações

jurídicas constituídas a partir de sua vigência, vez que a norma não é expressamente retroativa e trata de instituto de direito material. (LEMES, 2011).

A polêmica chegou ao Superior Tribunal de Justiça, e a Corte Superior se posicionou no sentido de que a decadência, por se tratar de instituto de direito material, surte efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor. Para o STJ o instituto da decadência, introduzido pela Medida Provisória n. 1.523-9/97, não poderia atingir os benefícios concedidos antes de 1997 por ausência de previsão legal. (MARTINEZ, 2010).

Inconformado com a decisão do STJ, o Instituto Nacional do Seguro Social recorreu ao Supremo Tribunal Federal, reclamando que a decadência, no âmbito do direito previdenciário, deveria atingir também os benefícios concedidos antes de 1997. O STF enfrentou a questão e tomou uma posição diversa à adotada pelo STJ. Entendeu que a decadência aplica-se para todos os benefícios previdenciários, independente da data de concessão.

3 ENTENDIMENTO EQUIVOCADO DO STF SOBRE DECADÊNCIA EM DIREITO FUNDAMENTAL

Se a prescrição aplicada aos benefícios previdenciários permanecia pacífica, o mesmo não acontecia com o instituto da decadência. Na verdade, a Medida Provisória n. 1.523-9/97, convertida na Lei 9.528/1997, gerou, no âmbito previdenciário, grande impasse no que diz respeito a sua aplicabilidade em face dos benefícios concedidos antes da inovação legislativa.

É pacífico que um dos princípios que regem as relações previdenciárias é o *tempus regit actum*. (RIBEIRO, 2013). Com base

nesse postulado defendeu-se a ideia de que o prazo decadencial da Lei 9.528/1997 apenas poderia ser aplicado aos benefícios previdenciários concedidos após a inovação legislativa. (BALERA, RAEFFRAY, 2012).

A polêmica chegou ao STF por meio do RE: 626.489, onde o Tribunal Superior reconheceu sua repercussão geral. Ao decidir a questão controvertida, o relator do caso, Ministro Luís Roberto Barroso, argumentou, com esteio na doutrina de Marcelo Leonardo Tavares (2003), que a previdência social é um direito fundado na dignidade da pessoa humana. Porém, ao proferir o *decisum*, o relator reconheceu a legalidade na aplicação do prazo decadencial para revisão do ato de concessão do benefício previdenciário.

Em linhas gerais, o Ministro do STF entendeu que a decadência, instituída pela MP n. 1.523-9/1997, atinge a pretensão de rever o benefício previdenciário. Para o relator, o benefício previdenciário, deferido pelo INSS, não garante ao segurado a manutenção do regime jurídico pretérito, que assegurava o direito de revisão do benefício a qualquer tempo.

A linha de entendimento adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi que o prazo decadencial não teria efeito retroativo, mas o início da sua contagem se inicia a partir de 1997. Com base nesse posicionamento, a decadência poderia ser aplicada para todos os benefícios previdenciários, inclusive para aqueles concedidos antes da entrada em vigor da medida provisória.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, o raciocínio utilizado pelo STF é o mesmo estabelecido em precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos à aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/1999, que trata da decadência no âmbito do direito administrativo.

Depreende-se que, segundo o STF, não se trata de aplicabilidade retroativa, mas da instituição de um termo inicial para a contagem do prazo decadencial para todos os benefícios previdenciários. Entendeu o STF que a pretensão de discutir a graduação econômica do benefício já concedido destina-se a resguardar a segurança jurídica e o equilíbrio atuarial, evitando-se, assim, situações de instabilidade e a eternização dos litígios.

Por fim, o STF deu provimento ao Recurso Extraordinário n. 626.489, argumentando que a instituição do prazo decadencial aos benefícios já concedidos é compatível com a Constituição Federal, em razão da segurança jurídica e da solidariedade social, cuja finalidade precípua é preservar o equilíbrio atuarial do sistema.

Em que pese o esforço o STF em justificar a aplicação do prazo decadencial em face dos benefícios previdenciários, defende-se, neste breve artigo, contrariando o argumento do Ministro Luís Roberto Barroso, que, em se tratando de um direito social fundamental, o prazo de decadência é absolutamente inaplicável.

A saída encontrada pelo Supremo Tribunal Federal para resolver a questão não foi jurídica, mas política. Prevaleceu o argumento indemarkado do “interesse público”, cuja finalidade estratégica é assegurar o controle do sistema jurídico com base na livre convicção dos tutores da sociedade fechada. (LEAL, 2010).

4 LIMITES DA DECADÊNCIA FRENTE À LIQUIDEZ E CERTEZA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, na constitucionalidade democrática, equivalem a um “título executivo extrajudicial que, em seus conteúdos de liquidez e certeza, se lança à imediata satisfação como devido a

priori pela administração governativa [...]” (LEAL, 2005, p. 26). A previdência social é direito fundamental e tem correlação direta com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O art. 6º da Constituição Federal trata dos direitos sociais e estabelece que a previdência social, ao lado da saúde, da assistência social, da educação e do trabalho compõe um conjunto de direitos essenciais à vida humana. Daí o pertinente argumento de José Luiz Quadros de Magalhães de que a “nova realidade constitucional significa afirmar não somente que a Previdência Social passou a ser considerada direito social, como também transformou-se em direitos fundamentais dos seres humanos [...]” (2000, p. 249).

A previdência social, como direito fundamental do homem, também teve proteção jurídica pelo Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, do qual o Brasil é signatário desde 25 de setembro de 1992. Isso significa que reconhecimento da previdência social como direito fundamental não é apenas uma determinação da Constituição brasileira, mas uma imposição universal.

A previdência social não se revela como um favor do Estado, mas um direito fundamental mantido pelo próprio povo trabalhador. Cabe aos agentes políticos - eleitos pelo voto popular - efetivá-lo, pois não foi dado aos agentes públicos, discricionariedade quanto à implementação de direito social fundamental.

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais, em sede de Estado Democrático de Direito, não podem ser interpretados, modificados ou restringidos sem que seja ouvido o povo, único detentor de poder político. (BRÊTAS, 2010). Daí a importância do magistério de Rosemiro Pereira Leal, quando ele trata da liquidez e certeza dos direitos fundamentais na constitucionalidade brasileira. Pois: “Se os direitos fundamentais não forem executados juridicamente, nunca se

poderá falar num piso de igualdade para incluídos e excluídos como ponto de partida ao reconhecimento cognitivo [...]” (2005, p. 79).

Em face desse entendimento só é possível perceber quem pertence ao “bloco” de minorias ou dos desiguais, após a implementação dos direitos fundamentais. Assim, “antes do atendimento desses direitos fundamentais, as pessoas estarão sempre em níveis de uma desigualdade ilegal que impedem de debater e pretender, no espaço-tempo procedimental, direitos em condições argumentativas isonômicas. (LEAL, 2005, p. 79).

O Estado Democrático de Direito, compreendido como uma coinstituição política, tem a função precípua de autoincluir, qualquer do povo, em direitos fundamentais de vida, liberdade e dignidade. (LEAL, 2013). E a previdência social é um dos meios pelo qual o Estado assegura ao trabalhador brasileiro o direito à vida, e vida com dignidade e liberdade. Portanto, se um benefício previdenciário foi concedido à margem da legalidade democrática, (LEAL, 2010) é dever dos agentes políticos, que compõem a estrutura governativa do Estado, corrigi-lo *ex officio*, e devolver ao trabalhador tudo o que foi indevidamente apropriado pelo governo. Não se admite, portanto, legitimar a arbitrariedade, daí ser inconcebível falar em decadência em direito fundamental.

Não é possível cogitar a ideia de vida com dignidade, se ao trabalhador, segurado da previdência social, é vedado o direito de reaver o valor real de seu benefício alimentar. Se o Supremo Tribunal Federal encontrou constitucionalidade no art. 103 da Lei 8.213/91, que impõe prazo decadencial para o segurado revisar o ato de concessão do benefício, isso significa que o direito fundamental pode ser controlado pela conveniência e interesse dos portadores de autoridade. Tal situação é inaceitável em um paradigma de Estado Democrático de Direito. (LEAL, 2005).

Nesse sentido, de forma acertada, FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM argumenta que “a decadência somente poderá atingir direitos potestativos abstratamente considerados, nunca o direito concreto, individualizado, já integrado ao patrimônio jurídico do segurado da Previdência Social, sob pena de desrespeito à Constituição.” (2011, p. 404).

A instituição do prazo decadencial para benefícios previdenciários, concedidos à margem da lei pela atividade governativa, afronta o direito fundamental do trabalhador em assistir sua aposentadoria corrigida monetariamente como manda a lei. Além disso, estabelece uma espécie de enriquecimento ilícito a favor do Estado, que, arbitrariamente, viola direito dos trabalhadores, e, ao mesmo tempo, os impede de restabelecer o valor real. (SARLET, 2011). Portanto, nas situações em que o segurado obteve um benefício previdenciário em valor inferior ao devido, o direito a revisão é uma medida que se impõe.

INGO WOLFGANG SARLET afirma que “a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o constituinte, ao mesmo tempo, tivesse outorgado a estes direitos proteção jurídica diminuída.” (2011, p. 337).

É inconcebível que, depois de ter contribuído corretamente com a previdência social, o segurado venha a receber benefício a menor ao que de direito. O sistema previdenciário brasileiro é contributivo e tem como objetivo a busca pelo equilíbrio financeiro e atuarial. Porém, se o segurado passar a receber um benefício com valor diverso do que tinha direito, considerando as contribuições vertidas ao sistema, o Estado jamais poderá impor condições ou limites ao direito de revisão do benefício.

Se o segurado fez suas contribuições, atendendo aos preceitos legais, atingindo os requisitos do evento determinante da prestação previdenciária, a negativa do benefício ou sua concessão em valores inferiores ao devido implicaria, intuitivamente, um saldo a maior para o sistema, em desfavor dos interesses do segurado, ignorando a jusfundamentalidade da proteção previdenciária e, adicionalmente, em flagrante desrespeito ao preceito Constitucional que determina o equilíbrio atuarial do sistema contributivo. (IBRAHIM, 2011, p. 408).

5 EQUILÍBRIO FINANCEIRO E O MITO DÉFCIT DA PREVIDÊNCIA

O equilíbrio financeiro e atuarial foi introduzido na Constituição Federal por meio da Emenda 20/98. Atualmente, o chamado “equilíbrio financeiro e atuarial” da previdência social tem sido o principal argumento de governos e tribunais para restringir os direitos fundamentais do povo.

Em defesa do direito de reajuste do benefício previdenciário para os aposentados que continuam trabalhando, Fábio Zambitte Ibrahim assim argumenta:

A questão atuarial fosse, no Brasil, tomada com a seriedade que é apresentada pelos detratores da desaposentação, curvar-me-ia à crítica e abandonaria a tese, pelo menos, nos padrões atuais, sem a restituição dos valores recebidos. Mas a realidade brasileira é outra, não havendo, em qualquer quadrante da previdência social brasileira, nos regimes públicos, o rigor atuarial pretendido. (2010, p. 65).

Na verdade, os tribunais têm decidido questões previdenciárias sem saber se há, de fato, desequilíbrio nas contas da previdência social. Um dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, para

justificar o prazo decadencial em face do benefício previdenciário, é a preservação do equilíbrio atuarial do sistema previdenciário.

Porém, em relação à previdência social, a questão essencial que merece esclarecimento é a seguinte: existe déficit? Em caso afirmativo, há algum responsável pelo rombo das contas da previdência social? Se o segurado contribui regularmente, deve receber benefícios correspondentes às contribuições vertidas ao sistema.

Por outro lado, se há contribuição e o benefício não foi concedido, considerando a contribuição vertida ao sistema previdenciário, não estaria o sistema de seguridade social do Brasil deixando de cumprir a função social para a qual foi criado? (BALERA, RAEFFRAY, 2012).

Já em relação às contas da previdência social, os meios de comunicação de massa noticiam suposto *déficit*. Não obstante, o discurso que se apresenta para corrigir a situação deficitária da previdência social é a necessidade de reformas legislativas restritivas de direitos sociais. Ocorre que não existem dados claros, capazes de demonstrar se os valores arrecadados a título de contribuição estão aquém das demandas por benefícios previdenciários.

Em recente estudo sobre o assunto, Élvio Flávio de Freitas Leonardi demonstra, através de pesquisa nos Anuários Estatísticos da própria Previdência Social, que, ao contrário do que se alardeia, o sistema é superavitário:

Logo, da detida análise dos números apresentados, é fácil observar que o sistema previdenciário brasileiro não é deficitário, mas pelo contrário, apresenta, em todos os últimos 10 (dez) exercícios financeiros, superávit totalizando, segundo dados obtidos no Anuário Estatístico da previdência Social, o montante de R\$ 65.653.047.097,16 (sessenta e cinco bilhões, seiscentos e

cinquenta e três milhões, quarenta e sete mil e noventa e sete reais e dezesseis centavos).

Considerando o prestimoso estudo feito por Freitas Leonardi, é preciso lembrar ainda que a arrecadação da seguridade social sofre uma perda de 20%, destinada a outros fins alheios aos da seguridade social. Trata-se da “DRU” – Desvinculação dos Recursos da União, permitida pelo art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT:

Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2011, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. (Nova redação dada pela EC n. 56, de 2007).

Ou seja: em razão da “DRU”, os cofres da seguridade social sofrem um “abate” de bilhões de reais, que, via de regra, deveriam ser destinados exclusivamente à seguridade social.

Outra questão que merece ser enfrentada diz respeito aos benefícios previdenciários estendidos aos trabalhadores rurais. Os trabalhadores rurais, em regime de economia familiar, estão dispensados de contribuir com o INSS, porém, o custeio desses benefícios sai dos cofres da previdência social. Em resumo, o sistema previdenciário brasileiro adota um regime contributivo, mas concede benefícios a quem não contribui. O mesmo se aplica a outros benefícios sociais, custeados pelo sistema contributivo da previdência social.

Não se defende aqui que o Estado deve eliminar benefícios rurais e assistenciais. Tais benefícios são legítimos e não resta dúvida de que o Estado Democrático de Direito tem compromisso com a inclusão de todos do povo em direitos fundamentais. A crítica reside na

ausência de uma fonte específica de custeio para tais benefícios, de modo a desonerar a previdência social que não se destina a esse fim. Tal medida poderia enfraquecer o discurso estratégico-mercadológico, sustentado por bancos e empresas privadas, de que a previdência social, no Brasil, é uma “bomba relógio”.

Infelizmente, a previdência social brasileira, tem sido administrada, ao longo dos anos, ora por uma concepção ultrapassada de Estado Liberal, ora por uma concepção falida de Estado Social. O que se busca na contemporaneidade (AGAMBEM, 2012) é uma previdência social administrada por matrizes teóricas oriundas de um paradigma que assegure a liquidez e certeza dos direitos fundamentais do povo.

4 CONCLUSÃO

A previdência social é um direito fundamental, cuja finalidade primordial é proporcionar ao segurado/trabalhador a satisfação de suas necessidades básicas em momentos essenciais da vida humana. Juntamente com a saúde e a educação, a previdência social se inclui entre os direitos sociais fundamentais do povo brasileiro, que equivalem a um título executivo extrajudicial.

Para a organização internacional do trabalho – OIT – os Estados devem garantir o integral direito à seguridade social, mediante a consolidação de políticas institucionais que resguardem a dignidade humana. O papel essencial dos governos é o fortalecimento de medidas contra a privação econômica, dentre as quais se destaca a previdência social.

Por isso, falar em constitucionalidade do art. 103 da Lei 8.812/91, como entendeu o Superior Tribunal de Federal em relação ao prazo decadencial para a revisão do benefício alimentar, é desconsiderar o que é direito fundamental na constitucionalidade brasileira. O que se

poderia admitir, e isso tem consenso na doutrina, é o prazo prescricional, jamais o direito de reaver o valor real do benefício propriamente dito, conforme estabeleceu o legislador derivado na redação originária da Lei 8.213/91. Aceitar a aplicação do instituto da decadência em face de um direito social fundamental, como é o caso da previdência social, é um retrocesso político social, inadmissível pela constitucionalidade brasileira.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? e outros ensaios.** Trad. Vinícius NicastroHonesko. 3. reimp. Chapecó: Argos, 2012.

ALENCAR, Hermes Arraes Alencar. **Cálculo de Benefícios Previdenciários: regime geral de previdência social.** Teses Revisionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposeitação:novos dilemas.** Revista Previdência Social-RPS, A XXXIV, jan./2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

BALERA, Wagner. **Legislação Previdenciária anotada.** São Paulo: Conceito, 2011.

BALERA, Wagner; RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Processo Previdenciário: teoria e prática.** São Paulo: Conceito, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Prescrição e Decadência no Direito Previdenciário em matéria de benefício**. 3. ed. São Paulo: LRr, 2012.

KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; CASTRO, Carlos A. Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Prática Processual Previdenciário**. São Paulo: Conceito, 2010.

MAGALHAES, José Luiz Quadros. **Direito Constitucional**. 2. ed. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 2010.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial: regime geral da previdência social**. Curitiba: Juruá, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

Anais

XII Congresso Brasileiro Direito e Teoria do Estado
VIII Seminário Internacional de Direitos Humanos

LEMOS, Emerson Costa Lemes. **Manual dos cálculos previdenciários**. 2 ed. – Ampliada e Atualizada. Curitiba: Juruá. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Quinze anos de Constituição**. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). “Cláusulas Pétreas” e Direitos Fundamentais: os Direitos Sociais como limites materiais à reforma constitucional. 2011.



ISSN 2236-1111

