

**BOLETIM DA INICIAÇÃO CIENTÍFICA – 2019 – SETEMBRO – ANO II – Nº 11**

O Programa de Iniciação Científica – PIC da Fadileste, Coordenado pelo Professor Mestre Hugo Garcez Duarte, com vistas à difusão periódica do pensamento científico de seus membros e convidados, instituiu, no ano de 2018, o seu Boletim jurídico, a ser publicado mensalmente.

A versão de nº 11, publicada no mês de setembro de 2019, contou com os seguintes participantes e trabalhos publicados:

**1. Professores(as) do Programa**

Mestre Hugo Garcez Duarte  
Gedaias Teixeira Xavier

**2. Orientandos**

Acadêmica Cristiane de Freitas Soares  
Acadêmico Murilo Rodrigues de Oliveira

**3. Convidados**

Acadêmica Braiany Núbia Barglini de Oliveira  
Acadêmica Walleska Mariane Barros  
Bacharel em Direito Luis Carlos H. Lima

**4. Trabalhos**

A hiperjudicialização brasileira  
A liberdade de expressão no texto constitucional de 1988  
Alguns casos polêmicos envolvendo indígenas no Brasil  
Alterações à legítima defesa sugeridas pelo projeto de lei anticrime  
Breves comentários sobre a responsabilidade civil do Estado  
Capitalismo, realidade e imaginação: apontamentos sobre as ideias de José Luiz Quadros de Magalhães  
Problematizações sobre os fundamentos do direito contemporâneo

**PUBLICAÇÕES****ARTIGO****A hiperjudicialização brasileira****Hugo Garcez Duarte**

Mestre em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

profhugogduarte@gmail.com

**Braiany Núbia Barglini de Oliveira**

Acadêmica em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

braianynubia@hotmail.com

Um dos temas merecedores de maiores atenções jurídicas contemporâneas é a judicialização da política, ou, até mesmo, da vida.

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso (2015) sugeriu três grandes aspectos como causas da judicialização da vida: a redemocratização do país, cujo ponto culminante foi a promulgação da Constituição Federal de 1988; a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, que combina institutos dos sistemas americano e europeu.

A judicialização da política, na concepção do próprio ministro do STF, é “[...] uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”. (BARROSO, 2015, p. 437). Segundo Luís Roberto Barroso:

*Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica - constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis - e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. (BARROSO, 2015, p. 439).*

Independentemente dos motivos, constata-se, no Brasil, que tanto o Parlamento

como o Poder Executivo não têm satisfeito suas funções no sentido de efetivar os direitos constitucionalmente previstos, o que tem levado o Poder Judiciário a protagonizar as resoluções de conflitos em detrimento da política.

Essa prática sofre diversas críticas, seja pelo fato de o indivíduo abandonar o âmbito político para debater e procurar resolver seus problemas por meio da dialética, ou pelas condutas apresentadas por representantes de diversos tribunais pelo país, inclusive, do STF.

Acerca das posturas “jurisdicionais” mencionadas acima, tem-se dito que muitos juízes estão julgando tão somente de acordo com suas visões de mundo, à margem da legislação (constitucional e infraconstitucional), como Lenio Luiz Streck examinou:

*[...] estamos vivendo em meio a um positivismo de cunho jurisprudencialista. Isto, é o que? É um modo de decidir que leva em conta qualquer argumento de cunho subjetivista-pragmaticista. Esse tipo de julgamento acaba substituindo a própria legislação e, alguma maneira, diversos dispositivos da Constituição. Ou seja, apoiados em uma doutrina que trabalha o direito a partir de uma baixa densidade teórica, juízes e tribunais fazem “direito novo”. Portanto, produzem direito, substituindo-se ao legislador. Um bom exemplo do positivismo jurisprudencialista, que tem empírico-ceticismo do realismo jurídico e o seu sustentáculo, é a decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias 43 e 44, em que, respectivamente, um partido político e a OAB Nacional buscavam a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. O Supremo Tribunal Federal, nitidamente, na análise da cautelar rejeitada, construiu novos textos. Fez-se de poder constituinte. Claramente, a lei processual passou a ser o que o Supremo dela diz. (STRECK, 2017, p. 14).*

O fenômeno judicialização da vida e/ou da política tem grandes enfoques e envolve diversas problemáticas, como um grandioso aumento no número de processos judiciais por todo o território nacional e isso gera prejuízos grandiosos.

A propósito, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2018), por meio da publicação *Justiça em números 2018*, atestou que ao final de 2017, o Poder Judiciário “se viu” diante de 80,1 milhões de processos sem trânsito em julgado.

Para melhor compreender como o “comportamento” do Poder Judiciário e de forma mais aprofundada os motivos pelos quais a morosidade judiciária que nos assola se apresenta como mais uma das marcas pejorativas brasileiras, é preciso conhecer:

*No primeiro grau de jurisdição está o maior volume processual, com 94,1% dos casos pendentes; 85,5% dos casos novos; 83,8% dos servidores da área judiciária; e 86,1% dos magistrados. A taxa de congestionamento do 1º grau permanece, no geral, superando a do 2º grau, com uma diferença de 20 pontos percentuais (73,7% no 1º grau e 53,9% no 2º grau). Magistrados, servidores e demais trabalhadores do Judiciário atuam em noventa tribunais, disseminados em 15.398 unidades judiciárias de primeiro grau instaladas em todo o território nacional. Dos 5.570 municípios brasileiros, 2.697 (48,4%) são sedes de comarca na Justiça Estadual. A Justiça do Trabalho está presente em 624 municípios, e a Justiça Federal, em 279. Todavia, é*

relevante pontuar que, apesar das comarcas estarem situadas em um pouco menos da metade dos municípios brasileiros, elas abrangem 83,4% da população residente. Existem 588 municípios brasileiros localizados em região de fronteira, dos quais 227 (38,6%) são sede de comarca estadual. A apresentação territorial de todos os municípios brasileiros com identificação dos que possuem comarcas está, pela primeira vez presente no Relatório, na seção “Panorama do Poder Judiciário”. São ao todo 15.398 unidades judiciárias que se dividem em: 10.035 varas e juizados especiais estaduais; 2.771 zonas eleitorais; 1.572 varas do trabalho; e 988 varas e juizados especiais federais. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 197).

Enfim, como Ana Pompeu lembra “[...] se não entrasse mais nenhum processo no Judiciário, seriam necessários cerca de dois anos e meio para zerar o acervo”. (POMPEU, 2018: s/p). A questão é extremamente alarmante!

#### Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Retrospectiva 2008 – Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22>  
Acesso em: set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2018-2408218compressed.pdf>. Acesso em: set. 2019.

POMPEU, Ana. *Justiça em números – Judiciário brasileiro tem 80,1 milhões de processos em tramitação*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/judiciario-brasileiro-801-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso em: set. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

#### **Alterações à legítima defesa sugeridas pelo projeto de lei anticrime**

**Murilo Rodrigues de Oliveira**

Bacharel em Direito  
Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)  
murilo\_rodrigues097@gmail.com

**Gedaias Teixeira Xavier (orientador)**

Professor  
Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)  
gtxavier@yahoo.com.br

Em fevereiro de 2019, o ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, apresentou o projeto de lei “Anticrime”, trazendo alterações que estabelecem

medidas contra a corrupção, crime organizado e crimes praticados com grave violência à pessoa.

Uma das mudanças propostas é em relação à legítima defesa, que se encontra nos arts. 23 e 25 do Código Penal Brasileiro (CP). O projeto quer trazer de forma mais explícita garantias aos policiais e agentes de segurança pública.

A mudança proposta para o art. 23 do CP traz em pauta a questão em relação à preparação dos agentes e policiais para lidar com situações de legítima defesa, no sentido de que o juiz poderá deixar de aplicar ou reduzir a pena dependendo do grau de escusável medo, surpresa ou violenta emoção. Vemos aqui um exemplo de excludente de ilicitude.

Sobre o escusável medo descrito acima, discorre o coordenador científico do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (USP), Sérgio Adorno:

*Os termos do pacote estão baseados no medo. Medo é uma situação muito subjetiva. A declaração de que estava com medo é suficiente? Policial não pode agir sob extrema emoção. Policial tem de agir profissionalmente, segundo protocolos técnicos muito claramente definidos. Então, emoção e medo não podem orientar a ação dos policiais no combate ao crime. (ADORNO, 2019, p. s/p).*

Contudo, não se deve esquecer que os agentes públicos são humanos e estão sujeitos a erros, sendo o ponto de discussão a real necessidade de mudança na legislação para defender um direito que já existe, que somente está implícito na lei e que nas palavras do próprio Moro, “na prática, os juízes já fazem”. (MORO, 2019, p. s/p).

Além disso, o Código Penal Militar Brasileiro já regulamenta esses quesitos trazidos pelo projeto, a partir do art. 42, sendo a única exceção o termo “escusável medo” que não é tratado no ordenamento militar.

Outro ponto é particularizar essas hipóteses somente aos agentes e policiais, pois somente estão reafirmando o sentido da legítima defesa, uma vez que a mesma se justifica, justamente, para prevenir, repelir e impedir que algum fato criminoso contra sua vida ou de outrem aconteçam.

Vale lembrar também o princípio da isonomia, já que os policiais e agentes de segurança pública também se encontram atrelados ao mesmo, tendo, além de outros deveres descritos pela Constituição Federal e leis específicas, o dever de proteger não apenas a vida da vítima, mas também a vida do indivíduo autor de infrações penais, para garantir que a investigação e eventual condenação penal sejam devidamente realizadas no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Deve-se citar, igualmente, o princípio da proporcionalidade, considerando suas garantias à individualização da pena, penas maiores para casos mais graves e moderação nos casos de menor potencial ofensivo. Com isso, o respeito à dignidade da pessoa humana, proibição de excessos e de proteção deficientes devem ser levadas em conta.

## Referências

ADORNO, Sérgio. *Adorno x Augusto, sobre o direito de matar em razão de “escusável medo, surpresa ou violenta emoção*. In: Revista época. Disponível em: <https://epoca.globo.com/adorno-augusto-sobre-direito-de-matar-em-razao-de-escusavel-medo-surpresa-ou-violenta-emocao-23437964>. Acesso em: set. 2019.

MORO, Sérgio. *Moro nega que projeto anticrime signifique licença para matar*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-02/moro-nega-que-projeto-anticrime-signifique-licenca-para-matar>. Acesso em: set. 2019.

### **A liberdade de expressão no texto constitucional de 1988**

**Hugo Garcez Duarte**

Mestre em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

profhugogduarte@gmail.com

Sobre a temática a qual nos debruçamos neste texto, deve-se, antes de mais nada, sublinhar:

*Historicamente, a liberdade de manifestação do pensamento (ou liberdade de expressão) surgiu como forma de defesa contra a censura e o autoritarismo estatal. Apesar de originariamente prevista no artigo 8º do Bill of Rights inglês (1689), foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ( 1789) que essa liberdade passou a ser consagrada de forma mais ampla, nos moldes em que tem sido contemplada nos textos constitucionais modernos. (NOVELINO, 2015, p. 403).*

Ora, a pessoa humana não se contenta somente em pensar algo, possuir suas opiniões, outrossim, “[...] quer expressá-las e, não raro, convencer os outros de suas ideias”. (NOVELINO, 2015, p. 402). Por essa razão, reconheceu-se a manifestação de pensamento como um direito fundamental da pessoa humana.

Esse direito poderá ser conceituado como aquele de “[...] exprimir e divulgar livremente o seu pensamento. É o direito de não ser impedido de exprimir-se”. (NOVELINO, 2015, p. 403).

No ventre da Constituição Federal de 1988, encontra-se delimitado nos incisos IV, V do art. 5º, que a manifestação do pensamento é livre, sendo vedado, porém, o anonimato, além de assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo e a indenização por dano material, moral ou à imagem.

A manifestação de pensamento (ou de expressão), poderá ser exercida em sentidos variados, como Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco demonstraram:

*Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações, de críticas, que podem assumir modalidade não verbal (comportamental, musical, por imagem etc.). O grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, não*

*obstante todas terem amparo na Lei Maior. [...] A liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre)". [...] O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano". (MENDES; BRANCO, 2017, p. 233-234).*

Nesse quadrante, a pessoa humana poderá contribuir para o próprio crescimento e, até mesmo, da comunidade em que se insere a partir de seus posicionamentos, estando, de toda maneira, também sujeita a, por meio de suas manifestações, ofender os direitos de outrem, sendo, conforme afirmamos acima, vedado o anonimato, justamente, para que se possa aferir eventuais danos e responsabilizar seu agente, como Nathalia Masson ressaltou:

*[...] a Constituição prevê que manifestações que causem dano material, moral ou à imagem de outrem, geram, em contrapartida, o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização (art. 5º, V). Daí a necessidade de vedar o anonimato, para permitir a identificação do autor e tomar possível a resposta proporcional ao agravo (desagravo), bem como o pleito judicial por indenização decorrente dos danos materiais e/ou morais, ou, também, ações penais em casos de crimes contra a honra. (MASSON, 2016, p. 239).*

A liberdade de expressão merece interessante pontuação a partir de uma decisão do STF sobre a famosa “marcha da maconha”, ocorrida em São Paulo, e que foi objeto de questionamento na ADI nº 4.274.

Nos termos da publicação do STF *A Constituição e o Supremo*, nessa ADI, decidiu-se que:

*[...] A liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas. O direito à livre manifestação do pensamento: núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias. Abolição penal (abolitio criminis) de determinadas condutas puníveis. Debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso. Discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis. O sentido de alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitam com o pensamento e os valores dominantes no meio social. Caráter não absoluto de referida liberdade fundamental (CF, art. 5º, IV, V e X; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13, § 5º). [...]. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, p. 67-68).*

Deixou-se claro, assim, que o direito analisado não possui caráter absoluto, sofrendo, portanto, limitações, conforme se difunde, na seara constitucional, há algum tempo, acerca dos direitos fundamentais (como o é).

Vejamos os desenvolvimentos do ministro do STF Alexandre de Moraes a respeito:

*Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, 2017, p. 45).*

“As majorias, por essa razão, não têm o condão de dimensionar o pensar, tampouco as manifestações de pensamentos das minorias.” (DUARTE; COTTA, 2017: s/p).

Deve-se repelir, nesse diapasão, quaisquer atos ilegítimos que adentrem na esfera do direito aqui estudado. Isso porque a proteção

*[...] à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevaletentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais. O princípio majoritário, que desempenha importante papel no processo decisório, não pode legitimar a supressão, a frustração ou a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e a prática legítima da liberdade de expressão, sob pena de comprometimento da concepção material de democracia constitucional. A função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. Inadmissibilidade da “proibição estatal do dissenso”. Necessário respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de “livre mercado de ideias”. [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, p. 67-68).*

Dando mais ensejo ao direito em análise, o inciso IX do art. 5º da Carta da República determina que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Pelo dispositivo, entende-se, portanto, que “[...] em princípio, manifestações não verbais também se inserem no âmbito da liberdade constitucionalmente protegida”. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 238). Logo:

*A expressão corporal, por exemplo, com o intuito de arte engajada, abarca vasta gama de situações. É possível, porém, que comportamentos expressivos (as também chamadas expressões simbólicas) recebam uma ponderação menor quando confrontados com outros valores constitucionais, propendendo por ceder a estes com maior frequência do que a verificada nos casos de expressão direta de pensamento. Percebe-se, é bem que se diga, que o grau de tolerância para com as expressões simbólicas varia de cultura para cultura, de país para país, como também de tempos em tempos numa mesma localidade. [...] No direito brasileiro, a propósito, o STF registra precedente em que se afastou a punição criminal, como atentatória ao pudor, de conduta de certo diretor de teatro, que reagiu a vaias,*



*expondo as nádegas desnudas ao público. Considerou-se o tipo de espetáculo em que o acontecimento se verificou e o público que a ele ocorreu, para se ter, no episódio, o intuito de expressão simbólica como preponderante sobre os valores que a lei penal visa tutelar. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 238-239).*

Do mesmo modo, é de suma importância destacar, prever a Constituição Federal limitações expressas à liberdade de expressão, tendo-se em vista os arts. 220 e 221.

O primeiro regulamenta questões relativas à liberdade jornalística, à vedação de censura de cunhos políticos, ideológicos e artísticos e ao consumo de tabaco, bebidas entre outros.

*Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*

*§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*

*§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.*

*§ 3º Compete à lei federal:*

*I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;*

*II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.*

*§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.*

*§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.*

*§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade. (BRASIL, 1988:, p. s/p).*

O segundo versa sobre os princípios a se seguir relativamente à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão, termos em que:

*Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:*

*I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;*

*II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;*

*III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;*

*IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. (BRASIL, 1988, p. s/p).<sup>1</sup>*

#### Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: ago. 2019.

COTTA, Lidiane Salgado; DUARTE, Hugo Garcez. *Manifestação de pensamento e poder de polícia: análise face ao Estado Democrático de Direito*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 166, nov 2017. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19896](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19896). Acesso em: ago. 2019.

DUARTE, Hugo Garcez; OLIVEIRA, Jessica Nayane. *Reflexões sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439*. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, no 1576. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4808/reflexoes-acao-direta-inconstitucionalidade-n-4439>. Acesso em: ago. 2019.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Altas, 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal*. 5. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016.

#### **Alguns casos polêmicos envolvendo indígenas no Brasil**

**Hugo Garcez Duarte**

Mestre em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

[profhugogduarte@gmail.com](mailto:profhugogduarte@gmail.com)

**Luis Carlos H. Lima**

Bacharel em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

[luisfortelima@gmail.com](mailto:luisfortelima@gmail.com)

---

<sup>1</sup> Essas ideias foram desenvolvidas em: DUARTE, Hugo Garcez; OLIVEIRA, Jessica Nayane. *Reflexões sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439*. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, no 1576. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4808/reflexoes-acao-direta-inconstitucionalidade-n-4439>. Acesso em: 3 out. 2019.

Para iniciar este texto, importa descrever fato interessante narrado por Roberto Lemos dos Santos Filho, Juiz Federal lotado no município de Bauru, estado-membro de São Paulo e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos, publicado na web site jus navigandi (jus.com.br), no ano de 2011, em que o mesmo

*[...] rejeitou denúncia ofertada contra dois indígenas por crime de cárcere privado, em razão da ausência de prévio estudo antropológico para aferição da real possibilidade de os indiciados entenderem o caráter ilícito da conduta perpetrada, e da razoabilidade de exigir que procedessem de forma diversa. (SANTOS FILHO, 2011, p. s/p).*

No episódio, o Ministério Público Federal havia denunciado dois indígenas pela suposta prática dos crimes descritos no art. 148, § 2º, c/c os arts. 29 e 70, todos do Código Penal. De acordo com suas descrições:

*[...] no período compreendido entre a noite do dia 20 até às 19 horas do dia 22 de maio de 2008, [INDÍGENA 1] (cacique) e [INDÍGENA 2](vereador de Avaí/SP), índios da reserva de Araribá em Avaí/SP, que lideravam uma manifestação armada (com armas brancas de origem indígena), privaram da liberdade três servidores ([SERVIDOR 1], [SERVIDOR 2] e [SERVIDOR 3]) da então Administração Regional da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), mantendo-os em cárcere privado na citada terra indígena, fazendo-os reféns contra a vontade deles, e lhes causando grave sofrimento moral em razão dos maus tratos e da natureza da detenção. (SANTOS FILHO, 2011, p. s/p).*

*In casu*, pela reflexão dos elementos descritos em sede de inquérito, o magistrado em questão decidiu por não receber a denúncia por ausência de condição de procedibilidade face aos efetivos elementos probatórios de conhecimento “[...] por parte dos índios indiciados do caráter ilícito das ações que praticaram, o que somente seria possível aferir mediante a realização de perícia antropológica”. (SANTOS FILHO, 2011, p. s/p). Segundo o Juiz Federal:

*Em razão da diversidade cultural assegurada pela Constituição, compreendo imprescindível a realização de perícia antropológica para precisa apuração de os indígenas que realizaram as condutas descritas na denúncia terem, de forma efetiva, conhecimento do caráter ilícito e ilegítimo das ações perpetradas, providência essa que não foi adotada. As provas colhidas no inquérito revelam que as condutas descritas na inicial, praticadas por líderes indígenas desta região, foram motivadas em razão do não atendimento pela FUNAI de reivindicações relacionadas com relação a mudança da sede da mesma autarquia de Bauru-SP para o litoral paulista (Município de Itanhaém). Demonstram que os atos foram praticados como meio de chamar a atenção das autoridades acerca dos anseios da população indígena local. O relatório de fls. 13/14 elaborado pela autoridade policial que compareceu ao local na data dos fatos torna certa essa inferência. (SANTOS FILHO, 2011, p. s/p).*

E o infanticídio indígena, o qual ocorre em, ao menos, “[...] 13 etnias indígenas do Brasil, principalmente nas tribos isoladas, como os suruwahas, ianomâmis e kamaiurás. Cada etnia tem uma crença que leva a mãe a matar o bebê recém-nascido”. (G1.GLOBO.COM, 2014, p. s/p).

*Criança com deficiência física, gêmeos, filho de mãe solteira ou fruto de adultério podem ser vistos como amaldiçoados dependendo da tribo e acabam sendo envenenados, enterrados ou abandonados na selva. Uma tradição comum antes mesmo de o homem branco chegar por lá, mas que fica geralmente escondida no meio da floresta. (G1.GLOBO.COM, 2014, p. s/p).*

Em matéria exposta pelo programa Fantástico da rede globo de televisão e também publicada na web site g1.globo.com no ano de 2014, sobre a cidade considerada mais violenta do Brasil à época, a de Caracarái, que se encontra localizada no estado-membro de Roraima, apontou-se que o último Mapa de Violência do Ministério da justiça apresentou “[...] 42 pessoas foram assassinadas por lá. Entre elas, 37 índios, todos recém-nascidos, mortos pelas próprias mães, pouco depois do primeiro choro”. (G1.GLOBO.COM, 2014, p. s/p).

Na descrição da matéria jornalística retou claro que na terra dos ianomâmis, área de 9,6 milhões de hectares, maior do que Portugal, vivem 25 mil índios em 300 aldeias numa floresta inteiramente preservada, o filho de uma mulher ianomâmi vai fazer parte da próxima estatística de crianças mortas logo após o nascimento. Há duas semanas, a mesma começou a sentir as dores do parto, entrou na floresta sozinha e horas depois saiu de lá sem a barriga de grávida e sem a criança.

Os agentes de saúde que trabalharam na oportunidade disseram, sem gravar, que naquela noite aconteceu mais um homicídio infantil.

O infanticídio indígena é um ato sem testemunha. As mulheres vão sozinhas para a floresta. Lá, depois do parto, examinam a criança. Se ela tiver alguma deficiência, a mãe volta sozinha para a aldeia. (G1.GLOBO.COM, 2014, p. s/p).

Certo é, as discussões sobre a prática citada ressurgiram nesse ano já que um “[...] projeto de lei que pretende erradicar o infanticídio já foi aprovado em duas comissões na Câmara Federal e agora vai para votação no plenário”. (G1.GLOBO.COM, 2014: s/p). Enquanto, doutro lado, antropólogos defendem a ideia de que não se deve interferir nas crenças e culturas indígenas.

Na hipótese, portanto, poderemos avistar discussões acerca das cultura e crença indígenas e da proteção ao direito à vida, nos termos do *caput* do art. 5º da Carta Magna.

Para finalizar, vale mencionar acontecimento em que se reconheceu, no Tribunal de Justiça do estado-membro de Roraima, a partir da iniciativa da Advocacia-Geral da União, que o Estado não pode aplicar pena prevista no Código Penal a um indígena quando o este já tenha sido punido pela própria comunidade.

Trata-se a hipótese de um caso até então nunca presenciado no Brasil, eis que se interpretou o art. 57 do Estatuto do Índio, a Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, à luz do art. 231 da Carta Constitucional de 1988, “[...] para conferir às comunidades indígenas autonomia no campo jurídico-penal, seguindo precedentes do direito comparado, aplicado nos EUA e na Guatemala” [...]. (CONJUR.COM.BR, 2016, p. s/p).

A decisão se refere a um caso de homicídio praticado por um índio em “desfavor” de outro “[...] na mesma tribo, dentro da terra Manoá-Pium, na reserva Raposa Serra da Lua, em Roraima”. (CONJUR.COM.BR, 2016, p. s/p).

No episódio o Ministério Público de Roraima ofereceu denúncia com base no art. 121 do Código, aceita pela comarca da cidade de Bonfim, estado-membro de Roraima.

Entretanto, segundo as procuradorias federais em Roraima (PF/RR) e especializada junto à Fundação Nacional do Índio (PFE/Funai), unidades da AGU que ingressaram no caso como parte interessada, o art. 57 do Estatuto do Índio traz implícita a vedação à punição dupla, chamada de *bis in idem*, o que afasta a aplicação da lei penal.

*Os procuradores federais explicaram que pela regra do Estatuto será "tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou difamante, proibida em qualquer caso a pena de morte". Os advogados públicos alegaram, ainda, que deveria prevalecer o chamado "direito consuetudinário", em que os costumes praticados na tribo devem prevalecer sobre o direito formal brasileiro. (CONJUR.COM.BR, 2016, p. s/p).*

A Turma Criminal do Tribunal de Justiça do estado-membro ora mencionado adotou o entendimento da Advocacia-Geral da União.

Segundo a sentença, se o crime foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena, os quais são protegidos por força do artigo 231 da Constituição, e "desde que observados os limites do artigo 57 do Estatuto do Índio, que veda a aplicação de penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado". (CONJUR.COM.BR, 2016, p. s/p).<sup>2</sup>

## Referências

CONJUR.COM.BR. *Estado não pode punir índio que já foi condenado por sua tribo, decide TJ-RR*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-20/estado-nao-punir-indio-foi-condenado-tribo>. Acesso em: ago. 2019.

G1.GLOBO.COM. *Tradição indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física*. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html>. Acesso em: ago. 2019.

DUARTE, Hugo Garcez Duarte; LIMA, Luis Carlos H. *As práticas indígenas frente à Constitucional Federal de 1988*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1575.

---

<sup>2</sup> Citamos referidos casos em: DUARTE, Hugo Garcez Duarte; LIMA, Luis Carlos H. *As práticas indígenas frente à Constitucional Federal de 1988*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1575. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4803/as-praticas-indigenas-frente-constitucional-federal-1988>. Acesso em: ago. 2019.

Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4803/as-praticas-indigenas-frente-constitucional-federal-1988>. Acesso em: ago. 2019.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Cárcere privado praticado por indígenas: rejeição da denúncia por falta de prévio estudo antropológico*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18621/carcere-privado-praticado-por-indigenas-rejeicao-da-denuncia-por-falta-de-previo-estudo-antropologico>. Acesso em: ago. 2019.

### **Capitalismo, realidade e imaginação: apontamentos sobre as ideias de José Luiz Quadros de Magalhães**

**Hugo Garcez Duarte**

Mestre em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

profhugogduarte@gmail.com

José Luiz Quadros de Magalhães, em *O encobrimento do real: poder e ideologia na contemporaneidade* que, publicado no ano de 2008, se mostra atualíssimo, promoveu uma reflexão sobre poder, ideologia, irreal e real, em âmbito global e também no Estado brasileiro.

Para apresentar suas ideias fomenta o autor uma série raciocínios, os quais podem ser enumerados da maneira arrolada abaixo:

- a) Quais são os reais jogos de poder que se escondem por detrás das representações do mundo contemporâneo?
- b) A representação do mundo é fundamental para a manutenção das relações sociais, desde as comunidades primitivas até os nossos dias complexos. Representar é significar.
- c) A representação pode ajudar a compreender as relações de poder ou pode ajudar a encobri-las.
- d) O poder do Estado necessita da representação para ser exercido e, neste caso, a representação sempre mostra algo que não é, algumas vezes do que deveria ser, mas, em geral, propositalmente o que não é.
- e) Tem poder quem domina os processos de construção dos significados dos significantes.
- f) Tem poder quem é capaz de tornar as coisas naturais, a automatização das coisas engole tudo.
- g) Cotidianamente repetimos palavras, gestos, rituais, trabalhamos, sonhamos, muitas vezes sonhos que não nos pertencem.
- h) A automação impede de pensar. Repete-se e simplesmente repete-se. Não há tempo para pensar. Não há porque pensar. Tudo já foi posto e até o sonho já está pronto. Basta sonha-lo. Basta repetir o roteiro previamente escrito e repetido pela maioria.

i) Tem poder quem é capaz de construir o senso comum. Tem poder quem é capaz de construir certezas e logo preconceitos. Se se tem certeza não há discussão. O preconceito surge da simplificação e da certeza.

j) A dominação passa pela simplificação das coisas: o bem e o mal; a democracia e o fundamentalismo; o capitalismo e o comunismo.

k) Duas técnicas comuns neste processo de dominação são a nomeação de grupos, criando identidades ou identificações e a explicação de uma situação complexa por meio de um fato particular real. O problema não é que o fato particular seja real, o problema consiste na explicação de algo complexo com um exemplo particular que mostra uma pequena parte do todo que ele quer explicar. É comum assistir a este tipo de geração de preconceito na mídia diariamente.

l) Este poder encoberto pela representação distorcida (propositalmente distorcida) funda-se em ideologias, em mentiras.

m) A grande mentira na qual a sociedade encontra-se envolta é do mercado, da liberdade econômica fundada numa naturalização da economia como se esta não fosse uma ciência social mas uma ciência exata. A matematização da economia sustenta a insanidade vigente.

n) A despolitização do mundo é uma ideologia recorrente utilizada pelo poder econômico manter sua hegemonia.

A partir desses conceitos, o autor lança mão de um raciocínio que focaliza um binômio, por vezes (ou sempre?) antagônico, direitos humanos fundamentais x economia. Segundo o constitucionalista:

*Uma expressão que ideologicamente o poder insiste em mostrar como apolítica é a expressão “Direitos Humanos”. Os direitos humanos são históricos e logo políticos. A naturalização dos Direitos Humanos sempre foi um perigo pois coloca na boca do poder quem pode dizer o que é natural o que é natureza humana. Se os direitos humanos não são históricos mas são direitos naturais quem é capaz de dizer o que é o natural humano em termos de direitos? Se afirmamos os direitos humanos como históricos, estamos reconhecendo que nós somos autores da história e logo, o conteúdo destes direitos são construídos pelas lutas sociais, pelo diálogo aberto no qual todos possam fazer parte. Ao contrário, se afirmamos estes direitos como naturais fazemos o que fazem com a economia agora. Retiramos os direitos humanos do livre uso democrático e transferimos para um outro. Este outro irá dizer o que é natural. Quem diz o que é natural? Deus? Os sábios? Os filósofos? A natureza? (MAGALHÃES, 2008, p. S.N.).*

José Luiz Quadros de Magalhães, ao que parece, tem razão, já que a economia tem se apresentado como algo sagrado no mundo contemporâneo. Perceba-se, tudo é economia! Se a economia está bem, tudo está bem; se a economia vai mal, tudo está mal! Seria a economia o “Deus” deste tempo?

O autor (MAGALHÃES, 2008), nesse quadrante, lança mão das construções teóricas de Giorgio Agambem para refletir sobre o tema sacralização e a profanação,

aduzindo que as coisas consagradas aos deuses são subtraídas do uso comum, do uso livre das pessoas, sendo, portanto, sacrilégio, violar a indisponibilidade da coisa consagrada.

Ao contrário, profanar, segundo este, significa restituir a “coisa” ao livre uso das pessoas. Assim, a “coisa” restituída é pura, profana, liberada dos nomes sagrados, e logo, livre para ser usada por todos. A “coisa” restituída ao livre uso é pura no sentido que não carrega significados aprisionados, sacralizados (MAGALHÃES, 2008).

Se apresenta interessante, assim, pensar em que medida o capitalismo, a propriedade privada e, em última instância, a economia, se tornaram sagradas na contemporaneidade, já que:

*O processo de sacralização ocorre com a junção do rito com o mito. É pelo rito que simboliza um mito que o profano se transforma em sagrado. Os sacrifícios são rituais minuciosos onde ocorre a passagem para outra esfera, a esfera separada. Um ritual sacraliza e um ritual pode devolver ou restituir a coisa (ideia, palavra, objeto, pessoa) à esfera anterior. Uma forma simples de restituir a coisa separada ao livre uso é o toque humano no sagrado. Este contágio pode restituir o sagrado ao profano. [...] A função de separação, de consagração, ocorre nas sociedades contemporâneas em diversas esferas onde o recurso ao mito juntamente com rito cumpre uma função de separação, de retirada de coisas, ideias, palavras e pessoas do livre uso, da livre reflexão, da livre interlocução, criando reconhecimentos sem possibilidade de diálogo. A religião como separação, como sacralização, há muito invadiu a política, a economia e as relações de poder na sociedade moderna. O capitalismo de mercado é uma grande religião que se afirma com a sacralização do mercado e da propriedade privada. As discussões que ocorrem na esfera econômica são encerradas com o recurso ao mito para impor uma ideia sacralizada a toda a população. No espaço religioso do capitalismo não há espaço para a racionalidade discursiva pois qualquer tentativa de questionar o sagrado é sacrilégio. Não há razão e sim emoção no espaço sacralizado das discussões de política econômica. Por isto os proprietários reagem com raiva à tentativa de diálogo, pois para eles este diálogo é um sacrilégio, questiona coisas e conceitos sacralizados há muito tempo. (MAGALHÃES, 2008, p. s/p).*

Como exemplo do que aludiu, o autor (MAGALHÃES, 2008) aponta constatações relacionadas a rituais atrelados ao Estado como a posse de um Juiz de Direito, de um Presidente da República, a formatura, a ordenação de padres e outros rituais “mágicos”, os quais transformam as pessoas em poucos minutos, separando-a do momento anterior ao ritual para uma nova pessoa após o ritual.

Essas solenidades ganham tanta força na atualidade que a maioria esmagadora que frequenta um curso superior não pretende adquirir conhecimentos. O período atravessado nos bancos escolares não é utilizado para saber-se, crescer intelectualmente e/ou bem preparar-se para ser um bom profissional, outrossim para cumprir créditos (até a linguagem é econômica) para no final passar pelo rito que o transformará de maneira mágica em uma nova pessoa (MAGALHÃES, 2008).



Em outras palavras, almeja-se o rito, a certificação da passagem por meio do diploma e não a aquisição do conhecimento. O espaço universitário está sendo transformado pela religião capitalista em algo mágico, onde o conhecimento a ser adquirido no decorrer de um processo que deveria ser transformador perde importância em relação ao rito (a formatura) e o mito (o diploma). (MAGALHÃES, 2008).

Nesse horizonte, é de se destacar, como afirmado noutra local, enfatiza Giorgio Agamben[1]:

*O capitalismo é, realmente, uma religião, e a mais feroz, implacável e irracional religião que jamais existiu, porque não conhece nem redenção nem trégua. Ela celebra um culto ininterrupto cuja liturgia é o trabalho e cujo objeto é o dinheiro. Deus não morreu, ele se tornou Dinheiro. O Banco – com os seus cinzentos funcionários e especialistas – assumiu o lugar da Igreja e dos seus padres e, governando o crédito (até mesmo o crédito dos Estados, que docilmente abdicaram de sua soberania), manipula e gera a fé – a escassa, incerta confiança – que o nosso tempo ainda traz consigo. (AGAMBEN, 2012, p. s/p).*

O mundo dos fatos demonstra, realmente, que o capitalismo prega a busca pela mansão, pelo carrão caro e potente, pelo telefone celular que faz de tudo, pela maior e mais fina televisão na versão 3D, pelos melhores *ultrabooks*, *notebooks*, *ipod's*, *iphone's*, *ipad's*, *tablet's*, pelas roupas de grife com preços astronômicos e inacreditáveis etc.

*Por outro lado, a comuna do consumo em sua dimensão de culto ao corpo e busca pela aparência “perfeita” apregoa que o homem ideal deve ser alto, forte e bem vestido. O estereótipo feminino reivindica que a mulher tenha cabelos lisos, seja bem vestida, magérrima ou “sarada” e cheia de curvas voluptuosas, na melhor versão panicat. Dessa forma, “o discurso “narcísico-consumista” da sociedade atual produz “ídolos fortemente sexualizados em imagens do dever ser homem e dever ser mulher”. (VAZ, 2004, p. 127).*

O ideal atribuí, sobretudo, ao perfil e à posse dos bens, acima delineados, o caminho para reconhecimento e sucesso; o pré-requisito por melhores empregos, muito dinheiro, glamour, grandes amigos, tratamento cordial e convites para os mais importantes, famosos e badalados eventos; a conquista de viagens inacreditáveis e momentos inesquecíveis, além de uma vida amorosa e sexual digna dos filmes de *Hollywood*. Enfim, que com esses atributos tudo se torna mais fácil, alcançando-se a felicidade plena por meio do possuir, o qual proporcionará tudo o que há de melhor.

Em outras palavras, conforme José Luiz Quadros de Magalhães:

*O capitalismo é mostrado por vários autores como um espaço de secularização dos processos de sacralização. Max Weber mostra o capitalismo como secularização da fé protestante; Benjamin demonstra que o capitalismo se constitui em um fenômeno religioso que se desenvolve de forma parasitária a partir do cristianismo. [...] Para Giorgio Agamben o capitalismo tem três fortes características religiosas específicas: [...] a) É uma religião do culto mais do que qualquer outra. No capitalismo tudo tem sentido relacionado ao culto e não em relação a um dogma ou idéia. O culto ao consumo; o culto a beleza; a velocidade; ao corpo; ao sexo; etc. [...] b) É um culto*

*permanente sem trégua e sem perdão. Os dias de festas e de férias não interrompem o culto, mas, ao contrário o reforça. [...] c) O culto do capitalismo não é consagrado à redenção ou a expiação da falta uma vez que é o culto da falta. O capitalismo precisa da falta pra sobreviver. O capitalismo cria a falta para então supri-la com um novo objeto de consumo. Assim que este objeto é consumido outra falta aparece para ser suprida. O capitalismo talvez seja o único caso de um culto que ao expiar a falta mais torna a falta universal. (AGAMBEN, 2012, p. s/p).<sup>3</sup>*

#### Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Deus não morreu. Ele tornou-se Dinheiro*. [16. Agosto. 2012]. Entrevistadora: Peppe Salvà. Entrevista concedida a Ragusa News. Trad. de Selvino J. Assmann. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/512966-giorgio-agamben>. Acesso em: ago. 2019.

LEITE, Alessandro da Silva; DUARTE, Hugo Garcez Duarte. *Ethos capitalista e criminalidade: sujeito desviante ou (in) efetividade dos direitos humanos?* In: Revista Direito & Paz – Unisal – Lorena/SP – Ano XV – Nº 29 – 2º Semestre/2013 – pp. 561-590.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O encobrimento do real: poder e ideologia na contemporaneidade*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 50, fev 2008. Disponível em: <  
[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4555&revista\\_caderno=27](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4555&revista_caderno=27)>. Acesso em: ago. 2019.

VAZ, Alexandre Fernandez. *Corpo e indústria cultural: notas para pensar a educação na sociedade contemporânea*. In: ZUN, Antônio A. S., PUCCI, Bruno e RAMOS-DE OLIVEIRA, Newton (org.). *Ensaio frankfurtianos*. São Paulo: Cortez, 2004, p. 117 a 135.

#### **Problematizações sobre os fundamentos do direito contemporâneo**

**Cristine de Freitas Soares**

Acadêmica em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

[cristianefreitas64@outlook.com](mailto:cristianefreitas64@outlook.com)

**Hugo Garcez Duarte (orientador)**

Mestre em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

[profhugoduarte@gmail.com](mailto:profhugoduarte@gmail.com)

Em primeiro plano, compreende-se como valores tudo aquilo que é relativo as ideias e conceitos que comumente direcionam a busca por justiça e sentido da vida humana, determinando diretamente as nossas escolhas e, fundamentando, assim, a sistematização de normas por meio do ordenamento jurídico, o qual assegura os direitos que a sociedade diz imprescindíveis.

<sup>3</sup> Fomentamos alguns desses pensamentos em: LEITE, Alessandro da Silva; DUARTE, Hugo Garcez Duarte. *Ethos capitalista e criminalidade: sujeito desviante ou (in) efetividade dos direitos humanos?* In: Revista Direito & Paz – Unisal – Lorena/SP – Ano XV – Nº 29 – 2º Semestre/2013 – pp. 561-590.

Nesse ínterim, a contemporaneidade é marcada principalmente pela volatilização das construções sociais, sejam elas no que se refere aos relacionamentos, as instituições, aos bens ou propriamente aos valores.

Segundo Zigmund Bauman (2004), vivemos em tempos líquidos que são marcados pelas mudanças abruptas em um curto período histórico, nunca visto na história da humanidade e essa liquidez da significância e forma das coisas permite a criação de uma realidade caótica.

Em outras palavras, a relativização do pensamento faz com que opiniões sejam polarizadas, perdendo a coletividade, logo, a sua força. E essa individualidade é, irremediavelmente, uma das causas da referida crise, que se manifesta através da dúvida individual acerca da própria identidade e de seu espaço no coletivo.

Nesse diapasão, a pessoa humana tem se afirmado como indivíduo, por vezes, ao participar de debates de opiniões em redes sociais, as quais têm possuem um papel importante quanto à manifestação democrática de opiniões diversas na era contemporânea.

Paralelo a isso, a referida crise demonstra-se, também, por meio da mudança na estrutura das instituições, bem como quanto aos seus deveres. Com isso, destaca-se a Igreja, que outrora influenciava diretamente a conduta humana com seus valores e regramentos e hoje apresenta uma notável customização da fé, ambiente no qual, segundo Leandro Karnal (2016), passamos a criar a figura de um ser supremo na medida das nossas necessidades. A sociedade perdeu, nessa linha, a figura de um Deus que pune e se vinga, para um Deus exclusivamente bondoso e amigável.

Outra instituição em crise, passível de ponderações, é a família, a qual tem enfrentado mudanças em sua constituição devido, dentre outros fatores, à inserção da mulher no mercado de trabalho e pela maior participação dos filhos no tocante às decisões familiares.

Com efeito, a crise valorativa é refletida também a partir da cultura consumista difundida no mundo todo pelos grandes prestadores de bens e serviços e facilitada pela tecnologia e a globalização.

A cultura atmosférica nesse enredo é o descartável e o lucrativo, em que bens adquiridos ganham característica obsolescência em um curto período de tempo, perdendo seu valor financeiro e ficando “fora de moda”. O pior, a perda de valor se estende também as relações cotidianas, as quais são descartadas e “pessoas tóxicas” “eliminadas”.

E como ficam os direitos e seus fundamentos nessa seara? O que nos é fundamental? Em que embasar a atualização do direito para que seu exercício se dê de forma efetiva de modo que ampare direitos coletivos e individuais?

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

KARNAL, Lenadro. *A felicidade é um projeto de classe média*. In: ISTOÉ. Disponível em: <https://istoe.com.br/leandro-karnal-a-felicidade-e-um-projeto-de-classe-media/>. Acesso em: set. 2019.

### **Breves comentários sobre a responsabilidade civil do Estado**

**Hugo Garcez Duarte**

Mestre em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

profhugogduarte@gmail.com

**Walleska Mariane Barros**

Acadêmica em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

walleska.mariane@gmail.com

Para se vislumbrar a responsabilidade civil do Estado há que se recorrer, preponderantemente, aos ditames constitucionais, a qual, segundo o § 6º do art. 37 da Constituição Federal é objetiva, nos seguintes termos:

*Art. 37. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988, p. s/p).*

Como o mandamento constitucional enuncia, pela responsabilização objetiva do Estado, caberá ao mesmo, conforme um dos autores deste texto escreveu com Ramon D'Avila Prottes Soares, “[...] indenizar aquele eventualmente lesado, independentemente de se aferir a culpa *lato senso* (dolo ou culpa) do agente que lhe deu causa”. (SOARES; DUARTE, 2017, p. 71).

Consoante a previsão constitucional à lume, a responsabilidade objetiva estatal abrange as pessoas jurídicas de direito público em que se incluem os entes federados União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, as autarquias e fundações públicas e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Existem, entretanto, inúmeras formas de delegação de serviço público. Por essa razão, eventuais dúvidas poderão surgir relativamente à pessoa privada a ser enquadrada nessa regra constitucional.

Por mais que não seja da nossa intenção aprofundar sobre essa temática devido aos limites deste trabalho, para José dos Santos Carvalho Filho, a princípio, pode-se

*[...] considerar como classificadas nessa categoria as pessoas privadas da Administração Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade de direito privado), quando se dedicam à prestação de serviços públicos, e os concessionários e os permissionários de*

*serviços públicos, estes expressamente referidos no art. 175 da Constituição Federal, como é o caso das empresas de transporte coletivo, de fornecimento de água, de distribuição e fornecimento de energia elétrica e outras dessa natureza. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 355).*

Porém, como ressaltam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo “[...] não estão incluídas na norma vazada no § 6º do art. 37 as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploratórias de atividade econômica em sentido estrito”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 920).

De acordo com a doutrina, referida igualação entre as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público não se deu ao acaso, tendo sido feita no sentido de facilitar a reparação de eventuais danos sofridos, pouco importando se provenientes das atividades estatais ou resultantes de serviços públicos prestados por suas delegatárias.

Veja-se, o Poder Constituinte Originário de 1987 pretendeu igualá-los, termos em que segundo José dos Santos Carvalho Filho “[...] se tais serviços são delegados a terceiros pelo próprio Poder Público, não seria justo nem correto que a só delegação tivesse o efeito de alijar a responsabilidade objetiva estatal e dificultar a reparação de prejuízos pelos administrados”. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 375).

Constatou-se, em decorrência das premissas referidas, que o risco administrativo encontra-se consagrado.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, com isso, se atribuiu ao Estado a responsabilidade civil objetiva

*[...] na modalidade “risco administrativo”, pelos danos causados a terceiros por atuação de seus agentes. Conforme será estudado adiante, em tópico próprio, a orientação que pensamos ser hoje dominante é a de que essa modalidade de responsabilidade extracontratual não se aplica, em regra, a danos ocasionados por omissão da administração pública, cuja indenização, se cabível, será regulada pela teoria da culpa administrativa. (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 919-920).*

Desenvolvendo a questão, é importante aludir que de acordo com o art. 43 do Código Civil de 2002

*[...] as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2002, p. s/p).*

Essa importância se dá porque como Flávio Tartuce destacou, na verdade “[...] a culpa do agente serve apenas para fixar o direito de regresso do Estado contra o responsável direto pelo evento”. (TARTUCE, 2017, p. 603).

Portanto, partindo-se ainda do entendimento de Flávio Tartuce:

*Dessa forma, vigora a teoria do risco administrativo, que gera uma responsabilidade objetiva mitigada, uma vez que pode ser afastada ou diminuída*

*pela culpa exclusiva ou concorrente da vítima, o que não ocorre na responsabilidade objetiva plena ou integral (teoria do risco integral). Mas se o Estado é o responsável pelo dano ambiental, aplica-se essa última teoria. Em situações tais, não há direito de regresso do ente público contra o seu agente. (TARTUCE, 2017, p. 603).*

#### Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 25. ed. São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: set. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Vol. 2. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.